

Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Agosto 2024
Volumen 5 - Número 2

Editorial	El “big bang” de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos <i>The “big bang” of work biometry. From fingerprint to neurodata</i> Jesús R. Mercader Uguina	4
Artículos doctrinales	La litigación plural o en masa en la jurisdicción social <i>The mass litigation in the social jurisdiction</i> Francisco Javier Gómez Abelleira	25
	Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo <i>Criteria for calculating damages for violation of fundamental rights. A systematic review of case law and a proposal for a scale</i> Adrián Todolí Signes	54
	La exigencia de titulación para trabajar en el sector privado y público <i>The requirement for qualifications to work in the private and public sector</i> Paula López Aguado	85
Artículos jurisprudenciales	La doctrina del vínculo. ¿Infringe el derecho de la UE? <i>The bond doctrine. Does it infringe eu law?</i> José Luis Goñi Sein	111
	El recargo de prestaciones y su laberinto <i>The benefit surcharge and its labyrinth</i> José Delgado Ruiz	133
	¿Son los árbitros deportistas profesionales? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJM 1789/2024) <i>Are referees professional athletes? Regarding the Justice Supreme Court of Madrid judgment (STSJM 1789/2024)</i> Ángel Guillén Pajuelo	145

	Ley alemana sobre la Prueba de las Condiciones Esenciales aplicables a una Relación Laboral como freno a la transformación digital: Cómo Alemania se está retrasando en la digitalización del ámbito del derecho laboral	167
	<i>German Act on the Notification of Conditions Governing the Employment Relationship as a brake on digital transformation: How Germany is falling behind on digitization in labour law</i>	
	Julian Walter Maurer	

Debate	La gran dimisión. Perspectivas jurídicas	180
	<i>The Great Resignation. Legal perspectives</i>	
	Miguel Rodríguez-Piñero Royo	

	Break My Soul (please don't). El acontecimiento de la Gran Renuncia y la política de los afectos	194
	<i>Break My Soul (please don't). The event of the Great Resignation and the politics of affectivity</i>	
	Juan Evaristo Valls Boix	

Reseña bibliográfica	TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN. <i>Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación.</i>	210
	José María Goerlich Peset	

Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

ISSN: 2660-7360 - www.uc3m.es/labos

Dirección

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA
Universidad Carlos III de Madrid

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

Secretaría de redacción

PATRICIA NIETO ROJAS

Comité de redacción

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Comité científico

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES
University of Glasgow, United Kingdom

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

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL
Universidad Autónoma de Madrid

LABOS. REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

Secretaría editorial

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

EDITORIAL

El “big bang” de la biometría laboral. De la huella dactilar a los neurodatos

The “big bang” of work biometry.
From fingerprint to neurodata

Jesús R. Mercader Uguina

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

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: 10.20318/labos.2024.8749

“Wittgenstein menciona que nuestra primera y fundamental certeza es la certeza de nuestro cuerpo, de hecho, su proposición inicial es¹: «si sabes que aquí hay una mano, te concedemos todo los demás»”.

Oliver Sacks, Musicofilia

I. El control de la intimidad de la intimidad: La dimensión laboral de la biometría

Debo comenzar reconociendo que la biometría me fascina². Cuando el dominio de lo artificial y de todo lo ajeno al hombre se está convirtiendo en el signo más visible de nuestra era, surge, como irrefrenable paradoja, la centralidad de lo humano que pasa de ser la “medida de todas las cosas” a instrumento de medida de sí mismo. La tecnología sigue teniendo a la persona como centro esencial de su desarrollo y su evolución le conserva como punto de referencia. Y es que, desde los materialistas más radicales, se viene

¹ L. WITTGENSTEIN, *Sobre la certeza*, Barcelona, Gedisa, 2000, §1.

² En el presente trabajo retomo y continúo las reflexiones de otros previos que he realizado en esta materia. En concreto, “*Datos biométricos en los centros de trabajo*”, Trabajo y Derecho, 2020, monográfico nº 11 (versión electrónica). “*Datos biométricos en los centros de trabajo*”, en J. BAZ RODRÍGUEZ (Dir.), *Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 169 a 198. También en el Prólogo a la obra de A. B. MUÑOZ RUIZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídicos-Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 13-18 y, más recientemente, *Los neuroderechos laborales: la neurotecnología llega al lugar de trabajo*, Trabajo y Derecho, 2024, nº 117 (septiembre 2024), en colaboración con M. I. RAMOS QUINTANA. Igualmente, me ocupé de este tema en *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

entendiendo que el cuerpo es una máquina³ en la que todos y cada uno de los factores anatómicos y actuaciones ligadas a su funcionamiento tienen señas diferenciales, propias y específicas, que hacen a cada individuo distinto de todos los demás de su especie.

La identidad biológica es, pues, propia de cada sujeto y, por tanto, cualquier instrumento que la utilice permitirá, a quien de él se sirva, internarse en el terreno más recóndito que cada ser humano tiene. Podría decirse que, a su través, se puede entrar en la intimidad de la intimidad. Mientras que los datos biométricos de una persona pueden suprimirse o alterarse, la fuente de la que se han extraído en general no puede ser modificada ni suprimida. Los sistemas biométricos quedan, de este modo, referidos a características de los individuos que son: universales (todos los individuos las tienen), unívocas (distinguen a cada individuo), permanentes (en el tiempo y en distintas condiciones ambientales) y mensurables (son medibles de forma cuantitativa). Ello permite construir una métrica de cada persona.

Ciertamente, el registro de la jornada laboral a través de sistemas de control de entradas y salidas con control biométrico de la huella digital no es, desde luego, ninguna novedad. Forma también parte de nuestro pasado, los sistemas utilizados durante la pandemia de la COVID-19 para el control de la enfermedad (control de temperatura, pasaportes de inmunidad o controles serológicos). Pero si comienzan a tener carácter disruptivo los sistemas de biometría vocal, tecnología de gran potencial para el teletrabajo, que poseen un alto grado de seguridad (la voz es una característica única en cada persona, por lo que no se puede hackear ni suplantar, ni siquiera con grabaciones o por imitadores). También poseen este carácter, las formas control de identificación mediante la verificación de patrones oculares, a través de patrones del iris o de la retina, considerados los más efectivos ya que en 200 millones de personas la probabilidad de coincidencia es casi 0. Pero estos sistemas no acaban aquí. Hace unos meses aparecía en la prensa el caso de una sociedad belga de marketing digital que había implantado a varios de sus empleados un “chip” bajo la piel que funcionaba como una “llave” de identificación para abrir puertas o acceder al ordenador. La geolocalización integral está en camino. Por no hablar de los sistemas de reconocimiento facial que permiten en un instante detectar una malla de información a través del rostro de una persona (decenas de miles puntos de la imagen que coinciden con decenas de miles de puntos cifrados y almacenados previamente en la base de datos del sistema) y cuyo uso, como seguidamente veremos, está planteando importantes problemas en el terreno laboral.

Las técnicas de medida de base humana vienen a “filtrar” el cuerpo⁴. Pero es que, además, “el desarrollo tecnológico está permitiendo extraer cada vez más detalles de los

³ J. O. DE LA METTRIE, *El hombre máquina, el hombre planta y otros escritos*, Buenos Aires, El cuenco de plata, 2014, p. 43. Para situar debidamente el pensamiento de este autor de la Ilustración francesa (1709-1751), es recomendable la lectura de M. ONFRAY, *Los ultras de las luces. Contrahistoria de la filosofía*, IV, Madrid, Anagrama, 2010, pp. 99-134.

⁴ M. FOESSEL, A. GARAPON, *Biométrie : les nouvelles formes de l'identité*. Esprit, 2006, nº 8, 165-172, cuando señalan que: “La biométrie désigne une technologie d'identification et d'authentification qui (...) comme toute science classificatrice, n'a affaire qu'à des «objets filtrés».

rasgos biométricos de una persona. Por ejemplo, un análisis biométrico de la voz humana puede recoger más de cien parámetros distintos que permiten extraer información de salud, problemas físicos o psicológicos, entre otros. En sistemas biométricos basados en el reconocimiento facial se pueden tratar datos que revelan el origen racial o étnico, y también se puede extraer información de salud, problemas físicos o psicológicos como en el caso de la voz, incluso algunos sistemas de identificación mediante huella dactilar permiten el registro de parámetros como la temperatura o la presión sanguínea”⁵.

A ello se añade la creciente expansión de las neurotecnologías y su aterrizaje en el mundo del trabajo. Recientemente se ha advertido sobre el uso de pulseras en conductores del transporte público de Pekín con el fin registrar sus estados emocionales durante su jornada. A ello se unen fórmulas de contenido diverso como los cascos de seguridad o gorras que forman parte del uniforme que permiten monitorerar en forma permanente las ondas cerebrales del trabajador o los auriculares multipropósito que, de forma inédita, facilitan la obtención masiva de datos de las personas trabajadoras a partir de la observación de su actividad cerebral, entre las que cabe incluir, como se ha puesto de manifiesto recientemente, las características neuronales que posibilitan la identificación, seguimiento o perfilado de dichas personas. El resultado de todo ello es el fin del dominio sobre nuestra propia identidad y un auténtico “Big Bang” de la biometría en lo laboral.

II. Biometría y derechos fundamentales

Cuestión a valorar es, sin duda, el impacto en el ejercicio de derechos fundamentales de los sistemas de control biométrico. Una cuestión a la que ya nos hemos enfrentado, pero cuyas respuestas han venido marcadas por un estado tecnológico de desarrollo menos evolucionado que el actual.

Y es que el uso de los sistemas biométricos plantea dudas sobre el alcance de su afectación a la “integridad personal” (art. 15 CE) y, a sus territorios de frontera, como el derecho a la salud (art. 43 CE). La incertidumbre que lleva consigo el desarrollo de los sistemas biométricos complejos recomienda prudencia. Razonamientos, como los utilizados en su día por el Tribunal Supremo en la STS (Contencioso-Administrativo) 2 de julio de 2007 (Rº 5017/ 2003) en relación con los primeros desarrollos biométricos, pueden resultar hoy manifiestamente insuficientes. Decir que estas técnicas no pueden considerarse lesivas para el derecho a la integridad física y moral ya que el empleado, “ni sufre una injerencia no consentida, ni genera un resultado perjudicial físico o moral para el empleado”, pueden resultar conclusiones apresuradas. Como también lo puede ser concluir que tampoco queda afectado el derecho a la protección a la salud, cuando no se prueba fehacientemente su nocividad. El principio de precaución debe hacernos presente que, por ejemplo, al extraer ADN de un individuo, lo que compromete su in-

⁵ AEDP, “*Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*”, Madrid, AEDP, 2023, p. 14.

tegridad no es el acto mismo del contacto con el cuerpo (difícilmente una intromisión por cuanto basta con un cabello tomado de la ropa), sino el acervo de información que cabe extraer del cuerpo, su análisis y, por extensión, los procesos que cabe llevar a cabo con esa información.

De igual modo, su impacto en el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) resulta enorme y ello va a imponer una reflexión en profundidad sobre el contenido esencial de este derecho fundamental, un derecho cada vez más difuminado por el de protección de datos⁶. Y es que, como en el caso anterior, pecan de obsoletos razonamientos utilizados, en este caso, por el Tribunal Constitucional en su ATC 57/2007, de 26 de febrero, cuando en relación con el uso de estos sistemas biométricos se argumentaba, para considerar no violentado el referido derecho fundamental, desde una concepción de la intimidad entendida como ritual social. Afirmar, así, que “el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal”, dado que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido se fundamenta en “el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”⁷ y, sobre lo anterior, concluir que “carece de todo sustento constitucional afirmar que el derecho a la intimidad corporal se ve vulnerado por la utilización de la mano como instrumento identificativo”, son razonamientos que pecan, a la luz de las transformaciones a las que nos enfrentamos, de simplistas.

La intervención física para obtener la información es, probablemente, lo menos relevante. Todos estos sistemas de procesamiento de datos biométricos se basan en recoger y procesar datos personales relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de las personas físicas pero los mismos se unen a otros sistemas tecnológicos que amplifican el uso de esa información. No sorprende que uno de los focos esenciales del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteli-

⁶ Como han señalado D. CORDOVA y L. M. DÍEZ PICAZO en un luminoso trabajo: *Reflexiones sobre los retos de la protección de la privacidad en un entorno tecnológico*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, La privacidad en un nuevo entorno tecnológico, Madrid, CEPC, 2016), “la protección de datos, si bien nació tímidamente, se ha convertido en un agujero negro que lo absorbe todo y no deja escapar nada de su entorno”. Una idea que viene de lejos, I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, *La protección de datos se come a la intimidad: La doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017*, Revista de Información Laboral, 2017, nº 10, pp. 7-12.

⁷ Y a lo anterior añadió que: “Es obvio que el derecho a la intimidad corporal no protege frente a una actuación como la presentación de la mano a una máquina o escáner, pues no puede decirse que entre en colisión con el criterio de recato arraigado socialmente acerca de la parte del cuerpo humano afectada, cuyo empleo a fines de identificación tiene, por lo demás, una ya larga tradición en nuestro país, en el que la impresión dactilar está incorporada al documento nacional de identidad desde hace tiempo (...) o se utiliza como medio supletorio de asegurar la identidad de los otorgantes de los documentos notariales (...)”.

gencia Artificial) (“**RIA**”) se haya puesto, precisamente, en el control de los usos biométricos de la Inteligencia Artificial. Un repaso a los conceptos empleados por estar normados de manifiesto su significado: “datos biométricos” (art.3.34), “identificación biométrica” (art. 3.35), “verificación biométrica” (art. 3.36), “sistema de reconocimiento de emociones” (art. 3.39), “sistema de categorización biométrica” (art. 3.40), “sistema de identificación biométrica remota” (art. 3.41), “sistema de identificación biométrica remota en tiempo real” (art. 3.42), o “sistema de identificación biométrica remota en diferido” (art. 3.43). Un conjunto de usos que deja a las claras la centralidad de estas técnicas y su potencial, en algunos casos inaceptable, del riesgo asociado a su conexión con los sistemas de IA.

Ese carácter invasivo pone en peligro la dignidad humana, máxime si tenemos en cuenta que el uso de los sistemas biométricos se está convirtiendo, por momentos, en una potente herramienta de control empresarial. La inescindible conexión del RIA con el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (“**RGPD**”), resulta evidente y ello se pone de manifiesto en las múltiples y recíprocas interacciones que se producen entre ambas normativas, cobrando, por ello, especial protagonismo el derecho a la protección de datos personales como instrumento de tutela frente a los usos desviados de estos sistemas.

III. El cuerpo como dato personal y su tutela

Aunque “el derecho a la protección de datos no es un Derecho general sobre libertades ni de protección de la autonomía personal”⁸, se ha convertido en la primera barrera que ha construido lo jurídico para enfrentarse a los importantes riesgos que lleva consigo el uso de estas técnicas de medición de los patrones humanos. A la espera de una regulación propia, como la existente en otros países, debemos acudir en el nuestro a la referencia constitucional contenida en el art. 18.4 CE y al marco general que ofrece la normativa vigente en materia de protección de datos⁹. Dicha regulación se encuentra integrada, de un lado, por citado **RGPD** y por la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (“**LOPD**”). Disposición esta última, que viene a adaptar el ordenamiento jurídico español al RGPD al asumir la posibilidad que el mismo otorga a los Estados miembros de aclarar y especificar algunos aspectos.

⁸ W. HOFFMANN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, Pamplona, Civitas, 2018, p. 139.

⁹ Sobre la situación anterior a la entrada en vigor del RGPD, J.L. GOÑI SEIN, *Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos*, Justicia Laboral, 2009, nº. 39, pp. 11-58. También, I. GARCIA-PERROTE y J.R. MERCADER, *El control biométrico de los trabajadores*, *Revista de Información Laboral*, 2017, nº 3, pp. 7 a 12. Un primer acercamiento a esta materia tras el RGPD, J.L. GOÑI SEIN. *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa*, Albacete, Bomarzo, 2018, pp. 43-47. También, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *Las facultades de control de datos biométricos del trabajador*, *Temas Laborales*, 2019, nº 150, pp. 91-109.

El RGPD define como “datos biométricos” aquellos “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos” (art. 4.14 RGPD)¹⁰. Un concepto que asume por remisión el RIA (art. 3.34). Y que, como recuerda el Considerando (14) del RIA, permite “la autenticación, la identificación o la categorización de las personas físicas y el reconocimiento de las emociones de las personas físicas”, conceptos también precisados por la referida norma¹¹.

El desarrollo de estos sistemas facilita, como expresamente recoge el WP80 del GT29, Documento de trabajo sobre biometría, adoptado el 1 de agosto de 2003 (en adelante, “**WP 80 del GT 29**”), el registro o codificación de dos categorías principales de técnicas biométricas, las basadas en aspectos físicos que miden las características fisiológicas de una persona (comprobación de las huellas digitales, análisis de la imagen del dedo, reconocimiento del iris, análisis de la retina, reconocimiento facial, resultados de muestras de las manos, reconocimiento de la forma de la oreja, detección del olor corporal, el reconocimiento de venas de la palma y el reconocimiento de venas del dedo reconocimiento de la voz, análisis de muestras del ADN y análisis de los poros de la piel, etc...) y las que se fundamentan en aspectos comportamentales y miden el proceder de una persona (la comprobación de la firma manuscrita, el análisis de la pulsación sobre las teclas, el análisis de la forma de caminar, la forma de moverse, pautas que indiquen pensamiento subconsciente como mentir, etc.). También, el WP 193, Dictamen 3/2012 del GT29, sobre evolución de las tecnologías biométricas, adoptado el 27 de abril de 2012 (en adelante, “**WP 193 del GT 29**”), añade “las técnicas basadas en elementos

¹⁰ De acuerdo con la anterior definición, tres son los “componentes” principales que pueden distinguirse en la citada noción, los datos biométricos: (i) Son “*datos personales*”. El RGPD entiende por tales: “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante (...) uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, (...)” (art.4.1 RGPD). (ii) Deben ser objeto de “*tratamiento técnico específico*”. Según el WP80 del GT29, el tratamiento de estos datos se realiza a través de sistemas biométricos que son: “aplicaciones de las tecnologías biométricas que permiten la identificación automática, y/o la autenticación/comprobación de una persona. Se suelen utilizar aplicaciones de autenticación/comprobación para diversas tareas en campos muy distintos y bajo la responsabilidad de una amplia gama de entidades diferentes”. (iii) Y, finalmente, son “*relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*”.

¹¹ El RIA define la «identificación biométrica» (art. 3.35) como “el reconocimiento automatizado de características humanas de tipo físico, fisiológico, conductual o psicológico para determinar la identidad de una persona física comparando sus datos biométricos con los datos biométricos de personas almacenados en una base de datos” y la «verificación biométrica» (art. 3.36), como “la verificación automatizada y uno-a-uno, incluida la autenticación, de la identidad de las personas físicas mediante la comparación de sus datos biométricos con los datos biométricos facilitados previamente”. Y, en fin, la «categorización biométrica» (art. 3.40) como “un sistema de IA destinado a incluir a las personas físicas en categorías específicas en función de sus datos biométricos, a menos que sea accesorio a otro servicio comercial y estrictamente necesario por razones técnicas objetivas”. Sobre el concepto, “reconocimiento de emociones” (art. 3.39), volveremos más adelante.

psicológicos, que incluyen la medición de la respuesta a situaciones concretas o pruebas específicas que se ajusten a un perfil psicológico”.

El límite al uso de esta categoría especial de datos se encuentra en el art. 9.1 RGPD que establece que: “*Quedan prohibidos el tratamiento de (...) datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física (...)*”. Categóricamente, el RGPD sienta un principio general en relación con las categorías especiales de datos: la prohibición de su tratamiento. Ahora bien, el art. 9.2 RGPD establece un amplio listado de excepciones a tan contundente regla.

Se excepciona, en primer lugar, a la prohibición de tratamiento, “*aquellos en los que el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el art.9.1 RGPD no puede ser levantada por el interesado*” (art. 9.2.a) RGPD). Aunque la LOPD no impide, en este caso, que el consentimiento pueda ser una forma de levantar la prohibición de tratamiento en el ámbito laboral sus posibilidades de su uso son, ciertamente, limitadas¹². La AEPD en su Resolución R/0041/2019, ha llegado a afirmar que “los trabajadores no están nunca en condiciones de dar, denegar o revocar el consentimiento libremente, habida cuenta de la dependencia que resulta de la relación”. Precisamente, por ello, es más que justificado que algunos autores hayan entendido que en una materia tan sensible como ésta no tenga espacio de juego el consentimiento¹³. No obstante, como han precisado el apartado 22 de las Directrices 5/2020 del CEPD, sobre el consentimiento en el sentido del RGPD (“**Directrices 5/2020 del CEPD**”), aunque su uso venga a resultar excepcional en el campo laboral, ello “*no significa que los empleadores no puedan basarse nunca en el consentimiento como base jurídica para el tratamiento de datos. Puede haber situaciones en las que el empleador pueda demostrar que el consentimiento se ha dado libremente. Dado el desequilibrio de poder entre un empleador y los miembros de su personal, los trabajadores únicamente pueden dar su libre consentimiento en circunstancias excepcionales, cuando el hecho de que otorguen o no dicho consentimiento no tenga consecuencias adversas*”.

El art. 9.2 RGPD, como expresamente recuerda el WP 259 del Comité Europeo de Protección de datos, Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento 2016/679, “*no reconoce la circunstancia de (ser) «necesario para la ejecución de un contrato» como una excepción a la prohibición general de tratar categorías especiales de datos*”. Por lo tanto, los responsables que deban tratar categorías especiales de datos deberán acudir a las excepciones específicas que figuran en el art. 9. 2, letras b) a j) RGPD. Por ello, en el campo laboral posee especial importancia, como tendremos oportunidad de señalar a lo largo este trabajo, la regla del art. 9.2 b) RGPD: “*aquellos casos en que éste es necesario*

¹² En general, sobre los límites del consentimiento en materia laboral, J.R. MERCADER UGUINA, *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 3ª ed., pp. 40-42.

¹³ J. BAZ RODRIGUEZ, en su excelente y riguroso estudio, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, Madrid, Bosch, 2019, p. 247, entiende que “debe excluirse la alusión al consentimiento explícito del trabajador” en los controles biométricos.

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, en la medida en que así lo autorice el 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”.

La existencia de una lícita condición para el tratamiento no excluye el cumplimiento de una serie de garantías adicionales, entre las que ocupa un lugar preferente el deber de informar. Los responsables deben informar a los interesados y a otros responsables (art.11.2, 12 y 13 RGPD). El principio de transparencia posee una importancia extraordinaria que queda subrayada en materia laboral por el propio RGPD cuando señala que dentro de “*las disposiciones legislativas o de convenios colectivos, que establezcan 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 incluirán medidas adecuadas y específicas «*prestando especial atención a la transparencia del tratamiento*» (art.88.2 RGPD).

Igualmente, la implantación de sistemas biométricos debe cumplir con las exigencias derivadas de la protección de datos en el diseño (art. 25.1 RGPD) y, en especial, del principio de minimización, que obligan a escoger aquella tecnología que resulte menos intrusiva desde el punto de vista de la protección de datos. Ello conlleva que, si se puede alcanzar una determinada finalidad sin tener que tratar datos de categorías especiales, esta opción debe prevalecer ante otras opciones que sí que impliquen el tratamiento de estos tipos de datos.

El art. 35.1 RGPD establece, con carácter general, la obligación que tienen los responsables de los tratamientos de datos de realizar una Evaluación de Impacto en la Protección de los Datos Personales (“**EIPD**”) con carácter previo a la puesta en funcionamiento de tales tratamientos cuando sea probable que éstos por su naturaleza, alcance, contexto o fines entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, alto riesgo que, según el propio Reglamento, se verá incrementado cuando los tratamientos se realicen utilizando “nuevas tecnologías”. La Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, “**AEPD**”) ha publicado una lista de actividades de tratamiento que requieren la realización de una EIPD¹⁴. En el ámbito laboral la referida evaluación resultará imprescindible en la medida en que, por un lado, que se trate de “tratamientos que impliquen la observación, monitorización, supervisión, geolocalización o control del interesado de forma sistemática y exhaustiva” y, por otro, que los tratamientos “impliquen el uso de datos biométricos con el propósito de identificar de manera única a una persona física”.

Como ha recordado el WP 193 del GT 29, en lo que respecta a los datos biométricos, “*la seguridad debería ser una preocupación fundamental, ya que los datos biométricos son irrevocables. Por consiguiente, una violación por lo que respecta a los datos biométricos constituye una amenaza para el uso seguro de la biometría como identificador y para el derecho a la protección de datos de los interesados, para los que no existe ninguna posibilidad*

¹⁴ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/listas-dpia-es-35-4.pdf>

de mitigar los efectos de la violación”. Sobre esta base se aconseja que se adopten “medidas adecuadas para proteger los datos almacenados y tratados por el sistema biométrico: la información biométrica deberá almacenarse siempre de forma cifrada. Deberá definirse un marco de gestión de las claves para garantizar que las claves de descifrado solo sean accesibles por razón de la necesidad de conocer”.

Finalmente, los datos de carácter personal, tal y como se extrae del art. 5 e) RGPD, tienen que ser “*mantenidos durante no más tiempo de aquel necesario a los efectos de la identificación de los interesados, en función de las finalidades previstas para su tratamiento*”. En relación con la limitación del almacenamiento el WP 193 del GT 29 recomienda que “*el responsable del tratamiento deberá determinar un periodo de conservación de los datos biométricos que no podrá ser superior al necesario para los fines para los que dichos datos fueron recabados o para los que se traten ulteriormente. El responsable del tratamiento deberá garantizar que los datos, o los perfiles derivados de esos datos, se supriman una vez transcurrido este periodo de tiempo justificado*”.

La Guía de la AEPD para la “*Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*”¹⁵), que tiene como objetivo ser una “primera aproximación” para el ajuste al RGPD de productos y servicios que incluyan componentes de Inteligencia Artificial, pone especial acento en el respeto al principio de exactitud en el tratamiento de los datos biométricos. Señala, a tal efecto que: “La exactitud es particularmente crítica cuando el tratamiento está basado en información biométrica, como Inteligencia Artificial sobre reconocimiento facial, huellas dactilares, voz, etc. En ese caso, se han de tener en cuenta factores de rendimiento (falsos positivos, falsos negativos y otros) y también el impacto sobre la recogida de los datos de personas con alguna discapacidad o singularidad física”. El responsable ha de tener en cuenta que, aunque dichos usuarios pueden ser una minoría, “se han de establecer mecanismos alternativos para evitar la exclusión de un sujeto porque la solución de IA no es capaz de procesar las características biométricas de los interesados”, en definitiva, evitar una discriminación por no ser “biométricamente adecuado”¹⁶.

Las respuestas normativas especializadas en lo laboral han sido, hasta el momento, escasas y todas ellas vienen de la mano de la aplicación de la normativa de protección de datos personales. El famoso Título X de la LOPD desaprovechó una magnífica oportunidad para haber sentado los primeros cimientos en esta materia de modo que, como doctrinalmente se ha señalado, hubiera sido conveniente que esta norma “hubiese dedicado un cierto esfuerzo a visibilizar esta problemática, aportando al menos una regulación minimalista para este escenario como la que contempla para otros tratamientos de datos de los trabajadores”¹⁷.

¹⁵ <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

¹⁶ En concreta referencia a los “fines abiertamente decisionales” con que pueden ser usados los datos biométricos, J. BAZ RODRIGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit., p. 244.

¹⁷ J. BAZ RODRIGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit. p. 239.

En su ausencia, resulta especialmente interesante, la respuesta dada por el modelo francés en la Délibération n° 2019-001 de 10 de enero de 2019, de la Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés, que aprueba el Règlement type relatif à la mise en oeuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d’accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail. Esta norma concreta el mandato contenido en la loi no 2018-493 de 20 de junio de 2018 relative à la protection des données personnelles, que atribuye la función de establecer y publicar “regulaciones tipo para garantizar la seguridad de los sistemas de tratamiento de datos personales y para regular el tratamiento de datos biométricos, genéticos y de salud”¹⁸.

Dentro de las fórmulas de soft law, en nuestro país, contamos desde noviembre de 2023, con la “*Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos*” elaborada por la AEPD (“**Guía sobre sistemas biométricos de la AEPD**”), que teniendo en cuenta las Directrices 5/2022 sobre el uso de la tecnología de reconocimiento facial en el ámbito de la aplicación de la ley del Comité Europeo de Protección de Datos (“**Directrices 5/2022 del CEPD**”), y ha venido a establecer reglas específicas en relación con el uso de estos sistemas en relación con los controles de presencia laborales y extralaborales. A ella nos referiremos seguidamente.

IV. Huellas dactilares y registro de jornada

Las normas sobre registro de jornada [art. 34.9 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (“**ET**”)] llevaron al primer plano el tratamiento de las huellas dactilares. Es importante recordar que, si bien la huella dactilar completa identifica completamente a la persona, también es susceptible de identificarse a la misma persona con la toma de muestras o minucias recogidas de partes de la huella y transformadas en una plantilla, aunque sea a través de un algoritmo. Esas minucias, convertidas en algoritmos, mediante su registro en una base de datos, o incluso en una tarjeta o plantilla que porte el usuario permitirían, al ser tratados, la identificación de la persona cuando acceda a la instalación, a través del proceso de matchmaking (emparejamiento por comparación), entran también en el ámbito del dato de carácter personal.

La AEPD se había venido pronunciando, incluso antes de la reforma que en 2019 alumbró la normativa sobre registro de jornada, sobre si el tratamiento de la huella dactilar directamente obtenida, como dato biométrico que es, podía considerarse excesivo para el fin que motiva dicho tratamiento. Así originariamente, concluyó (entre otros, AEPD Informe 000/1999; 0324/2009) que “el tratamiento de la huella digital para el control de acceso por los trabajadores podría considerarse una medida de control ampa-

¹⁸ He analizado extensamente esta disposición en “*Datos biométricos en los centros de trabajo*”, Trabajo y Derecho, 2020, monográfico n° 11 (versión electrónica) y. “*Datos biométricos en los centros de trabajo*”, en J. Baz Rodríguez (Dir.), Los nuevos derechos digitales laborales de las personas trabajadoras en España, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 169 a 198.

rada en el art. 20.3 ET, por lo que no se exigiría el consentimiento del empleado”. No obstante, para implantar esta medida debería aplicarse el principio de minimización, es decir, debería limitarse a supuestos en que se considere realmente necesaria para que el control sea eficaz”. Además, la AEPD había señalado en diversos informes que podrían existir buenas prácticas que permitieran el control a través de la huella digital sin que el sistema tuviera que almacenar el dato biométrico (por ejemplo, por su incorporación a una tarjeta inteligente que se contrastase con la huella y se mantuviera siempre en poder del trabajador) (Informe 0324/2009).

Sobre esta cuestión también resolvieron las Agencias autonómicas de protección de datos que se mostraron más reticentes a su admisión. Ejemplo de ello fue la Agencia Vasca de Protección de Datos que enfrentó a esta cuestión en su Dictamen 11-024 (Exp. CN11-006) (en el que consideró excesivo su uso dada las circunstancias en las que se realizaba) y en el Dictamen 17-005 (Exp. CN17-004), en el que concluía la necesidad de valorar en cada caso concreto la oportunidad de la instalación de un sistema de acceso que incorporase el control a través de la huella dactilar.

Idénticas cautelas mantuvo la Agencia Catalana de Protección de Datos (en adelante, “**APDCAT**”) en su Dictamen CNS 63/2018 de 14 de febrero de 2019¹⁹. En él dio respuesta a este problema, pero, en este caso, partiendo de la premisa de que “algunas autoridades de control en materia de protección de datos no han admitido la utilización de sistemas de control basados en datos biométricos como sistema generalizado de control horario de los trabajadores por parte del empresario. Sería el caso de la CNIL de Francia o *Garante per la protezione dei dati personali* de Italia”. La APDCAT se mostró cauta a la hora de admitir su uso como instrumento para materializar el registro de jornada y concluyó en el citado Informe, que “la inclusión de los datos biométricos, entre ellos los de la huella dactilar, entre las categorías especiales de datos previstas por el RGPD no permite concluir de manera automática que la implantación de un sistema de control horario basado en la recogida de este tipo de datos pueda considerarse proporcionada y, por lo tanto, conforme con el principio de minimización”.

Los criterios de modulación se han venido reiterando en los últimos tiempos y la AEPD ha ido reforzando las exigencias para la admisibilidad de estos sistemas. Esta línea se muestra, tanto la Resolución que puso fin al PS/00010/2021 de la AEPD (empresa tenía instalado un fichero en la puerta de acceso en la entrada de la nave industrial con lectura de huella digital y clave de operario), como en la del PS/00050/2021 de la AEPD (sistema de control presencial de los trabajadores a través de un sistema biométrico que se conjuga con el lector de tarjeta). En ambos supuestos se sancionó a la empresa, en un caso por la inidoneidad, desproporcionalidad, no pertinencia ni adecuación del sistema de toma de huellas para acceder a vestuarios/aseos (art. 5.1 c) RGPD) y, en el otro, por incumplir con la obligación de EIPD exigida por el art. 35 RGPD.

¹⁹ Una reflexión de conjunto sobre el referido Dictamen puede verse en D. GRACIA GARCÍA, *El impacto de la privacidad en los sistemas biométricos de control de acceso y horario laboral tras el Dictamen 63/2018 de la Autoridad Catalana de Protección de Datos*, Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, 2019, nº 8, pp. 56-65.

Con posterioridad, la AEPD publicó en mayo de 2021 la Guía “La Protección de Datos en las Relaciones Laborales” (“**Guía para la protección de datos en las relaciones laborales de la AEPD**”), en la que se abordaba en el apartado “*Los datos biométricos*” del capítulo 4.6 el empleo de biometría en la implementación de los tratamientos de registro de presencia. En el texto se interpretaba la autenticación biométrica fuera de las categorías especiales de datos. Sin embargo, esta interpretación fue superada por las Directrices 5/2022 del CEPD.

La “*Guía sobre sistemas biométricos de la AEPD*”, ha venido a establecer que antes de implementar cualquier sistema de este tipo debe valorarse su necesidad para la consecución de la finalidad pretendida, en el sentido de que no haya otro medio igual de eficaz y menos intrusivo. Ejercicio que recae en el responsable del tratamiento, que tiene la obligación de justificar por qué “*ya no es posible utilizar los sistemas de registro de presencia que se estaban empleando en el mismo centro hasta ese momento, o que se están empleando en entidades equivalentes*”. Además, “debe justificar que el empleo de otros sistemas existentes como tarjetas, certificados, claves, sistemas *contact-less*, etc. que evitan el tratamiento de categorías especiales de datos no son adecuados”. En definitiva, cuestiona la necesidad de la implantación del tratamiento de datos biométricos, al existir otros medios alternativos que, en ocasiones complementándose con intervención humana, puedan razonablemente lograr la finalidad pretendida, es decir, “no existe una obligación a que se implementen exclusivamente con medios tecnológicos”.

Igualmente, ha sentado que el tratamiento de registro de jornada implementado con técnicas biométricas, el consentimiento del interesado no levanta la prohibición del tratamiento, con carácter general, al existir una situación en la que existe un desequilibrio con el responsable del tratamiento, como ocurre en el ámbito de una relación laboral, que no superaría la evaluación de necesidad, requisito para tratamientos de alto riesgo. La referida “Guía” subraya además que, en este caso, si el levantamiento de la prohibición se basa en el 9.2.b) RGPD, el responsable debe contar con una norma con rango de ley que concrete la posibilidad de utilizar datos biométricos para dicha finalidad”. Y, en la actualidad, “la autorización suficientemente específica no se encuentra para el personal laboral, puesto que los arts. 20.3 y 34.9 ET, no contienen tal autorización”. Y es que, aunque no se cita, la STJUE de 30 de marzo de 2023, C-34/2021, está seguramente en el fondo de esta interpretación²⁰.

Este nuevo criterio de la AEPD tiene importantes consecuencias si tenemos en cuenta que borra la posibilidad del consentimiento explícito y, en la actualidad, no existe una norma con rango de ley que concrete la posibilidad de utilizar datos biométricos. Así las cosas, la adecuación de las empresas a estas nuevas exigencias aparece como una necesidad real y actual derivada del principio básico de responsabilidad proactiva (art. 5.2 RGPD), de acuerdo con el cual “el responsable debe estar obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces y ha de poder demostrar la conformidad de las actividades de tratamiento (...), incluida la eficacia de las medidas” (Considerando 74 del RGPD). Hasta el punto

²⁰ Un comentario que realicé sobre la misma puede encontrarse, *¿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, 11 de abril de 2023.

que, como se ha avisado, los responsables del tratamiento que habiendo implementado los referidos sistemas biométricos y perseveren en su uso sin cumplir con los mencionados criterios, tienen “el riesgo de enfrentarse a posibles reclamaciones iniciadas por parte de los trabajadores y, por consiguiente, potenciales sanciones por parte de la Agencia”²¹.

V. Controles panópticos y técnicas de reconocimiento facial

El reconocimiento facial es una tecnología probabilística que puede reconocer automáticamente a las personas por su rostro para autenticarlas o identificarlas y esta técnica se inserta en la categoría más amplia de la tecnología biométrica²². Como precisara el RGPD, “el tratamiento del rostro con software de reconocimiento facial se encuentra dentro de los datos biométricos” (Considerando 51 RGPD). La cara, al igual que las huellas dactilares, ha sido ampliamente utilizada como fuente de datos biométricos durante años. Como advierte el WP 193 del GT 29, “no solo la identidad puede determinarse a partir de una cara, sino también características fisiológicas y psicológicas tales como el origen étnico, emociones y bienestar. La capacidad para extraer este volumen de datos de una imagen y el hecho de que una fotografía puede tomarse a distancia sin conocimiento del interesado demuestra la cantidad de problemas de protección de datos que pueden derivarse de estas tecnologías”.

La imagen es, indudablemente, un dato de carácter personal (art. 4.1 RGPD) y las fotografías poseen esa misma consideración por lo que su captación y difusión es un tratamiento de datos que exige cumplir con todas las exigencias de la normativa sobre protección de datos personales. Es importante, no obstante, como nos recuerda el Considerando (57) RGPD que: “El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física”. De este modo, una fotografía tendrá la consideración de dato biométrico, únicamente, si detrás de la captura de la fotografía se encuentra un sistema de reconocimiento facial que permita identificar de forma única a una determinada persona. Por ello, como recuerda el WP 193 del GT 29, las fotografías que no posean esa consideración “no podrán tratarse con el fin de extraer plantillas biométricas ni registrarse en un sistema biométrico a fin de reconocer a las personas de las imágenes automáticamente (reconocimiento facial) sin una base jurídica específica (por ejemplo, consentimiento) para esta nueva finalidad”.

²¹ A. ZORRAQUINO, A. MATAS BRANCÓS, S. MURILLO GEISER, *El nuevo criterio de la Agencia sobre el tratamiento de control de presencia mediante sistemas biométricos*, Newsletter de PwC Tax & Legal, 2023, diciembre.

²² Ampliamente, L. COTINO HUESO, “Sistemas de inteligencia artificial con reconocimiento facial y datos biométricos. Mejor regular bien que prohibir mal”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2022, nº 100, (Ejemplar dedicado a: Inteligencia artificial y derecho), pp. 68-79.

El WP 249, Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, del GT 29 (en adelante, “**WP 249 del GT29**”), puso de manifiesto que son muchos los riesgos que plantea el uso de estos sistemas de reconocimiento unidos a los de video vigilancia como, por ejemplo, que el empleador pueda controlar las expresiones faciales de sus empleados o identificar desviaciones de patrones de movimientos predefinidos durante el desarrollo de su actividad laboral. Esto es lo que llevó a llamar la atención sobre la necesidad de que “los empleadores se abstengan de utilizar estas tecnologías pues, aunque podría haber algunas excepciones marginales, éstas no pueden ser utilizadas para invocar una legitimación general que dé cobertura, sin más, al uso de dicha tecnología”. El referido WP 249 del GT29 puso de manifiesto que “aunque el uso de estas tecnologías puede ser útil para detectar o prevenir la pérdida de propiedad intelectual y material de la empresa, mejorando la productividad de los trabajadores y protegiendo los datos personales de los que se encarga el responsable del tratamiento, también plantea importantes retos en materia de privacidad y protección de datos. Por consiguiente, se requiere una nueva evaluación del equilibrio entre el interés legítimo del empresario de proteger su empresa y la expectativa razonable de privacidad de los interesados: los trabajadores”.

Con posterioridad, el apartado 73 de las Directrices 3/2019 sobre el tratamiento de datos personales mediante dispositivos de vídeo, señaló que: “*La utilización de datos biométricos y, en particular, el reconocimiento facial conlleva riesgos mayores para los derechos de los interesados. Es fundamental que el recurso a dichas tecnologías tenga lugar respetando los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y minimización de los datos establecidos en el RGPD. Considerando que el uso de estas tecnologías puede percibirse como especialmente eficaz, los responsables deberían, en primer lugar, evaluar el impacto en los derechos y libertades fundamentales y considerar medios menos intrusivos para lograr su objetivo legítimo de la transformación*”.

Particular interés tiene, por todo ello, la Resolución dictada por la AEPD en el PS/00120/2021 en el caso del establecimiento de un sistema de reconocimiento facial en la empresa Mercadona²³. El referido procedimiento se inició por la directora de la AEPD a la vista de las noticias publicadas en medios de comunicación acerca de la implantación por la cadena de supermercados concernida de un sistema de reconocimiento facial en alguno de sus centros a resultas de una sentencia penal que había condenado a dos personas como autores de un delito intentado de robo con violencia en las personas, siendo condenados cada uno de ellos a la penas de prisión, inhabilitación especial y la prohibición de acceso al centro comercial.

De las actuaciones previas de investigación, se concluyó que la mercantil realizaba un tratamiento de datos biométricos que no sólo alcanzaba a la identificación de condenados penales con imposición de medidas de seguridad, sino que afectaba a cualquier persona que entrase en uno de sus supermercados (incluidos menores) y a sus empleados. El tratamiento de datos incluía la captación, el cotejo, conservación y la destrucción —en

²³ De esta concreta cuestión y de sus concretos antecedentes me he ocupado en “*El reconocimiento facial como mecanismo de control empresarial a examen*”, Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo, 2021, nº 252, pp.13-22. En colaboración con I. García-Perrote.

caso de identificación negativa– (tras 0,3 segundos de su recogida) de la imagen biométrica captada de cualquier persona que entrase en el supermercado. En el tratamiento, dice la AEPD, se observa claramente un sistema de reconocimiento facial indiscriminado y masivo ya que “dependiendo de los datos biométricos recogidos, pueden derivarse datos del sujeto como su raza o género (incluso de las huellas dactilares), su estado emocional, enfermedades, taras y características genéticas, consumos de sustancias, etc.”.

De lo expuesto por la AEPD concluye, en el caso, que los sistemas de reconocimiento facial no son meros sistemas de videovigilancia y, por tanto, exigen bases de legitimación del tratamiento que van más allá de las establecidas en el art. 6 RGPD y, por tanto, requieren un tratamiento radicalmente distinto al utilizar datos biométricos de forma masiva y remota del tipo “uno-a-varios” debiendo tratarse en el marco del régimen excepcional que proporciona el art. 9 RGPD. Exigencia que no se había cumplido. Las características de estos sistemas imponen un estricto y reforzado cumplimiento de la obligación de información de acuerdo con lo establecido en el art. 13 RGPD cuando estamos en presencia de un tratamiento más invasivo, con riesgos más específicos y mayores, que conlleva la utilización de datos biométricos. Requerimiento al que tampoco se había atendido. Y, en fin, hubiera resultado imprescindible contemplar los riesgos sobre los derechos de los trabajadores en la elaboración del EIPD ex art. 35 RGPD, exigencia que, en el caso, había quedado, también, desatendida. Ello dio lugar a una de las multas más elevadas de las hasta ahora impuestas por la AEPD

La posibilidad de que estos sistemas puedan alcanzar la habilitación requerida por el art. 9.2.b) RGPD, puede venir de la mano de instrumento típicamente laboral: el convenio colectivo. A esta posibilidad hizo mención expresa el Dictamen 2/2022, de 2 de febrero de la APDCAT. En dicho informe se daba respuesta a la consulta planteada por un Ayuntamiento sobre la posibilidad de instalar un sistema de control de presencia en el lugar de trabajo mediante reconocimiento facial. La APDCAT señaló que “a falta de previsión legal, cabe recordar que, de acuerdo con lo que prevé el art. 9.2.b) RGPD, la autorización puede estar prevista en el marco de un convenio colectivo. Por ello, en caso de que el convenio colectivo, el pacto o acuerdo resultante de la negociación, prevea la utilización de datos biométricos a tal fin y establezca garantías adecuadas respecto a los derechos fundamentales y de los intereses de las personas interesadas, este instrumento permitiría concluir la concurrencia de la excepción prevista en el art.9.2. b) RGPD”. Como ya hemos justificado en otro lugar, a nuestro juicio, el alcance en nuestro país de la expresión que utiliza el RGPD, “*convenio colectivo (que) con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado*”, remite a los convenios colectivos estatutarios, regulados en el Título III ET, que tienen atribuida la condición de norma jurídica, con su correspondiente inserción en el cuadro de fuentes del Derecho (art. 3.1 b) y art. 82.3 ET)²⁴.

²⁴ “Aspectos laborales de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre: una aproximación desde la protección de datos”, Trabajo y Derecho, 2019, nº 52, p. 110 a 118.

VI. Datos biométricos y artificios adaptados al cuerpo

Los datos biométricos se encuentran vinculados con el uso de la tecnología wearable habitualmente referenciada como WT (Wearable Technology), y los dispositivos asociados como WD (Wearable Devices) o, simplemente, wearables: chaqueta tecnológica, relojes inteligentes, etc. Integrados en estos dispositivos se están desarrollando bioprocesadores para registrar datos biométricos del cuerpo humano (flujo sanguíneo, temperatura de la piel, nivel de grasa corporal, frecuencia cardíaca, etc.). Esta información incorporada a través de una pulsera o reloj inteligente permite ofrecer nuevas formas de autenticación. A título de ejemplo, los datos del electrocardiograma podrían llegar a convertirse en una “firma cardíaca”, y, por extensión, en un instrumento de control a través del uso de los latidos de su corazón que son únicos en cada persona. Pero también nos encontramos con los exoesqueletos, una tecnología en constante y rápida evolución, lo que hace que cada día se diseñen y utilicen nuevos modelos con capacidades mejoradas y ampliadas²⁵.

Como señala el WP 249 del GT29, los riesgos de estos sistemas en el mundo laboral son evidentes dado que “los empleadores están cada vez más tentados de proporcionar dispositivos portátiles a sus empleados con el fin de rastrear y registrar su salud y actividad dentro y algunas veces incluso fuera del lugar de trabajo”. Sin embargo, este tratamiento de datos implica el de datos de salud lo que hace necesario recordar su consideración como datos sensibles y, por extensión, las limitaciones que se imponen a su tratamiento²⁶. En estos casos, “es altamente improbable que pueda darse un consentimiento explícito válido”. Y ello, dice el GT29, porque, en primer lugar, “los trabajadores no son esencialmente «libres» para dar dicho consentimiento. Incluso si el empresario utiliza a un tercero para recopilar los datos de salud, que solo proporcionarían al empresario información agregada sobre la evolución general en este ámbito, el tratamiento seguiría siendo ilegal”. Asimismo, por que como se recuerda el WP 216 del GT 29, Dictamen 5/2014, sobre técnicas de anonimización, es técnicamente muy difícil garantizar la misma de forma completa. Y, añade, “incluso en un entorno con más de mil empleados, habida cuenta de la disponibilidad de otros datos sobre los trabajadores, el empresario aún podría distinguir a los trabajadores individuales con indicadores de salud particulares, como hipertensión u obesidad”.

En la misma línea, la “*Guía para la protección de datos en las relaciones laborales de la AEPD*” ha señalado que la monitorización de datos de salud a través de dispositivos inteligentes está, por lo general, prohibida, a menos que esté establecida por ley o reglamentariamente, dado que no se enmarca en la vigilancia de la salud; supone el tratamien-

²⁵ Dentro de las nuevas formas robóticas, el desarrollo tecnológico ha conseguido crear un nuevo tipo de dispositivos, los exoesqueletos, que empiezan a presentarse como una vía de intervención ergonómica y de mejora de las condiciones de trabajo, especialmente en lo que a la carga física se refiere. Las Notas Técnicas de Prevención del Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 1162 (*Exoesqueletos I: Definición y clasificación*) y 1163 (*Exoesqueletos II: Criterios para la selección e integración en la empresa*), se ocupan desde la perspectiva preventiva del uso de exoesqueletos.

²⁶ Extensamente sobre esta cuestión, J. BAZ RODRIGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit., p. 239-242.

to de datos de salud sin una base jurídica (una vez más, se reconoce la imposibilidad de solicitar el consentimiento del trabajador puesto que éste no sería libre para prestarlo); su finalidad es ilegítima y vulnera el principio de proporcionalidad.

VII. La métrica de las emociones

El cuerpo y la conciencia se encuentran implicados en vivencias y sentimientos compartidos, de modo que el sistema nervioso, el cerebro y el modo de comportarse y afrontar el mundo no pueden ser comprendidos como estructuras separadas. Antes, al contrario, como dijo Merlau-Ponty, deben ser entendidos como una estructura sistémica²⁷. Entre las manifestaciones del cuerpo figuran la recepción pasiva ante los estímulos del medio y la respuesta activa ante ellos; la interacción global que cohesiona a la psique con el entorno gracias a impulsos como las emociones y los sentimientos. Las emociones, se ha dicho, no son algo que me ocurre, sino algo que yo hago. En suma, son “disposiciones mentales” que generan actitudes y éstas pueden ser objeto de control, valoración y seguimiento.

El RIA define en su art. 3.39 como «sistema de reconocimiento de emociones»: un sistema de IA destinado a distinguir o inferir las emociones o las intenciones de las personas físicas a partir de sus datos biométricos. Mientras que su Considerando (18) clarifica el concepto, al señalar que el mismo se refiere a “emociones o intenciones como la felicidad, la tristeza, la indignación, la sorpresa, el asco, el apuro, el entusiasmo, la vergüenza, el desprecio, la satisfacción y la diversión. No incluye los estados físicos, como el dolor o el cansancio, como, por ejemplo, los sistemas utilizados para detectar el cansancio de los pilotos o conductores profesionales con el fin de evitar accidentes. Tampoco incluye la mera detección de expresiones, gestos o movimientos que resulten obvios, salvo que se utilicen para distinguir o deducir emociones. Esas expresiones pueden ser expresiones faciales básicas, como un ceño fruncido o una sonrisa; gestos como el movimiento de las manos, los brazos o la cabeza, o características de la voz de una persona, como una voz alzada o un susurro”.

Un magnífico ejemplo de que estos usos son ya una realidad, es la resolución de la Agencia de Protección de Datos húngara de 8 de febrero de 2022, en la que revisaba la práctica llevada a cabo por un banco durante 45 días y que consistía en utilizar un software de procesamiento de señales de voz basado en IA²⁸. El mencionado software analizaba y evaluaba los estados emocionales de los clientes y las palabras clave utilizadas en las llamadas. La finalidad de esta tecnología era gestionar las quejas, controlar la calidad de las llamadas y del trabajo y, además, aumentar la eficiencia de los empleados. A continuación, los resultados de este análisis se almacenaban junto con las grabaciones de las llamadas y estos datos se usaban para clasificar las llamadas en orden de prioridad. La justificación del banco para el procesamiento de datos se basó en su interés legítimo

²⁷ M. MERLAU PONTY, *La fenomenología de la percepción*, Madrid, Editorial Planeta, 1993.

²⁸ Un extenso análisis en A. B. MUÑOZ RUIZ, *Biometría y sistemas automatizados de reconocimiento de emociones: Implicaciones Jurídicos-Laborales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 149-153.

de garantizar buenos niveles de retención de clientes y eficiencia. Sin embargo, el Agencia húngara concluyó que el banco no había considerado adecuadamente los intereses en juego y le sancionó con una multa de 670.000 € obligándole a suspender el uso del sistema de análisis de emociones descrito.

Los inaceptables riesgos que el control de las emociones lleva consigo ha tenido como consecuencia su expresa prohibición por el RIA. Así, tanto “*la introducción en el mercado, la puesta en servicio o la utilización de sistemas de IA para inferir las emociones de una persona física en los ámbitos de la aplicación de la ley (...) en lugares de trabajo (...)*” (art. 5.1 f) RIA), como “*la introducción en el mercado, la puesta en servicio para este fin específico o el uso de sistemas de categorización biométrica que clasifiquen individualmente a las personas físicas sobre la base de sus datos biométricos para deducir o inferir su raza, opiniones políticas, afiliación sindical, convicciones religiosas o filosóficas, vida sexual u orientación sexual (...)*” (art. 5.1 g) RIA) han quedado expresamente prohibidos. El fundamento de tan severa exclusión se encuentra, como expresa el Considerando (48) RIA, en el “desequilibrio de poder en el contexto laboral (...), unido al carácter intrusivo de estos sistemas, dichos sistemas podrían dar lugar a un trato perjudicial o desfavorable de determinadas personas físicas o colectivos enteros”. Lo que lleva a prohibir “la introducción en el mercado, la puesta en servicio y el uso de sistemas de IA destinados a ser utilizados para detectar el estado emocional de las personas en situaciones relacionadas con el lugar de trabajo (...)”.

VIII. El nacimiento de los neurodatos

Las neurotecnologías se basan en la recolección sin esfuerzo de cantidades masivas de datos, trátase tanto de modelos invasivos, como no invasivos²⁹. Debido a las muchas funciones del cerebro y a su intensa actividad las 24 horas del día, los 7 días de la semana, “los dispositivos o servicios relacionados con la neurotecnología tienen el potencial de recopilar muchos neurodatos y, con ellos, las neurotecnologías pueden inferir la salud o el estado físico y mental de las personas (por ejemplo, resolución de problemas, razonamiento, toma de decisiones, comprensión, recuperación de memoria, percepción, lenguaje, emociones)”. Por lo tanto, “se trata de un tratamiento muy intrusivo, si no el más intrusivo, que invade la intimidad mental y, en ocasiones, la integridad mental de la persona afectada. La recolección de huellas cerebrales introduce otros elementos de intrusión. Esto se debe a la posibilidad de inferir información relacionada con las experiencias de los interesados sin que estos las compartan explícitamente o a la posibilidad de perfilar a los interesados en función de patrones de ondas cerebrales”³⁰.

²⁹ I. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*, Pamplona, Aranzadi, 2023, p. 148.

³⁰ Informe conjunto elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS) sobre el tratamiento de neurodatos.

Como señala el informe conjunto elaborado por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (EDPS) sobre el tratamiento de neuro datos, las referidas singularidades se han utilizado en diferentes trabajos de investigación para construir sistemas de autenticación basados en ondas cerebrales, pero pueden servir también para distinguir a los individuos para otros fines, como, por ejemplo, la elaboración de perfiles.

Existe, por ello, un vínculo estrecho entre los sistemas neurotecnológicos y los datos personales de la persona trabajadora en la medida en que los primeros se pueden alimentar de neurodatos. Existe evidencia que indica que estos datos, en tanto que biométricos, permiten identificar de forma única a las personas, por lo que, sin lugar a duda, los neurodatos de los seres humanos son también datos personales. Los mismos que han sido definidos como la información que se recoge del cerebro y/o del sistema nervioso, pueden venir a constituir una categoría diferenciada y cualificada de los datos biométricos en tanto que datos que pertenecen únicamente al dominio del cerebro. En 2019, la OCDE en el primer instrumento jurídico internacional sobre neurotecnología definió los datos cerebrales personales como “datos relacionados con el funcionamiento o la estructura del cerebro humano de un individuo identificado o identificable que incluye información única sobre su fisiología, salud o estados mentales”.

La ingente recolección de datos llevada a cabo por las neurotecnologías, junto con su creciente difusión, anticipa la creación de bases de datos masivas de neurodatos. No sorprende por ello que alguna de las primeras respuestas para afrontar este nuevo reto se centre en el control y limitación del tratamiento de esta categoría especial de datos. Así en Brasil, el Projeto de Lei 522/2022 que modifica a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), se dirige a regular los límites de este tipo particular de datos biológicos. El proyecto normativo parte de la definición de dato neuronal como “cualquier información obtenida, directa o indirectamente, de la actividad del sistema nervioso central y cuyo el acceso se realiza a través de interfaces cerebro-computadora, o cualquier otra tecnología, invasiva o no invasiva”. Sobre esta base, limita el tratamiento estos datos a supuestos muy puntuales y determinados por razones de investigación o clínicas y dentro del ámbito sanitario. Precisando que cuando se necesario el consentimiento para el tratamiento de datos neuronales se debe indicar, de forma clara y destacada, los posibles efectos físicos, cognitivos y emocionales de aplicación, contraindicaciones y las normas sobre medidas de privacidad y seguridad de la información utilizadas

En Estados Unidos esta senda es seguida por una la enmienda a la California Consumer Privacy Act, actualmente en tramitación, que incorpora el concepto de “datos neuronales”, entendiendo por tales: “la información generada por la medición de la actividad de los sistemas nerviosos centrales o periféricos de un individuo”. De igual modo, el 17 de abril de 2024, la Cámara de Representantes y el Senado de Colorado aprobaron un proyecto de ley para proteger la privacidad de los datos biológicos y neuronales de las personas. La futura modificación de la “Colorado Privacy Act”, amplía la definición de “datos sensibles” para incluir los datos biológicos, que son “datos que proporcionan una

caracterización de las propiedades, composiciones o actividades biológicas, genéticas, bioquímicas o fisiológicas del cuerpo o las funciones corporales de una persona”. Los datos biológicos incluyen los datos neuronales, definidos como la “información relativa a la actividad del sistema nervioso central o de los sistemas nerviosos periféricos de una persona, incluidos el cerebro y la médula espinal, y que pueden procesarse mediante un dispositivo o con su ayuda”.

La configuración de los datos neuronales como una categoría diferenciada o cualificada de los datos biométricos, así como la búsqueda de un adecuado punto de equilibrio entre la prohibición radical y la admisión de determinados usos, requerirá de una profunda reflexión.

IX. ¿Datos del cuerpo imagen?

Se ha dicho con acierto que el futuro de la protección de la privacidad “quizá deba aspirar a la superación de las actuales categorías (datos personales, datos no personales, datos sensibles, datos no sensibles), que solo reflejan los datos en el momento de su recogida, pero ignoran los usos subsiguientes y sus potenciales transformaciones”³¹. Probablemente, la categoría de los datos sintéticos (art. 10.5 a) RIA) que ahora incorpora el RIA se dirige a dotar de cobertura a esos espacios, hasta ahora, vacíos. En todo caso, las particularidades del uso del Big Data y sus riesgos exigen seguir desarrollando “técnicas de protección sistémica de los datos”³², más allá de la que proporciona en la actualidad la normativa para la protección de los datos personales.

Pero los retos a los que nos enfrentamos no paran aquí. En un libro de lectura esencial³³ se señala cómo “millones de imágenes capturadas por cámaras ajenas o servidas por nuestros propios teléfonos móviles han acabado por depositarse en un mundo paralelo mucho más poblado y mucho más frecuentado que el de nuestros espacios corporales, y ello, añade, hasta el punto de que puede decirse sin exagerar que hoy son mucho más visibles nuestras imágenes que nuestros cuerpos”. El resultado es que “el espejo ha triunfado sobre el cuerpo y se ha emancipado de él”. Este nuevo dualismo entre el “cuerpo físico” (con su parte física y su dimensión emocional) y el “cuerpo imagen” nos debe hacer reflexionar sobre el alcance de los retos que tenemos por delante y en los que el “cuerpo” en sus más diversas y plurales dimensiones cobra y cobrará un protagonismo esencial. Estamos, probablemente, asistiendo al nacimiento y primeras etapas de una realidad que alcanzará dimensiones difícilmente imaginables en los próximos tiempos. El universo de la biometría sigue avanzando hacia su irrefrenable expansión...

³¹ J. BAZ RODRIGUEZ, *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, cit., p. 242.

³² W. HOFFMANN-RIEM, W., *Big Data. Desafíos también para el Derecho*, cit., p. 152.

³³ S. ALBA RICO, *Ser o no ser (un cuerpo)*, Barcelona, Seix Barral, 2017, pp. 277-278.

ARTÍCULOS DOCTRINALES

La litigación plural o en masa en la jurisdicción social

Mass litigation in the social jurisdiction

Francisco Javier Gómez Abelleira

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

Recibido: 1/3/2024

Aceptado: 5/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8738

Resumen: La litigación en masa en la jurisdicción laboral se articula a través de distintas técnicas procesales, como las acciones colectivas y las acumulaciones subjetivas de acciones. La reforma procesal de 2023 (RDL 6/2023) ha introducido en la jurisdicción social dos nuevas técnicas: el procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes. En este trabajo se analizan las novedades de la reforma en materia de litigios en masa, estudiando sus relaciones con los tradicionales procesos colectivos.

Palabras clave: Litigación en masa, acción colectiva, procedimiento testigo, extensión de efectos de sentencia firme, acumulación subjetiva de acciones.

Abstract: Mass litigation in the labour jurisdiction adopts different procedural techniques, such as collective actions and joinder of parties. The procedural reform of 2023 (RDL 6/2023) has introduced two new techniques into the jurisdiction: the test claim and the extension of the effects of a final judgment to third parties. This article analyzes these new developments regarding mass litigation, studying their relationships with traditional collective proceedings.

Keywords: Mass litigation, collective action, test claim, extension of final judgment to third parties, joinder of parties.

El derecho se enfrenta constantemente a retos que surgen con las transformaciones sociales, económicas o tecnológicas. En las últimas décadas se ha intensificado un proceso iniciado ya en el siglo XX, que es el de la masificación de la contratación y de las relaciones jurídicas en general. Se ha escrito que “nos transportamos en masa, trabajamos en masa, compramos y vendemos en masa, vivimos en masa”¹. Si ello fuera poco, la digitalización,

*fjgomez@der-pr.uc3m.es

¹ A. Bullard González, “Contratación en masa ¿Contratación?”, *Thémis. Revista de Derecho*, núm. 15 (1989), p. 47.

la automatización, la inteligencia artificial, que dan lugar a “contratos celebrados mediante dispositivos automáticos” (art. 1262 CC), están exacerbando la tendencia.

Junto a los no pocos problemas sustantivos que plantea esta realidad (ausencia de negociación individual, desequilibrio contractual, etc.), en el plano procesal se suscita el problema reflejo de la litigación masiva o plural, la litigación seriada, la litigación colectiva. En el orden social, la respuesta procesal tradicional a la litigación masiva ha sido la acción colectiva, la tutela judicial colectiva en sus distintas variantes. Menos efectiva ha sido la respuesta procesal social a la litigación plural, no colectiva, centrada casi en exclusiva en la técnica de la acumulación (de acciones y de procesos).

Hay que reconocer, en cualquier caso, que el problema de la litigación en masa no ha sido tan acuciante en lo social como lo ha sido en la jurisdicción civil en los últimos años. Precisamente las medidas que en materia de litigación en masa introduce el reciente RDL 6/2023² encuentran su justificación material en lo acontecido en la jurisdicción civil en los últimos años (cláusulas suelo en hipotecas, OPS de Bankia, etc.). Siguiendo a Ortells, los jueces decanos de España urgieron en 2018 al CGPJ a instar “reformas procesales para afrontar los pleitos masa: sentencias in voce sin necesidad de redacción posterior, pleito testigo, extensión de efectos, intereses a las entidades bancarias similares a los previstos en la Ley de Contrato de Seguro”³. Las secuelas de la pandemia y de la paralización de actividades han probablemente exacerbado la necesidad de buscar la eficiencia en la administración de justicia. El citado RDL 6/2023 modifica diversos preceptos de la LECrim⁴, la LJCA⁵, la LEC⁶ y la LJS⁷. Aunque, en lo tocante a ésta, es una reforma heterogénea, puede decirse que su principal leitmotiv o hilo conductor es la consecución de la eficiencia procesal por medio del diseño de técnicas que inciden en esa litigación masiva o seriada.

El presente trabajo analiza las nuevas técnicas del proceso testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes, recién introducidas en la jurisdicción social, situándolas en el contexto de otras técnicas tradicionales de litigación masiva, como las acciones colectivas y las acumulaciones; respecto de estas últimas también hay novedades en el RDL 6/2023, de las que se dará cuenta aquí. Antes de entrar en el análisis específico de las acumulaciones, el proceso testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes, es preciso, sin embargo, aludir a la importancia de las acciones colectivas en la jurisdicción social.

² Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo.

³ M. Ortells Ramos, “Proceso colectivo, procesos en serie y proceso testigo. Jueces y CGPJ ante los litigios civiles en masa”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 54 (2021), p. 18.

⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882).

⁵ Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁷ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

1. La importancia de las acciones colectivas en la jurisdicción social

Si comparada con la civil, la jurisdicción social se ha caracterizado históricamente por el protagonismo de las acciones o procesos colectivos. En lo social, estos procesos se ajustan a una regulación en la que, por un lado, la legitimación de asociaciones y órganos de representación no requiere ni apoderamientos individuales ni siquiera consentimiento de los representados, y en la que, por otro lado, el proceso colectivo proyecta sus efectos sobre las acciones individuales de la forma más enérgica posible: suspendiéndolas durante la tramitación del proceso colectivo e imponiendo efectos de cosa juzgada cuando recaiga sentencia firme en este proceso⁸. La regulación en el ámbito procesal civil de las acciones colectivas, tomando como paradigma la regulación europea de protección de los consumidores contenida en la Directiva (UE) 2020/1828⁹, diseña un proceso colectivo en el que esos elementos característicos aparecen de un modo menos puro: por ejemplo, el artículo 9.2 de esta Directiva establece que los Estados han de regular “la manera y la fase de la acción de representación para obtener medidas resarcitorias en que los consumidores individuales afectados por la acción de representación manifiesten expresa o tácitamente su voluntad [...] de ser representados o no por la entidad habilitada en dicha acción de representación y de quedar vinculados o no por el resultado de la acción de representación”.

La situación actual en relación con los procesos colectivos y los procesos plurales es muy distinta en lo social y en lo civil. Todavía hace no tantos años, el procesalista italiano Taruffo escribía que la idea de una asociación representativa de intereses colectivos o difusos es algo extraño e infrecuente procesalmente hablando, porque no casa bien con las ideas tradicionales acerca del funcionamiento del proceso civil¹⁰. En España, recientemente, Damián afirma que “el modelo de acciones colectivas no ha llegado a cumplir las expectativas que se esperaban de él”¹¹, Ortells habla de “la inutilidad del régimen de la tutela judicial colectiva –en sentido amplio– establecido en la LEC”¹², y según Gascón Inchausti, las acciones colectivas han tenido escasa utilización, por lo que “la respuesta jurisdiccional a los casos de daños o infracciones en masa que se han producido en nuestro país en las últimas décadas se ha canalizado a través de la litigación singular masiva –a lo sumo–, con acumulación de una cifra no muy elevada de acciones individuales”¹³.

⁸ Señala al respecto el artículo 160.5 LJS que “la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedarán en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo”.

⁹ Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE.

¹⁰ M. Taruffo, “Some Remarks on Group Litigation in Comparative Perspective”, 11 *Duke Journal of Comparative & International Law* (2001), p. 416.

¹¹ J. Damián Moreno, “Consideraciones en torno a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXVI, 2023, fasc. III, p. 1155.

¹² M. Ortells Ramos, op.cit., p. 19.

¹³ F. Gascón Inchausti, “Hacia un nuevo régimen de acciones colectivas en Derecho español: retos en la

La conclusión es que “la experiencia procesal española con los procedimientos colectivos, tanto los que se refieren a la defensa de intereses colectivos concretos como difusos, no ha sido en modo alguno positiva”¹⁴. El impulso principal para la regulación de un verdadero proceso especial de carácter colectivo en el ámbito civil está pendiente en España de la transposición de la ya comentada Directiva (UE) 2020/1828¹⁵.

Esta perspectiva más bien negativa del proceso colectivo civil nada tiene que ver con la experiencia procesal *laboral* en España. Del proceso de conflicto colectivo laboral puede decirse, sin ápice de exageración, que tiene un “gran arraigo y aceptación entre los sujetos colectivos, protagonismo éste que se constata si se atiende tanto al alto número de litigios que se sustancian a través de esta modalidad, como también a la importancia de los asuntos tratados”¹⁶. Como señaló Palomeque, el proceso de conflicto colectivo es la “auténtica pieza maestra del engranaje del ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en el ámbito de las relaciones de trabajo”¹⁷.

Lo cierto es que el problema de la litigación colectiva y plural ha tenido en la jurisdicción civil y en la social una evolución muy diferente. Son varias las razones por las que la jurisdicción laboral hubo de enfrentarse tempranamente a demandas colectivas o en conflictos colectivos: entre ellas, seguramente, se encuentra el hecho de que la masificación obrera antecede a la sociedad de consumo de masas, con lo que el asociacionismo laboral es anterior al asociacionismo de consumo. Además, al contrato individual de trabajo se adiciona o superpone el contrato colectivo, con su propia y autónoma lógica, y la relación colectiva de trabajo tiene sustantividad propia, un sólido reconocimiento institucional y doctrinal, por lo que es de pura coherencia que exista un proceso judicial para la solución del conflicto colectivo jurídico, que es una manifestación, un “estado normal” (Rodríguez-Piñero) de aquella relación¹⁸. Como explica Alonso Olea en 1959, es “errónea e ilegal” la tesis de que “la jurisdicción de trabajo limita su intervención a los conflictos individuales”, puesto que “la naturaleza colectiva del conflicto no priva sin más de ‘competencia’ a la jurisdicción del trabajo”¹⁹. Poco después, el Decreto 2354/1962, calificado por Rodríguez-Piñero como “uno de los textos normativos más importantes

trasposición de la Directiva 2020/1828”, en M.I. Romero Pradas (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 706.

¹⁴ J.M. Fernández Seijo, “Notas sobre los llamados pleitos “testigo” y su encaje en la ley de enjuiciamiento civil. Una posible solución procesal a la litigación en masa en tiempos de crisis”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2020, núm. 7.

¹⁵ Sobre esta transposición, véase J. Damián Moreno, *op.cit.*

¹⁶ M.A. García Rubio, “El proceso de conflictos colectivos”, en A. Blasco Pellicer y M. Alegre Nueno (Dir.), *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social*, tomo I, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1250.

¹⁷ M.C. Palomeque López, “El proceso de conflictos colectivos”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1993, p. 427.

¹⁸ La idea se encuentra clásicamente desarrollada en M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *La relación colectiva de trabajo a través de sus manifestaciones*, Univ. de Murcia, 1961; la expresión entrecomillada en p. 79.

¹⁹ M. Alonso Olea, *La materia contenciosa laboral. Extensión y límites de la jurisdicción de trabajo*, Universidad de Sevilla, 1959, p. 16-17.

del Derecho del trabajo en los últimos años”²⁰, viene a establecer una regulación del proceso de conflicto colectivo, que termina pasando al Texto Refundido de Procedimiento Laboral de 1963 (Decreto 149/1963).

El devenir posterior tiene dos hitos fundamentales. El primero viene dado por la democratización de las relaciones colectivas. Como expresa la STC 3/1994, de 17 enero, “el proceso de conflictos colectivos, nacido en una etapa histórica de desconocimiento de la autonomía colectiva, ha cambiado profundamente de significado, tras la consagración constitucional de las bases de un sistema democrático de relaciones laborales”. El segundo hito lo genera la aprobación de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social. A partir de este momento, la proyección de los procesos colectivos en la jurisdicción social va más allá de la defensa de intereses genuinamente colectivos, ya que junto a los procesos que tienen un objeto colectivo indivisible, no fraccionable, figuran otros procesos, también formalmente colectivos, en que se dirimen intereses divisibles o fraccionables. El cambio operado por la LJS respecto de la tradición normativa y jurisprudencial anterior se concreta en la admisión de conflictos plurales, admisión que, como estudió Ron Latas, se fundamenta en los arts. 153.1 (“colectivo genérico susceptible de determinación individual”), 157.1 (“pretensiones de condena que aunque referidas a un colectivo genérico, sean susceptibles de determinación individual ulterior sin necesidad de nuevo litigio”) y 160.3 (“pretensión de condena susceptible de ejecución individual”), todos ellos de la LJS²¹.

De este modo, los procesos colectivos de la jurisdicción social no sirven solo para dar cauce a demandas que versan sobre relaciones laborales inherentemente colectivas, sino también para agrupar en un único procedimiento pretensiones que en último término son perfectamente individualizables. Esta distinción permite hablar de un proceso de conflicto colectivo “necesario” y de un proceso colectivo “facultativo”: en el primero, se ventila un auténtico conflicto colectivo, de titularidad exclusivamente colectiva, mientras que en el segundo lo que se produce es la unificación procedimental de lo que podrían ser perfectamente demandas individuales. De ahí que en el primer caso, el proceso de conflicto colectivo sea el único cauce procesal (no el único cauce de solución, ya que evidentemente caben soluciones autónomas o en todo caso al margen del proceso judicial), mientras que en el segundo caso, el proceso de conflicto colectivo es una opción procesal más, que se suma a los procesos individuales. Naturalmente, el fin institucional de este proceso de conflicto colectivo facultativo es la economía procesal, no solo en beneficio de la administración de justicia, sino también de la ciudadanía, máxime si se cuenta con el expediente ejecutivo diseñado, con todas sus imperfecciones, en el artículo 247 LJS (“procesos de conflictos colectivos estimatorios de pretensión de condena y susceptibles de ejecución individual”); se trata de evitar con el proceso de conflicto colectivo la tramitación de múltiples procesos individuales, incentivando a las partes de

²⁰ M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, “El nuevo procedimiento de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Política Social*, núm. 56, 1962, p. 5.

²¹ R.P. Ron Latas, “El proceso de conflictos colectivos en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social”, *Actualidad Laboral*, núm. 12, 2012.

estos a conciliar o desistir, en función de cuál haya sido el fallo colectivo con efectos de cosa juzgada (art. 160.5 LJS). Este fin institucional explica una legislación promocional, muy propicia a la acción colectiva, de lo que es ejemplo la consideración del proceso como urgente y preferente (art. 159 LJS).

En conclusión, tratar de la litigación en masa o de grupos en el orden social exige partir de la extraordinaria importancia que el proceso de conflicto colectivo tiene en esta jurisdicción, que viene satisfaciendo los tres objetivos de las acciones colectivas (“class actions”), según Gidi: economía procesal, acceso a la justicia y efectividad del derecho material²²; lo primero porque en un solo proceso se resuelve una controversia que puede afectar a decenas, cientos o miles de personas; lo segundo porque permite que asuntos que individualmente pueden ser de escasa cuantía o para los que los individuos no tienen suficiente capacidad de litigar, sean articulados de manera eficaz por un sujeto colectivo; y lo tercero porque mediante la acción colectiva se corrige el ilícito y se promueve el cumplimiento del derecho objetivo.

2. Los nuevos mecanismos procesales de litigación en masa en el RDL 6/2023

La introducción de mecanismos procesales como el procedimiento testigo al mismo tiempo en lo social y en lo civil merece, a la luz de lo apuntado, análisis separados, sin perjuicio de apuntar cuestiones comunes. En lo social, la existencia de efectivos cauces procesales para la articulación de demandas colectivas portadoras de una agregación de intereses individualizables permite relativizar la importancia de las reformas que el RDL 6/2023 introduce en relación con la clásica técnica de la acumulación y en relación con las nuevas técnicas procesales del procedimiento testigo y de la extensión de efectos de sentencias firmes. No obstante, es evidente que junto con los procesos colectivos coexisten en la realidad forense acciones individuales, a menudo idénticas, que no se articulan por la vía de una demanda colectiva. Las reformas mencionadas buscan mejorar el tratamiento procesal de esta litigación seriada o en masa.

La reforma procesal contenida en el Libro Primero del RDL 6/2023 es heredera de dos proyectos normativos paralelos que decayeron en su tramitación parlamentaria con la disolución de las Cortes en mayo de 2023. El lema de ambos proyectos es la “eficiencia”, en un caso adjetivada “digital” (“Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia”) y en el otro “procesal” (“Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia”).

Los primeros cien artículos de dicho Libro, agrupados en ocho Títulos (uno preliminar más los numerados del I al VII), son herederos del primero de esos proyectos. En palabras de la Exposición de Motivos del RDL, se trata de adaptar “la realidad judicial española del siglo XXI al marco tecnológico contemporáneo”. El segundo bloque normativo lo integra en exclusiva el Título VIII del propio Libro, compuesto nada más que por

²² A. Gidi, “Las acciones colectivas en Estados Unidos”, *Direito e Sociedade* (Curitiba, Brasil), v. 3, n. 1, 2004.

cuatro artículos (101-104), cada uno de los cuales se dirige a introducir modificaciones respectivamente en la LECrim, la LJCA, la LEC y la LJS: son las medidas llamadas de “Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia”. En el presente estudio nos ocuparemos tan solo de la reforma de la LJS llevada a efecto por el artículo 104 RDL 6/2023.

El artículo 104 realiza una amplia serie de modificaciones que afectan a una treintena de artículos de la ley procesal laboral. De esta modificación todo lo que la Exposición de Motivos nos dice es que “es continuadora de la realizada en la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, en la que se redefinieron las competencias de los letrados o letradas de la Administración de Justicia en la dirección del proceso”, y que “tras diez años [sic] de la entrada en vigor de aquella ley”, la presente “actualiza su contenido, tomando en consideración el trabajo realizado en los juzgados en el momento presente, se optimizan recursos y se profundiza en los avances conseguidos utilizando para ello herramientas como el procedimiento testigo o la extensión de efectos”.

En honor a la verdad, lo que el artículo 104 RDL 6/2023 opera en la LJS es un conjunto heterogéneo de modificaciones, algunas de las cuales son menores (tienen que ver con la actualización tecnológica; otras son puramente técnicas, de puesta al día normativa) y otras son de importante calado, pues aportan novedades con cierta capacidad transformadora. El hilo conductor de mayor relieve en esta reforma es la litigación en masa o plural, a cuyo tratamiento el legislador dedica un conjunto de instituciones diversas, algunas totalmente novedosas en lo social, como el procedimiento testigo o la extensión de efectos de una sentencia firme. Este hilo conductor es, además, el que más tiene que ver con la idea de “eficiencia”, que está en el título del antecedente legislativo: se trata de utilizar los recursos disponibles para lograr “más y mejores” resultados.

El presente análisis girará en torno a ese hilo conductor, explicando el alcance de las modificaciones en materia de acumulaciones, procedimiento testigo y extensión de efectos de sentencias firmes.

3. La acumulación de acciones

El proceso colectivo es una de las técnicas a través de las cuales el derecho ha tratado de responder al fenómeno contemporáneo de las relaciones jurídicas masivas. Es la técnica históricamente dominante en lo social, pero no es la única: otra técnica tradicional, como la acumulación de acciones, ha tenido en lo social una importancia menor en comparación con dicho proceso. De hecho, puede apreciarse un doble movimiento de convergencia en los últimos años, en virtud del cual la acumulación se ha expandido en lo social, mientras que en lo civil se intenta avanzar hacia un mayor protagonismo del proceso colectivo. Acumulación y proceso colectivo son, sin embargo, técnicas que, aun respondiendo a un fenómeno social similar de relaciones jurídicas masivas, presentan notables diferencias. Una de las más importantes es que, en la acumulación, es el individuo quien litiga, aunque lo haga acumuladamente con otros individuos que se encuentran

en una situación sustancialmente idéntica. En cambio, en un proceso verdaderamente colectivo, no es necesario el concurso del individuo en el proceso, ya que litiga la asociación representativa que promueve y defiende los correspondientes derechos e intereses.

La acumulación de acciones y de procesos es una institución en cuya regulación es necesario guardar un delicado equilibrio entre la deseable celeridad con que han de tramitarse los asuntos, el ahorro de costes, la evitación de respuestas judiciales contradictorias y la imprescindible viabilidad del proceso, la cual es incompatible con elevados niveles de confusión objetiva o subjetiva²³. Repárese, sin embargo, en que la confusión procesal se correlaciona más con el aspecto objetivo que con el subjetivo; o dicho de otra forma, el proceso se hace más confuso si se mezclan objetos diversos en él, por la “desorientación procesal” que puede causar en la parte demandada (STC 172/1990, de 12 noviembre); pero si el objeto es idéntico y la acumulación es puramente subjetiva, no se produce tanto un problema de confusión cuanto de coordinación de las estrategias de defensa de los individuos cuyos intereses y derechos se ventilan. La litigación en masa, por tanto, no necesariamente contribuye a elevar el nivel de confusión, aunque exija, como se verá más adelante, una restricción razonable en la facultad de ser representado individual y singularmente, y seguramente debiera conllevar la puesta en marcha de algún mecanismo efectivo de coordinación de los representantes o asesores de las partes.

Pese a que en 2011 la exposición de motivos de la LJS decía incorporar “una importante reforma de las reglas de acumulación, en aras de favorecer la economía procesal, la homogeneidad y la rapidez en la respuesta judicial”, la evidencia empírica de estos más de doce años es que ha preponderado un sesgo antiacumulación. Quizá la LJS no ha sido capaz de transformar un sistema tradicional de justicia laboral basado en la idea de simplicidad, con un “objeto litigioso único”²⁴. Quizá ha habido cierto rechazo a procesos plurales masivos tanto desde la administración de justicia como desde los profesionales de la asistencia y defensa técnicas.

En todo caso, hay que afirmar la existencia de un derecho a la acumulación, que en su aspecto subjetivo se deriva sin problemas de los artículos 19.1 y 25.3 LJS. Por ello, una eventual decisión judicial contraria a la acumulación debe razonarse y motivarse suficientemente, pues, como señala la STC 8/2014, de 27 enero, “la opción de acumular o no acumular acciones implica delimitar el objeto del proceso, lo que no es irrelevante ni carece de efectos principales para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva desde diversos planos, por ejemplo los de la rapidez de la tramitación, la efectividad del derecho de defensa y la reducción de costes”.

Como se ha señalado ya, las modificaciones al régimen de acumulación de acciones que introduce el RDL 6/2023 provienen del Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (2022), que aspiraba a incentivar “al máximo

²³ La doctrina procesalista atribuye un doble fundamento a la institución: economía procesal y evitación de resoluciones contradictorias (véase F. Gascón Inchausti, *Acumulación de acciones y de procesos civiles*, La Ley, Madrid, 2019, p. 16).

²⁴ J.F. Lousada Arochena, “La acumulación de acciones, procesos, recursos y ejecuciones en la ley reguladora de la jurisdicción social”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 3/2012, versión digital.

la acumulación de acciones y procedimientos por iniciativa de las partes”, según decía su exposición de motivos. Es posible que, tras la reforma, la regulación de la acumulación de acciones y procedimientos esté cerca de alcanzar el máximo de sus posibilidades dentro de lo que es razonable en una institución que siempre presenta riesgos desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, la reforma de 2023 mantiene las líneas fundamentales de un régimen de admisión de la acumulación de acciones que ya podía calificarse de generoso en la LJS originaria.

Desde el punto de vista de la litigación en masa, la más relevante de las acumulaciones contempladas en la LJS es la prevista en su artículo 25.3 (respecto de ella, la contemplada en el párrafo primero del nuevo apartado 8 del artículo 26 LJS es una manifestación específicamente centrada en las acciones de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo). Se trata de un supuesto de acumulación subjetiva de acciones, que es “muy típico en la praxis laboral”²⁵. Con todo, su reconocimiento expreso en la legislación procesal laboral se produjo tardíamente en la Ley 13/2009 –no así en doctrina y jurisprudencia, las cuales incluso antes de la LEC-2000 ya la admitían²⁶–, siguiendo la estela de la LEC, cuyo artículo 72 permite la acumulación en una misma demanda de las acciones que varios sujetos tengan contra uno, “siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir”; y añade el precepto que “se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”. Es fácil comprobar que la redacción que la Ley 13/2009 dio al artículo 27.3 de la Ley de Procedimiento Laboral (1995) está calcada del artículo 72 LEC, y que aquella pasó al artículo 25.3 LJS sin cambios, hasta el ahora introducido por el RDL 6/2023. Lo que ahora se añade es un texto con mayor nivel de concreción para permitir claramente la acumulación de acciones que se basen en “una misma o análoga decisión empresarial” o “en varias decisiones empresariales análogas”. Lógicamente, si la decisión es idéntica para varias personas afectadas, la posibilidad de acumular será clara; si hay diferencias en la decisión empresarial impugnada, podrá ser más discutible la acumulación. Como también será discutible acumular acciones en que la causa de pedir incorpore cuestiones estrictamente individuales, como la discriminación. El debate de cuestiones que afectan exclusivamente a una persona no parece pertinente en un proceso plural en el que se acumulan acciones de varias. Ni que decir tiene que la existencia de cualquier conflicto de intereses entre los distintos demandantes debe conllevar la improcedencia de la acumulación.

La acumulación subjetiva de acciones vinculadas por su título o causa de pedir es, en principio, facultativa para las partes (“podrán acumularse”). Sin embargo, el nuevo párrafo segundo del artículo 25.3 condiciona o matiza indirectamente esta facultad, al establecer la obligación del juzgado de acordar la acumulación de los procesos que estén de esta manera conectados, salvo que aprecie “que la acumulación podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes” (art. 25.3, párr. 2º, LJS). Esta acumulación obligatoria de procesos puede acabar condicio-

²⁵ J.F. Lousada Arochena, op. cit.

²⁶ El estado de la cuestión justo antes de la LEC de 2000 puede verse en F.A. Valle Muñoz, *La acumulación de acciones en el proceso laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 57-62.

nando las estrategias de despachos de abogados en que se concentran muchos o todos los litigios susceptibles de ser acumulados; téngase en cuenta que, según Ortells, “la opción por acumular no favorece la obtención de una suma de honorarios más elevada y, consiguientemente, resulta desaconsejable desde ese punto de vista”²⁷.

El límite de los perjuicios desproporcionados a la tutela judicial, que el legislador enuncia en relación con la acumulación de procesos, es perfectamente trasladable a la acumulación de acciones. Resulta evidente que la preeminencia de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE no puede ser desconocida ni por la vía de la acumulación de acciones ni por la vía de la ulterior acumulación de procesos. El perjuicio a la tutela judicial efectiva de cualquier interviniente debe ser causa suficiente para no permitir la acumulación o, al menos, para desacumular la acción de quien así ve perjudicado su derecho fundamental.

La cuestión de la afectación a la tutela judicial debe estudiarse desde la perspectiva tanto de los actores como de la parte demandada. El actor puede ver afectado su derecho a la defensa y, en particular, a la asistencia letrada. Conviene traer a colación el artículo 19 LJS, cuyo apartado primero permite la presentación de la demanda “de modo conjunto”, y señala que “su admisión a trámite equivaldrá a la decisión de su acumulación”. El apartado segundo del artículo establece que si demandan “de forma conjunta más de diez actores, éstos deberán designar un representante común, con el que se entenderán las sucesivas diligencias del litigio”. La misma designación de representante común procede cuando se acuerde la acumulación de los procesos correspondientes a varias demandas presentadas contra un mismo demandado, afectando de este modo el proceso a más de diez actores (art. 19.3 LJS). El apartado 4 del propio artículo permite que cualquiera de los demandantes pueda “expresar su voluntad justificada de comparecer por sí mismo o de designar un representante propio, diferenciado del designado de forma conjunta por los restantes actores”.

Del reseñado artículo 19 LJS parece desprenderse que, si litigan más de diez actores, la defensa o la asistencia letrada ha de efectuarse mediante una representación unificada, una defensa colegiada de los intereses individuales que concurren en el proceso. Quien pretenda comparecer por sí mismo o a través de su propio representante, separándose de la dirección colegiada, deberá expresar las razones para ello (“voluntad justificada”), correspondiendo al órgano judicial valorar si tales razones sustentan esa defensa y asistencia separadas e individualizadas. El criterio para la valoración del órgano judicial será la diferenciación de la posición del individuo frente al resto del grupo, pero si esta diferenciación no es trivial, más que una defensa separada en el proceso común, cabría postular una desacumulación de su acción; no digamos ya si hay contraposición de intereses con otros litisconsortes. Sin embargo, si existe una plena coincidencia entre los objetos procesales y las causas de pedir de las acciones acumuladas, es difícil ver razones justificadas para permitir intervenciones separadas al margen de la representación

²⁷ M. Ortells “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos de los servicios de defensa jurídica en España”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48 (2019), p. 44.

unificada. En cualquier caso, la preeminencia constitucional del derecho a la defensa y a la asistencia letrada avala lo expresado por Mercader en el sentido de que “siempre deberá quedar un reducto para la subjetividad si es simplemente el juicio personal del demandante el que le hace considerar que el representante designado por el resto de los actores no atendería adecuadamente sus particulares intereses”²⁸.

La jurisprudencia constitucional ha subrayado la inferioridad axiológica del principio de economía procesal respecto de los derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa en el proceso. Interpretando el artículo 113 LECrim, que ordena que “siempre que sean dos o más las personas por quienes se utilicen las acciones derivadas de un delito o falta lo verificarán en un solo proceso y, si fuere posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal”, el TC ha razonado que “la constitucionalidad de la aplicación del art. 113 LECrim, por la afectación que supone de los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE), queda condicionada a (i) la ausencia de incompatibilidad entre las distintas partes que ejercen la acción penal o civil derivada del delito —requisito mínimo— y (ii) la existencia de una convergencia suficiente de intereses e incluso de puntos de vista en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de las diligencias instadas o los actos realizados por las respectivas representaciones y asistencias letradas”. La conclusión que alcanza la jurisprudencia constitucional es que, si no concurren dichas circunstancias, “se produciría una merma del derecho de defensa ante los tribunales, que difícilmente se justificaría en aras de una economía procesal, lógicamente de inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales, a la que, por otra parte, puede atenderse por medios de menor trascendencia, como son la valoración en cada caso concreto de la pertinencia de lo solicitado por cada una de las partes o el otorgamiento de plazos comunes para alegaciones” (STC 29/2021, de 15 febrero, FJ 3º).

Aunque el artículo 19 LJS contemple específicamente el supuesto de litigación por más de diez actores, lo cierto es que si existe plena coincidencia entre los objetos procesales y las causas de pedir, la intervención de más de un representante en el proceso puede descartarse incluso en casos de un número de litigantes inferior cuando “concorre la convergencia de intereses y puntos de vista en la actuación procesal” (STC 29/2021). Dicho de otro modo, la intervención sucesiva—y en muchos casos repetitiva— de representantes individuales solo está justificada si alguno de ellos tiene algo nuevo que añadir a lo alegado por quien sea el representante de la mayoría o por quien haya intervenido ya en el proceso. En este sentido, debiera establecerse legalmente la obligación de los profesionales de la defensa en el orden social (abogados y graduados sociales) de coordinar previamente sus estrategias, sus alegaciones fácticas y jurídicas y sus planteamientos en orden a la actividad probatoria. Esta unificación previa de la defensa permitiría que el juicio se desarrollase con la máxima agilidad, sin merma alguna del derecho de defensa de cada individuo litisconsorte.

²⁸ J.R. Mercader Uguina, Comentario del artículo 19 LJS, en J.R. Mercader Uguina (Dir.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social Comentada y con Jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015, p. 221.

En otro orden de cosas, no es propiamente una regla de acumulación de acciones, sino una regla de reparto, la contenida en el artículo 25.7 LJS, relativo a actos administrativos que afectan a una pluralidad de destinatarios. La única modificación que introduce el RDL 6/2023 es extender al resto de las partes la obligación que ya tenía la Administración autora del acto impugnado de informar de la existencia de otras demandas o recursos al juzgado o sección al que se hubiera repartido la primera demanda o recurso, también en el plazo de cinco días desde la notificación de la admisión de la segunda o ulteriores demandas o recursos.

En sede de acumulación de procesos, y en concordancia con el párrafo segundo del artículo 25.3 LRJS, el RDL 6/2023 trata de reforzar la obligatoriedad de la acumulación judicial de los procesos contra un mismo demandado (art. 28.1 LJS), aunque los actores sean distintos, cuando traigan causa de acciones idénticas o susceptibles de haber sido acumuladas en una misma demanda. El refuerzo es aparente porque en la anterior redacción ya se utilizaba un tiempo verbal con fuerza imperativa (“se acordará, de oficio o a instancia de parte, la acumulación de los procesos”); ahora se enfatiza con un adverbio redundante: “se acordará obligatoriamente la acumulación de los procesos”. Pero al mismo tiempo se introduce el juicio de proporcionalidad (“salvo cuando el juzgado o tribunal aprecie, de forma motivada, que la acumulación podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes”). Es difícil que un perjuicio a la tutela judicial de cualquier interviniente pueda entenderse proporcionalmente justificado por los beneficios derivados de la acumulación, por lo que, de existir tal perjuicio, la decisión más razonable es la de no acumular o desacumular.

En la misma línea, tratando ahora de la acumulación de procesos de varios actores contra un mismo demandado seguidos ante distintos juzgados de una misma circunscripción (respetando el límite de las reglas de competencia, por tanto, que también rige, como veremos, para el procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencia), se enfatiza en el artículo 29 LJS la obligatoriedad de la acumulación con el adverbio redundante “obligatoriamente”, como en el artículo 28 LJS, y se introduce también el deber de las partes de comunicar la posibilidad de la acumulación ante el juzgado o tribunal que conociese de la demanda que hubiera tenido entrada antes. Normalmente, será tan solo la parte demandada la que estará en condiciones de cumplir este deber. Nada se dice aquí del juicio de proporcionalidad, pero resulta obvio que siendo el de tutela judicial efectiva un derecho constitucional, el juzgado, al decidir la acumulación, deberá valorar si de ella se sigue algún detrimento en ese plano constitucional a cualquiera de las partes de los procesos que se acumulen.

En el tratamiento procesal de la acumulación, hay novedades importantes en el artículo 34 LJS. Concretamente, su apartado 2 permite la suspensión de las actuaciones procesales cuya realización pudiera privar de efectividad a una decisión judicial sobre una posible acumulación. Esto puede afectar nada más y nada menos que a los actos de conciliación y juicio ya señalados, pues es la celebración de estos la que puede impedir la acumulación, según sigue señalando el inmodificado artículo 34.1 LJS. Por otro lado, se invierte la regla tradicional según la cual “acordada la acumulación de procesos, podrá

ésta dejarse sin efecto por el juez o tribunal respecto de uno o varios de ellos, si concurren causas que justifiquen su tramitación separada”, para alumbrar una nueva regla según la cual “acordada la acumulación de procesos, no podrá ésta dejarse sin efecto” por el órgano jurisdiccional. La prohibición de dejar sin efecto la acumulación de procesos se proyecta sobre “uno o varios de ellos”. Las salvedades a la prohibición son dos: (1) que no se hayan cumplido las prescripciones legales sobre la acumulación; o (2) que el juzgado justifique que la acumulación efectuada “podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes”. En realidad, si el juzgado o tribunal aprecia que existe detrimento a la tutela judicial efectiva de cualquier interviniente, debe decidir la desacumulación.

La acumulación subjetiva de acciones o de procesos produce “el efecto de discutirse y resolverse conjuntamente todas las cuestiones planteadas” (art. 35 LJS). La resolución que ponga fin al proceso será recurrible conforme a las normas generales aplicables a los distintos medios de impugnación. Tratándose, en particular, del recurso de suplicación, procede esta “en todo caso” “cuando la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social”, ya se trate de reclamaciones acumuladas o no en la instancia (art. 191.3 LJS). El mero hecho de tratarse de una demanda plural no es suficiente para acreditar la afectación general requerida para la suplicación, ya que, como señala la STS 29 marzo 2023 (núm. 246/2023), “la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las “características intrínsecas” de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen “a todos o a un gran número” de sus trabajadores”.

Finalmente, en cuanto a la acumulación de recursos, se trata de un mecanismo de economía procesal que permite al órgano jurisdiccional *ad quem* resolver en una sola resolución “los recursos en trámite en los que exista identidad de objeto y de alguna de las partes”. Es un mecanismo apto, por tanto, para que, pese a haberse tramitado separadamente en la instancia, confluyan en una misma tramitación y solución litigios iniciados por una pluralidad de demandantes contra una misma parte demandada. El RDL 6/2023 introduce en el apartado 1 del artículo 234 LJS un texto que, en términos similares a los de la desacumulación de procesos, invierte la regla de desacumulación de recursos en caso de evidenciarse causas que justifiquen su tramitación separada, de modo que la regla pasa a ser la de no poder dejarse sin efecto la acumulación acordada, salvo que no se hayan cumplido las prescripciones legales sobre acumulación o cuando la Sala justifique que la acumulación podría ocasionar perjuicios desproporcionados a la tutela judicial efectiva del resto de intervinientes. Cabe insistir en que si se vislumbra detrimento al derecho a la tutela judicial efectiva de cualquier parte, debe acordarse la desacumulación.

A la vista de lo anterior, las posibilidades de acumulación de pleitos idénticos que brinda la LJS son amplias. El reforzamiento de la obligatoriedad de acumular procesos en una serie de supuestos quizá permita superar un mal histórico, como es “que los órganos judiciales puedan optar por el sistema más fácil del litigio individual repetitivo y no apues-

ten por el litigio plural acumulado”²⁹. No obstante esta ampliación de las posibilidades acumulativas, el legislador ha considerado oportuno introducir también en la jurisdicción social un llamado procedimiento testigo, que viene a incidir sobre la misma problemática de la litigación en masa, solo que ofreciendo una técnica alternativa a la acumulación.

4. El nuevo “procedimiento testigo”

La introducción de un nuevo artículo 86 bis en la LJS, rubricado “procedimiento testigo”, es una de las novedades más llamativas de las que aporta al proceso laboral el RDL 6/2023. Constituye una respuesta legislativa directamente encaminada a encauzar más eficientemente la realidad social de la litigación en masa o seriada, que afecta desde hace tiempo y de manera notable a la jurisdicción contencioso-administrativa (pluralidad de recursos contencioso-administrativos con el mismo objeto – “actos masa”), donde la técnica del pleito testigo se regula desde 1998; a la jurisdicción civil (especialmente en materia de condiciones generales de contratación); y a la social (especialmente, impugnaciones plurales de decisiones empresariales que, por la razón que sea, no se articulan por la vía del conflicto colectivo). De manera simultánea a la introducción del artículo 86 bis en la LJS, se introduce el artículo 438 bis en la LEC, para regular también el “procedimiento testigo” en la jurisdicción civil, aunque en este caso con un ámbito material limitado (“condiciones generales de contratación”). Aunque el nuevo artículo 438 bis LEC y el 86 bis LJS hayan nacido de la mano, lo cierto es que el precepto social presenta más parecido con la regulación contencioso-administrativa que con la civil. La regulación del “recurso testigo” en el artículo 37 LJCA es el antecedente más directo de la regulación social del procedimiento testigo.

El nuevo artículo 86 bis se ubica en la sección dedicada a “conciliación y juicio” dentro de la regulación del proceso ordinario; inmediatamente después de la regulación de la celebración de los actos de conciliación y juicio (arts. 84 y 85) y de la prejudicialidad penal y social (art. 86), e inmediatamente antes de la regulación de la práctica de la prueba en el acto de juicio (art. 87). Se trata ciertamente de una ubicación extraña para un texto que se ocupa de una técnica de gestión de la pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada. Temporalmente, la decisión judicial sobre la aplicación de esta técnica puede producirse en distintos momentos, aunque, como se verá, no parece razonable que la suspensión se acuerde una vez celebrados los actos de conciliación y juicio. En verdad, esta técnica de gestión de la pluralidad guarda estrecha relación con la acumulación de procesos, y de hecho en la LJCA, su ubicación sistemática se produce precisamente en el artículo 37, dentro del capítulo dedicado a la acumulación. Esto no quiere decir, desde luego, que sean técnicas análogas: simplemente significa que ambas son respuestas a un mismo fenómeno de fondo, como es la litigación seriada o en masa.

²⁹ F. Salinas Molina, “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,474, 2023, p. 38.

La inserción de la regulación del procedimiento testigo junto a la de la acumulación hubiera podido propiciar una mejor solución legislativa de los problemas de interconexión entre una y otra técnica. Todo lo que se nos dice actualmente es que la tramitación del pleito testigo se producirá siempre que los procesos afectados “no fueran susceptibles de acumulación” o siempre que “no se hubiera podido acumular”. En una de las primeras sentencias sobre el pleito testigo dictadas por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, la de 4 diciembre 2006³⁰, se estableció que esta técnica constituye una “alternativa” a la tradicional acumulación de procesos. De manera más precisa cabría decir que el procedimiento testigo es una técnica subsidiaria respecto de la acumulación: si procede esta, no procede aquel.

Conviene recordar que en lo social rige una amplísima admisión de la acumulación subjetiva de acciones y de procesos, por lo que el espacio que queda para el procedimiento testigo es teóricamente escaso. Sin embargo, la acumulación no es apropiada cuando de ella se siga un posible detrimento a la tutela judicial efectiva, conforme al párrafo 2º del citado artículo 25.3 y el concordante 28.1, ambos de la LJS. Tampoco parece muy sensato acumular procesos hasta el punto de conformar una macrocausa de difícil gestión. Estas circunstancias pueden dar pie a la aplicación de la alternativa y subsidiaria técnica del pleito testigo. Como señaló la citada STS (cont-adm.) 4 diciembre 2006, “precisamente, para evitar los inconvenientes y complejidades que puede presentar dicho tratamiento conjunto de pretensiones iguales y abordar la masificación procesal característica del actual recurso Contencioso-Administrativo, introduce la LJCA de 1998, en el capítulo dedicado a la acumulación, un instrumento procesal alternativo”. Parece, en conclusión, que la acumulación debe ser la técnica ordinaria de gestión de la pluralidad de procesos idénticos contra la misma parte demandada, pero que si de esta acumulación resulta una macrocausa de difícil gestión, debe acudir a la técnica subsidiaria del procedimiento testigo. La opción por una u otra alternativa parece que debe dejarse a la razonable discreción del órgano judicial.

La regulación del procedimiento testigo no diseña en modo alguno un procedimiento: lo que establece es un mecanismo o técnica a disposición del órgano jurisdiccional para gestionar la pluralidad de procesos idénticos contra un mismo demandado. Esta técnica es aplicable en cualquier proceso laboral, sea ordinario o especial, aunque hay que reconocer su inaplicabilidad práctica en procesos como el de conflictos colectivos o el de impugnación de convenios colectivos, entre otros, por la razón de que no se dará en estos casos el presupuesto aplicativo del procedimiento testigo.

Este presupuesto aplicativo es lo que llamaremos pluripendencia; la ley lo describe del siguiente modo: que ante un mismo órgano judicial “estuviera pendiente una pluralidad de procesos con idéntico objeto y misma parte demandada”. La pluripendencia exige que varios procesos se encuentren en curso o pendientes ante el mismo órgano judicial, concurriendo en todos ellos la doble identidad de objeto procesal y de parte demandada. Aunque técnicamente un proceso se encuentra en curso o pendiente todavía tras

³⁰ Rec. 6267/2003.

la celebración del acto del juicio y antes de que recaiga sentencia, no parece razonable considerar que un proceso en estadio tan avanzado de tramitación pueda considerarse a los efectos de decretar la aplicación del procedimiento testigo. Mucho menos, lógicamente, si ya ha recaído sentencia y el proceso ha entrado, en su caso, en fase de recurso. Por tanto, la pluralidad vendrá dada por una serie de procesos en los que no se hayan llegado a celebrar, todavía, los actos de conciliación y juicio. Esta conclusión es razonable si se considera que la aplicación del procedimiento testigo ha de hacerse “previa audiencia de las partes”, según reza el apartado primero del artículo 86 bis, y que esta audiencia se conecta con el interés que lógicamente los diversos demandantes tendrán ya no solo en su propio e individual proceso, sino también en el resultado del que haya de configurarse como testigo. Por tanto, si los demandantes cuyos procesos se suspenden y quedan a expensas del testigo han de poder influir, de algún modo, en el devenir de este, es razonable que la decisión haya de tomarse cuando el candidato a testigo todavía no ha alcanzado el fundamental acto de juicio. Esta influencia puede canalizarse mediante una coordinación de los letrados de los distintos procesos afectados, incluyendo obviamente el seleccionado como testigo.

Hemos dicho que la pluripendencia exige varios procesos con la doble identidad de objeto procesal y de parte demandada. Al referirse al mismo objeto, lo que la ley exige es que se trate de la impugnación de la misma decisión empresarial (de efectos plurales o colectivos) o de decisiones empresariales o administrativas en serie idénticas o análogas (con leves variaciones entre ellas, no significativas para el enjuiciamiento del pleito), que son materialmente coincidentes aunque se hayan plasmado en decisiones formalmente separadas. En cuanto a la identidad de parte demandada, el procedimiento testigo no está pensado para supuestos análogos con diversidad de partes demandadas, sino para enjuiciar una serie de litigios que afectan a la misma parte demandada o a las mismas partes demandadas en caso de litisconsorcio pasivo.

Además de la doble identidad reseñada, la pluripendencia ha de darse en el mismo órgano judicial. De estar tramitándose varios procesos con mismo objeto y misma parte demandada en distintos juzgados de la misma circunscripción cabe acudir a la acumulación prevista en el artículo 29 LJS. Cabría incluso que tras la acumulación de este artículo, el juzgado optara por la desacumulación y la aplicación del procedimiento testigo, especialmente cuando la acumulación dé lugar a una macrocausa de difícil gestión. La ley no exige un número mínimo de “procesos” más allá de que sean varios, “una pluralidad” (dos o más, por tanto), pero parece razonable en la práctica aplicar la técnica del procedimiento testigo solamente cuando se está ante un número relevante de procesos, un número suficiente que compense los costes adicionales de tramitar el procedimiento testigo. En todo caso, parece claro que el límite de lo que cabe afectar por un procedimiento testigo es coextenso con la circunscripción territorial del órgano judicial correspondiente.

La técnica del procedimiento testigo consiste en seleccionar uno o varios de los procesos que se siguen en un órgano judicial (que serán los procesos testigo) para darles tramitación hasta la sentencia, suspendiendo entretanto la tramitación de todos los demás en que concurra la doble identidad. Finalizado el proceso testigo por sentencia

firme, una de las posibilidades que tienen los demandantes de los procesos suspendidos es solicitar la extensión de efectos de tal sentencia; pero, como veremos más adelante, no es la única posibilidad, y aquí se proyecta lo que algún autor ha llamado el “perfil disuasorio” del procedimiento testigo³¹.

En la configuración normativa que resulta del artículo 86 bis LJS, el procedimiento testigo es de obligatoria aplicación por parte del órgano judicial. Aunque nada impide que cualquiera de las partes pueda instar la tramitación testigo, lo cierto es que la ley es clara al señalar que el órgano judicial “deberá tramitar preceptivamente” uno o varios procesos como procedimientos testigos, siempre que se den los presupuestos que ya hemos comentado. Ahora bien, cabe introducir algún matiz a la “obligatoriedad” de tramitar este procedimiento, pues quizá haya que permitir al órgano judicial cierta valoración discrecional cuando el número de procesos no alcance a compensar los costes adicionales derivados de la puesta en práctica del mecanismo testigo. Además, el hecho mismo de que este sea subsidiario de la acumulación atenúa la obligatoriedad del primero, en la medida en que el órgano judicial puede perfectamente considerar preferible la opción de acumular procesos.

Dice el artículo 86 bis LJS que la tramitación del asunto testigo debe hacerse “con carácter preferente”. La “preferencia” parece que debe entenderse en términos relativos en el ámbito de los procesos que cumplen los requisitos para dar lugar al procedimiento testigo: es decir, la preferencia es de los procesos seleccionados frente a los suspendidos, pero no de aquellos frente a todos los demás que estén pendientes en el juzgado o tribunal. En cualquier caso, la cuestión no es clara, al no estar bien resuelta en el artículo 86 bis LJS, que habla de la tramitación “con carácter preferente” en el marco de la oposición proceso testigo vs. proceso suspendido; parece algo más clara en el artículo 438 bis LEC, que sí dice en párrafo aparte que el procedimiento testigo se tramitará con carácter preferente y que el recurso de apelación contra el auto acordando la suspensión se tramitará de modo preferente y urgente. En el ámbito jurisdiccional contencioso-administrativo, se ha dicho, en línea con lo aquí defendido en lo social, que “el uso del término «preferentemente» puede conducir a malentendidos, que sin embargo deben descartarse radicalmente. Esa preferencia debe entenderse sólo y únicamente en relación con los procesos que quedan suspendidos, y no como la configuración de un procedimiento de urgencia para este tipo de asuntos”³².

Lo que sí está claramente resuelto en la LJS, a diferencia de lo que ocurre en la LJCA y en la LEC, es el criterio para seleccionar el proceso (o procesos, ya que pueden ser varios) testigo: dice el artículo 86 bis LJS que se atenderá “al orden de presentación de las respectivas demandas”. En el ámbito contencioso-administrativo, existe el criterio de seleccionar “el más idóneo por su representatividad”, “aquel que sea más característico

³¹ R.C. Cancio Fernández, “La necesaria confirmación jurisprudencial del mecanismo del Leading Case en el ordenamiento contencioso-administrativo: la STS de 4 de diciembre de 2006”, *Revista española de Derecho Administrativo*, 134/2007, versión digital.

³² R.C. Cancio Fernández, op. cit.

entre todos, y tenga más aptitud para cumplir la finalidad como recurso testigo³³, o el que “reúna el mayor número de variantes que permitan abarcar todas las contingencias de los asuntos suspendidos, debiendo valorarse por el juzgador la amplitud de las alegaciones formuladas por las partes, de manera que su complitud le identifique como idóneo en relación a los demás asuntos pendientes³⁴. La opción legislativa en lo social es más sencilla: por el primero o los primeros que hayan tenido entrada en el juzgado o tribunal. Nótese que ni siquiera se adopta el criterio de elegir aquel cuya tramitación se encuentre más avanzada, aunque es cierto que, en términos generales, fecha de entrada en el juzgado o tribunal y adelanto en la tramitación suelen correlacionarse. En cualquier caso, con tan simple pero cierto criterio como el adoptado en el orden social, tiene poco sentido tramitar como testigo más de un asunto, salvo que el órgano judicial considere que tramitando varios procedimientos puede llegar a alcanzar un conocimiento más cabal de todas las vertientes del asunto.

La decisión judicial de aplicar la técnica del procedimiento testigo exige audiencia de las partes por plazo común de cinco días. Debe entenderse que las partes a las que se dará audiencia son todas las personadas en las distintas causas que dan lugar al procedimiento testigo. En este trámite, las partes podrán formular alegaciones contrarias al expediente testigo, cuestionando la concurrencia de cualquiera de sus presupuestos (en especial, la doble identidad de objeto y parte demandada) o proponiendo incluso la alternativa de la acumulación; también cabe formular alegaciones relacionadas con los derechos constitucionales derivados del artículo 24. Una vez que el órgano judicial ha elegido uno o varios procesos testigo y ha decidido la suspensión de todos los demás procesos que cumplen los requisitos de las identidades objetiva y subjetiva-pasiva, parece que es posible que se decida la suspensión de nuevos procesos que puedan ir entrando posteriormente en el juzgado o tribunal, siempre con la garantía elemental de audiencia de las partes: las demandas serán admitidas, pero su tramitación se suspenderá hasta que recaiga sentencia firme en el pleito testigo.

Contra la decisión judicial de impulsar un procedimiento testigo y la correlativa decisión de suspender el resto de procedimientos (lo que se hará por auto) no cabe recurso devolutivo alguno, sin perjuicio de que en vía de recurso extraordinario se puedan articular motivos de infracción procesal relacionados con la aplicación del artículo 86 bis LJS. Sí cabe el recurso de reposición, conforme al artículo 186.2 LJS, con las excepciones señaladas en el apartado cuarto del mismo artículo.

La terminación del proceso testigo produce la reactivación de los suspendidos. Cabe pensar que si el procedimiento testigo termina sin sentencia, puede el órgano judicial optar por designar un nuevo procedimiento testigo entre los que inicialmente quedaron suspendidos, manteniendo la suspensión del resto. Si la terminación del procedimiento testigo es por sentencia, la reactivación de los suspendidos se produce solamente cuando ella sea firme. Aunque el apartado primero del artículo 86 bis LJS dice que se

³³ M.P. Teso Gamella, Comentario del artículo 37, en E. Espín Templado (Coord.), *Comentarios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

³⁴ R.C. Cancio Fernández, op. cit.

suspende “el curso de los demás hasta que se dicte sentencia en los primeros”, lo cierto es que esta sentencia ha de ser firme, como resulta del apartado 2: “Una vez firme la sentencia, se dejará constancia de ella en los procesos suspendidos y se notificará a las partes de los mismos a fin de que, en el plazo de cinco días, puedan interesar los demandantes la extensión de sus efectos en los términos previstos en el artículo 247 ter, la continuación del procedimiento o bien desistir de la demanda”. Es claro que la primera de las posibilidades –la extensión de efectos– solo surge cuando se haya declarado la firmeza de la sentencia dictada en el procedimiento que se hubiera tramitado con carácter preferente (art. 247 ter LJS).

En todo caso, ni siquiera la firmeza de la sentencia en el proceso testigo dará lugar siempre a alzar la suspensión de los procedimientos afectados. Dice el párrafo tercero del artículo 247 ter LJS lo siguiente: “Igualmente quedará en suspenso hasta su resolución cuando se encuentre pendiente un recurso de casación para la unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme cuya extensión se pretenda”. Dejando a un lado la mejorable sintaxis del párrafo, lo que esta regla significa es que la suspensión de los procedimientos afectados por el testigo habrá de mantenerse mientras esté pendiente un recurso de casación para la unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a aquella en que se fundó la sentencia firme dictada en el proceso testigo. Nótese que no es esta sentencia la que está pendiente del recurso (pues es firme ya), sino que es otra sentencia sobre idéntica cuestión dictada por cualquier Sala de lo Social de TSJ la que se encuentra pendiente de recurso ante el TS. Esta prolongación de la suspensión podrá acordarse de oficio, habida cuenta del carácter imperativo de la regla, o más frecuentemente a instancia de la parte que tenga noticia de la existencia del recurso.

Las tres posibilidades que abre el apartado 2 del artículo 86 bis LJS son, por tanto, la extensión de efectos de la sentencia firme, la continuación del procedimiento propio o el desistimiento de la demanda. Las tres corresponden lógicamente al demandante. Para cumplimentar la elección, el letrado de la Administración de Justicia requerirá a los demandantes afectados por la suspensión para que, en el plazo de cinco días, interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del proceso (art. 247 ter, párr. 1º, LJS).

La primera alternativa es solicitar la extensión de los efectos de la sentencia firme al proceso propio. La extensión será acordada por el órgano judicial, “salvo que concurran las circunstancias previstas en el artículo 247 bis 5, o alguna causa de inadmisibilidad propia del proceso suspendido que impida el reconocimiento de la situación jurídica individualizada” (art. 247 ter, párr. 2º, LJS). Más adelante, en el epígrafe 5 de este estudio, nos referiremos a las circunstancias del 247 bis 5. La causa de inadmisibilidad propia del proceso suspendido se refiere a aquellas que determinen la ausencia del derecho que se reclama, su no nacimiento (por faltar los hechos constitutivos del mismo) o bien su extinción (por prescripción, pago, etc.). En cuanto a los aspectos procedimentales, nos remitimos al análisis que luego haremos de la extensión de efectos (infra, epígrafe 5).

La segunda alternativa para el demandante es la continuación del proceso suspendido. En este caso, el proceso continuará normalmente conforme a la regulación procesal que resulte aplicable, y se dictará sentencia, en su caso, por el juzgado o tribunal; sentencia que coincidirá en lo esencial con la del proceso testigo, salvo que en el proceso suspendido se introduzcan alegaciones distintas de las formuladas en aquel que puedan llevar a un fallo distinto. Para evitar esto, es conveniente una coordinación previa de los letrados de los demandantes de los distintos pleitos afectados. La opción por la continuación normal del proceso suspendido ha sido criticada por la doctrina administrativista, al considerar que “disipa las ventajas de agilización que brindaba esta figura”³⁵; pero lo cierto es que no permitir la continuación del proceso suspendido plantea mayores riesgos de inconstitucionalidad, cuestión de la que luego tratamos.

La tercera de las alternativas es el desistimiento de la demanda. Se trata de una opción que el demandante probablemente seguirá cuando, a la luz de la sentencia recaída en el proceso testigo, las posibilidades de estimación de la demanda sean prácticamente inexistentes. El desistimiento debería ser la opción favorecida por el legislador en caso de haber recaído sentencia desestimatoria en el procedimiento testigo, ya que todo el sentido de la institución es disuadir de la continuación de múltiples procesos cuando ya uno de ellos (el “testigo”) ha sido resuelto en firme. Sin embargo, la ley procesal laboral se muestra en este punto completamente aséptica, aparentemente neutral respecto de las distintas opciones brindadas a los actores de los procesos suspendidos. Ello debiera conducir a que el órgano jurisdiccional que dicta sentencia en el pleito testigo realice un mayor esfuerzo argumentativo para fundamentarla, de modo que sea la fortaleza de esta fundamentación la que disuada al resto de actores de continuar sus propios procesos.

Visto el diseño legal de la institución, corresponde ahora realizar una valoración desde la perspectiva del artículo 24 CE. Centrándonos en el proceso elegido como testigo, es obvio que esta designación no afecta a las garantías procesales de las partes en él, quienes verán desarrollados los sucesivos trámites procesales con normalidad, más allá de la espera a que se les somete por el tiempo que consume la audiencia y la decisión judicial sobre la aplicación o no del propio mecanismo testigo. Tiene más enjundia, lógicamente, la discusión por la afectación al derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de las partes de los procesos suspendidos. El efecto que produce la suspensión es la dilación o demora en la obtención de una sentencia, ya que se obliga a las partes a esperar hasta que sea firme la sentencia en el proceso testigo. Sin embargo, no es algo muy distinto de lo que ocurre en la relación entre proceso de conflicto colectivo y procesos individuales con idéntico objeto o en relación de directa conexión. Materialmente no se aprecia una afectación al derecho de la parte actora de alegar y probar lo que a su derecho convenga ni al derecho a la asistencia letrada de su elección, ya que esta parte está expresamente facultada para solicitar la continuación de su propio proceso. Aunque el efecto dilación es evidente, no existe una afectación a la garantía constitucional de defensa, alegación

³⁵ D. Córdova Castroverde, “Dificultades y problemas que plantea en la actualidad la extensión de efectos de las sentencias en el orden contencioso-administrativo”, *Revista de Jurisprudencia*, número 4, 2011.

y prueba; especialmente porque, a diferencia de lo que ocurre en la regulación civil, el órgano judicial social no tiene la potestad de indicar a la parte “si considera procedente o no la continuación del procedimiento suspendido” (art. 438 bis.3 LEC): esta decisión de continuación se deja enteramente a la parte, sin que deba siquiera argumentar sobre ella, como en cambio exige la regulación procesal civil, que pide al demandante que quiere la continuación de su proceso indicar “las razones o pretensiones que deben ser, a su juicio, resueltas”. De hecho, el artículo 247 ter LJS dice que el letrado de la administración de justicia “requerirá a los demandantes afectados por la suspensión para que, en el plazo de cinco días, interesen la extensión de los efectos de la sentencia o la continuación del pleito suspendido, o bien manifiesten si desisten del proceso”; y salvo en el caso de solicitud de extensión de efectos, en que el órgano judicial puede decidir no acordarla con base en lo previsto en el párrafo segundo del artículo 247 ter, en el resto de casos parece que la solicitud del demandante debe simplemente ser aceptada por el órgano judicial.

Un último apunte: el artículo 191.3 b) LJS se modifica en el sentido de añadir que procede en todo caso el recurso de suplicación “cuando la sentencia de instancia fuera susceptible de extensión de efectos”. Como la sentencia dictada en procedimiento testigo es, por definición, susceptible de extensión de efectos, hay que entender que la dictada en instancia por juzgados de lo social en el marco del procedimiento testigo es siempre recurrible en suplicación.

5. La extensión de efectos de una sentencia firme

Ya hemos visto que la extensión de efectos de una sentencia firme es una figura complementaria del procedimiento testigo: el desenlace específicamente característico de la aplicación de esta técnica procesal, cuando la sentencia del pleito testigo es estimatoria, es la extensión de efectos a los procesos suspendidos. Al margen de la eficiencia procesal, resulta evidente que esta extensión es una derivación del principio de igualdad: idénticas pretensiones frente a idéntica parte demandada no pueden ser resueltas de diferentes maneras por el mismo órgano jurisdiccional sin una motivación que justifique la diferencia. De ahí que la extensión de efectos, como el procedimiento testigo, se circunscriba a un órgano judicial, lo que además es coherente con el respeto a la independencia judicial. Como señaló Mercader, “el requisito de la identidad del órgano produce inevitablemente la consecuencia de que sólo es relevante constitucionalmente la discrepancia entre resoluciones judiciales cuando proceden del mismo órgano”³⁶.

Pero junto a su función ligada al procedimiento testigo, la extensión de efectos es también una figura autónoma, que puede operar completamente al margen de un procedimiento testigo. Dicho de otro modo, no es necesario aplicar un procedimiento testigo para que, cumpliéndose los requisitos de que ahora se pasa a tratar, una persona solicite y

³⁶ J.R. Mercader Uguina, “El marco teórico del principio de igualdad”, en L.E. de la Villa Gil y L. López Cumbre (Dirs.), *Los principios del derecho del trabajo*, CEF, Madrid, 2003, p. 259.

obtenga la extensión de los efectos de una sentencia firme a su propia situación jurídica. A estos dos tipos de extensión se corresponden sendos preceptos introducidos en la LJS por el RDL 6/2023: el 247 bis para la extensión autónoma y el 247 ter para la extensión en el marco de un procedimiento testigo.

Ambos artículos se ubican en la sección dedicada a las ejecuciones colectivas, junto al artículo 247, que regula la ejecución en conflictos colectivos. Por tanto, la extensión de efectos se concibe por el legislador, cabe suponer, como una fórmula o técnica ejecutiva, aunque materialmente lo regulado tanto en el 247 bis como en el 247 ter presente características más de proceso declarativo que ejecutivo. De hecho, en la extensión independiente de un procedimiento testigo, el órgano judicial debe comprobar la concurrencia de una serie de circunstancias, con plena audiencia de las partes, como es lógico. En el caso de procedimiento testigo, la extensión no exige esta comprobación, ya que el cumplimiento de los requisitos para aplicar el mecanismo testigo comporta necesariamente la aplicabilidad de la extensión de efectos de la sentencia testigo. Son comunes a ambos tipos de extensión las circunstancias por las que la misma debe desestimarse, previstas en el apartado 5 del 247 bis, al que se remite el 247 ter en su segundo párrafo.

La extensión de efectos se configura como una facultad para toda persona que se encuentra en una situación jurídica idéntica a la del actor que obtuvo un fallo estimatorio. Lógicamente, no puede haber ninguna obligatoriedad en este punto, partiendo de que la cosa juzgada inherente a una sentencia firme no se proyecta sobre quien no ha sido parte en el proceso (art. 222.3 LEC: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte”). Dice el artículo 247 bis LJS, en su apartado primero, que los efectos de una sentencia firme *podrán* extenderse a otras personas, las cuales, según ahora los apartados 2 y 3, han de formular una petición o solicitud: no hay obligatoriedad alguna, no puede constitucionalmente haberla.

El artículo confiere el derecho a solicitar la extensión de efectos de una sentencia firme cuando concurren las dos circunstancias siguientes: (1) identidad de situación jurídica individual y (2) competencia territorial del órgano judicial. Hay que tener en cuenta, además, el requisito de solicitarla en el plazo de un año y las posibles causas de desestimación que se enuncian en el apartado 5 del artículo 247 bis LJS. De todo ello se trata a continuación.

La identidad de situación jurídica individual implica que el solicitante de la extensión debe acreditar que concurren en su caso las mismas características y circunstancias que fueron tenidas en cuenta en la construcción de los razonamientos jurídicos que dieron lugar al fallo cuya extensión se pretende. Se trata, en suma, de una “identidad sustancial”, que no desaparece por la existencia de diferencias que no hubieran tenido trascendencia de cara al fallo. Eso sí, en lo “sustancial”, la identidad ha de ser “absoluta” y, como señala la doctrina administrativista, a propósito del artículo 110 LJCA, “debe apreciarse *ictu oculi*, esto es, debe ser ‘a priori nítida e incontrovertible, no necesitada de examen, comprobación ni declaración jurisdiccional alguna’”³⁷. Es razonable pensar que

³⁷ N. Magaldi, Comentario del artículo 110, en A. Ezquerro Huerva, J. Oliván del Cacho (Dirs.), *Co-*

si la identidad suscita dudas en el juzgador, debe inadmitirse el incidente, puesto que la extensión de efectos es excepcional y merece una interpretación restrictiva. El requisito de identidad es verdaderamente clave y delicado, porque una extensión de efectos sin absoluta identidad en lo sustancial supone una quiebra de los derechos constitucionales de defensa y de tutela judicial. Piénsese que el incidente de extensión es un proceso de cognición limitada, que no da cabida a cualquier alegación. Ciertamente, por ello, la institución de la extensión merece una interpretación de sesgo restrictivo: en caso de duda, es mejor remitir a las partes a un proceso ordinario de cognición plena.

La expresión “situación jurídica individualizada” se importa a la LJS directamente desde el derecho administrativo. En este ámbito, se ha establecido la distinción entre pretensiones anulatorias (art. 31.1 LJCA) y pretensiones de reconocimiento de una situación jurídica individualizada (art. 31.2 LJCA); y, como advierte la doctrina administrativista, “todo el sistema de los efectos de la sentencia se monta sobre la idea de los efectos generales o *erga omnes* de las sentencias anulatorias (conforme a la propia esencia del concepto de ‘anulación’ y sus efectos constitutivos) por contraposición a los efectos *inter partes* de las sentencias de reconocimiento de una situación jurídica individualizada”³⁸. En el ámbito social, la expresión “situación jurídica individualizada” es extraña y poco significativa; sería mejor hablar de sentencias que simple y llanamente reconocen derechos. Esto, a su vez, nos lleva a precisar que la sentencia extensible es solo la estimatoria (aunque fuere en parte), nunca la desestimatoria, ya que esta última, por definición, no reconoce derecho alguno. No parece que haya que establecer diferencias por el tipo de acción ejercitada: tan extensible es un fallo declarativo como otro de condena, aunque en este último caso, la concreción de las cantidades debidas (salariales, indemnizatorias, etc.) puede variar individualmente.

La segunda circunstancia que debe concurrir para extender los efectos de una sentencia firme es que el órgano “sentenciador” “fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada”. Al igual que ocurre en las acumulaciones subjetivas y en el procedimiento testigo, el límite de estas técnicas de litigación plural radica en la competencia judicial para conocer del asunto. O dicho de otro modo: ninguna de estas técnicas justifica la alteración de la competencia judicial según resulta de las reglas ordinarias.

Al referirse a la competencia, el precepto se muestra poco preciso: lo que hay que entender es que el órgano que juzgó *en instancia* del asunto en que recae la sentencia firme cuya extensión se pretende es competente, por razón del territorio, para conocer de un hipotético proceso de reconocimiento de la situación jurídica o derecho de que se trate en cada caso. Si la sentencia firme recae en suplicación, revocando la de instancia,

mentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 1864; la autora cita en la nota 62 de su trabajo el Auto de la Audiencia Nacional de 12 de mayo de 2014, recurso 2/2013 (AAN 108/2014); y también las SSTs de 20 de julio de 2007, recursos de casación 6288/2005, 6317/2005 y 6313/2005, así como la más reciente STS de 18 de mayo de 2015, recurso de casación 1081/2014.

³⁸ S. González-Varas Ibáñez, “Los efectos de las sentencias en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1842, 1999, p. 22.

por ejemplo, el requisito de la competencia territorial sigue aludiendo al órgano de instancia (el juzgado), aunque no sea la sentencia dictada por este la que motiva la petición de extensión. Habida cuenta de las reglas de competencia territorial de los artículos 10 y 11 LJS, en el supuesto más habitual de que la instancia corresponda al juzgado, en el caso de la regla general del 10.1, hay que considerar que si se litigó ante el juzgado del lugar de prestación de servicios, solo podrán pedir la extensión quienes presten servicios en el mismo lugar o en un lugar dentro de la circunscripción geográfica del juzgado; si la sentencia de instancia se dictó por el juzgado del domicilio de la parte demandada, será indiferente el lugar de trabajo, pudiendo cualquier empleado de la misma empresa aspirar a la extensión de efectos de la sentencia. Es conveniente, por tanto, en supuestos de previsible litigación en masa optar por demandar en el juzgado del domicilio de la parte demandada, ya que la sentencia podrá ser objeto de extensión a todos los empleados, con independencia del lugar de prestación de servicios.

La solicitud de extensión de efectos está sujeta a plazo, que comienza a correr “desde la última notificación” de la sentencia firme “a quienes fueron parte en el proceso”. El *dies a quo* es, por tanto, la notificación de la sentencia firme a las partes: concretamente, la notificación a la última de ellas en ser notificada. En el caso de haber varias sentencias seriadas idénticas, cabe entender que la última de ellas es la que puede considerarse a los efectos de la preclusión temporal de que tratamos. Es importante retener aquí que este plazo de un año no interfiere en la prescripción ordinaria de las acciones o reclamaciones de que se trate: el plazo de prescripción general de un año del artículo 59 ET sigue su curso autónomamente. Por tanto, si la acción está prescrita en virtud del artículo 59 ET, a la extensión de efectos podría oponer el condenado la excepción de prescripción del derecho.

El procedimiento para declarar la extensión de efectos se encuentra regulado dentro del Libro que la LJS dedica a la ejecución. Sin embargo, técnicamente, el incidente de extensión tiene más de declaración que de ejecución: al solicitar la extensión se busca un enjuiciamiento, aunque este se encuentre limitado a determinar si se cumplen las circunstancias que permiten la extensión de efectos de la sentencia firme; al solicitar la extensión se busca la creación de un título ejecutivo que la parte todavía no tiene. Es obvio que al solicitar la extensión no se busca propiamente el cumplimiento de lo ya enjuiciado o declarado, aunque también es cierto que cabe argumentar que si la sentencia es extensible de manera muy evidente, la parte demandada podría voluntariamente optar por darle cumplimiento, no solo naturalmente a favor de quien fue parte en el proceso en el que recae la sentencia firme (aquí sí procede directamente una acción ejecutiva), sino también a favor de quienes se encuentran en idéntica situación que aquella parte, evitando con ello la tramitación de los respectivos incidentes. Pero esto es ya un efecto indirecto o difuso, que puede lograrse o no.

De no optar el demandado por la extensión voluntaria, la parte que quiera beneficiarse del fallo firme debe formalizar una solicitud dirigida al órgano judicial que hubiera dictado la sentencia cuyos efectos se pretende que se extiendan (art. 247 bis.2 LJS). La ley se muestra otra vez poco precisa en la determinación del órgano judicial competente para conocer del incidente de extensión. La sentencia firme ha podido ser dictada, por

ejemplo, en suplicación: en tal caso, tiene escaso sentido en un procedimiento de estas características que el incidente de extensión se residencie en un órgano distinto al de instancia, contra la regla general, si estamos en ejecución, del art. 237.2 LJS (“*La ejecución se llevará a efecto por el órgano judicial que hubiere conocido del asunto en instancia*”). Hay que entender, por tanto, que el órgano competente para conocer del incidente de extensión es el órgano que conoció del asunto en la instancia, con independencia de que la sentencia firme se hubiera dictado en vía de recurso.

La solicitud dirigida al órgano judicial consiste en un “escrito razonado”. El razonamiento que pide la ley es el que versa sobre el cumplimiento de las circunstancias que justifican la extensión: identidad de situación jurídica y competencia territorial. A la solicitud ha de acompañarse la documentación justificativa de ambas circunstancias. Esta documental parece preceptiva, a diferencia de la que a continuación menciona el apartado 3 del artículo 247 bis: documentación acreditativa de “la no concurrencia de alguna de las circunstancias del apartado 5”. Siempre hay que aplicar la máxima cautela ante la exigencia de acreditar un hecho negativo, como es la no concurrencia de cualquiera de las circunstancias referidas en el apartado 5; estas circunstancias deberían ser consideradas como hechos impositivos de la extensión, por lo que, conforme a las reglas generales de distribución de cargas probatorias de los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC, hay que entender que al solicitante corresponde la carga de probar los hechos que sustentan la identidad de situación jurídica y la competencia territorial del órgano judicial, mientras que al demandado corresponderá alegar y probar los hechos de los que pueda desprenderse alguna de las circunstancias impositivas referidas en el apartado 5 del artículo 247 bis LJS.

Presentado el escrito razonado, con la documentación acreditativa, el órgano jurisdiccional dará traslado a la parte condenada en la sentencia y a los posibles responsables subsidiarios para que en el plazo máximo de 15 días puedan alegar lo que estimen conveniente y aportar los antecedentes que estimen oportunos en su defensa. En realidad, como dice la LEC, el condenado podrá “allanarse u oponerse”, y en este último caso, deberá aportar la documentación que justifique su oposición (art. 519.3 LEC). Si la parte condenada fuera una entidad del sector público, podrá aportar “un informe detallado sobre la viabilidad de la extensión solicitada”. Como ya se ha razonado, la parte condenada puede, en este trámite de alegaciones, poner de manifiesto la concurrencia de cualquiera de las circunstancias impositivas de la extensión mencionadas en el apartado 5 del artículo 247 bis LJS.

Si la parte condenada se opone a la extensión (en todo o en parte), el órgano judicial tiene dos alternativas. La primera es poner de manifiesto el resultado de las actuaciones a las partes para que aleguen por plazo común de cinco días. Simultáneamente, el órgano judicial emplazará, en su caso, a “los interesados directamente afectados por los efectos de la extensión”. Estos interesados no son, obviamente, las partes del incidente. Podrían ser las personas que se encuentren en una situación jurídica idéntica (potenciales solicitantes de la misma extensión), pero tiene poco sentido emplazarlos en el incidente, máxime si la extensión es individual y a instancia de parte. En el ámbito del derecho administrativo, se ha dicho que estos interesados son “aquellos que no hayan solicita-

do la extensión de efectos pero que se encuentren en la misma situación jurídica, si los mismos son identificables”³⁹. También se ha dicho que con la expresión “interesados directamente afectados” “se podría hacer referencia a aquellos que, eventualmente, se pudieran ver perjudicados por la extensión de efectos de la sentencia, al tener la misma un doble efecto”⁴⁰. Piénsese en quienes se ven beneficiados por una decisión empresarial o administrativa y resultan perjudicados por su anulación. La doctrina administrativista, en exégesis de exactamente el mismo texto en el artículo 110 LJCA, entiende “por estos [interesados] no a quienes pudieran solicitar idéntica extensión de efectos sino a quienes puedan resultar interesados por la extensión solicitada”⁴¹.

La segunda alternativa para el órgano jurisdiccional es acordar el trámite incidental del artículo 238 LJS, es decir, un trámite de comparecencia para que las partes aleguen y prueben cuanto a su derecho convenga. Este es el camino que habrá de seguirse cuando el órgano judicial considere que las cuestiones planteadas hacen necesaria dicha comparecencia o también cuando considere que esas cuestiones van referidas a “hechos necesitados de prueba”. Téngase en cuenta que estamos en un proceso declarativo de cognición limitada: lo único que cabe discutir es si la situación jurídica del solicitante es idéntica a la de la parte que obtuvo la sentencia firme, además del resto de presupuestos habilitantes (competencia territorial y plazo de solicitud) y los hechos impositivos que se esgriman (los del apartado 5 del artículo 247 bis LJS). A los presupuestos habilitantes ya nos hemos referido. Toca ahora analizar las causas de desestimación enunciadas en el apartado 5 del artículo 247 bis LJS.

La primera es la cosa juzgada. Siempre que concurren las identidades de partes y objeto, no cabe un incidente de extensión de efectos de una sentencia firme cuando se ha obtenido ya otra sentencia firme en el caso en cuestión. A la cosa juzgada habría que añadir la litispendencia, pues ambas instituciones tienen, según el TS, “finalidad y naturaleza [...] coincidentes”, en cuanto están dirigidas “a evitar, en aras del principio de seguridad jurídica, que sobre una misma controversia puedan ser dictadas dos resoluciones jurisdiccionales distintas y contradictorias” (STS Cont-Adm. 27 septiembre 2007, rec. 4894/2002). Sin embargo, mientras la cosa juzgada es definitiva e inamovible, la litispendencia puede ser removida mediante el desistimiento de la parte demandante.

La segunda es la contravención de la jurisprudencia del TS o, en su defecto, de la doctrina reiterada de la Sala de lo Social del TSJ territorialmente competente. Una sentencia firme cuyo fallo se sustenta en fundamentos que son contrarios a la jurisprudencia del TS o a doctrina reiterada social del TSJ territorialmente competente no puede ser extendida en sus efectos. Habría que añadir la contravención de jurisprudencia constitucional o del TJUE. Se trata de una curiosa situación, ya que el órgano judicial se ve impedido de conceder la extensión de efectos de una sentencia propia por contravenir jurisprudencia de tribunales superiores. En todo caso, lo que busca esta causa de desesti-

³⁹ M.J. Alonso Mas, “Reflexiones sobre la nueva regulación de la extensión de los efectos de las sentencias”, *Revista de Administración Pública*, núm. 164, 2004, p. 298.

⁴⁰ M.J. Alonso Mas, *ibidem*.

⁴¹ N. Magaldí, *op.cit.*, p. 1874.

mación es evitar que proliferen una solución jurídica que es contraria a la jurisprudencia o doctrina de tribunales superiores.

La tercera es la firmeza de acto administrativo por no haberlo impugnado jurisdiccionalmente. La existencia de una resolución administrativa que, por consentida o por no impugnada jurisdiccionalmente, hubiera devenido firme impide la extensión de efectos de la sentencia firme. Puede entenderse que el haber consentido la firmeza administrativa elimina el requisito de identidad de la situación jurídica individual. También es una penalización hacia quien se aquieta frente a resoluciones administrativas. Y visto el tema desde otro ángulo, es evidente que propicia la litigiosidad, ya que incentiva la reclamación judicial frente a actos administrativos para evitar este efecto de firmeza.

No son causas de desestimación, sí de suspensión de la tramitación del incidente: (1) que esté pendiente un recurso de revisión o un incidente de nulidad contra la sentencia firme; (2) que esté pendiente un recurso de casación para unificación de doctrina cuya resolución pueda resultar contraria a la doctrina determinante de la sentencia firme. Ambas peticiones se pondrán de manifiesto por la parte condenada interesada en evitar la extensión. Esta podrá ser evitada si el recurso de casación se resuelve a favor de la doctrina defendida por la parte demandada. No se exige que esta parte lo sea también del recurso de casación, aunque lo normal será que lo sea. Obviamente, la resolución de este recurso en nada afectará a una sentencia que, por definición, ya es firme, pero sí a la posibilidad de su extensión: el derecho busca que no proliferen una solución jurídica que se fundamenta en una doctrina rechazada por el TS. En cuanto a la mucho más infrecuente revisión, de estimarse, afectará tanto a la sentencia firme cuya extensión se pide como a las propias solicitudes de extensión. Sin embargo, téngase en cuenta que el plazo para interponer un recurso de revisión (cinco años) excede con mucho el de una solicitud de extensión. De estimarse la revisión de la sentencia firme, podría afectar a las decisiones de extensión.

El incidente de extensión termina mediante auto, que en ningún caso podrá reconocer un derecho distinto del que se reconoce en la sentencia firme extendida. Ahora sí, propiamente, puede iniciarse un proceso de ejecución sobre la base de este auto. El auto por el que se estima o desestima la extensión es recurrible. Será viable el recurso de suplicación contra el citado auto cuando lo hubiera podido ser, en aplicación de las reglas generales de los apartados 1 a 3 del artículo 191 LJS, la sentencia que se hubiera podido hipotéticamente dictar en el correspondiente proceso declarativo “atendiendo a la pretensión instada en el incidente de extensión de efectos”. También será viable el recurso de suplicación o, en su caso, el de casación en aplicación de las reglas sobre recurribilidad de los autos dictados en el proceso ejecutivo establecidas en los artículos 191.4 d) y 206.4, respectivamente, de la LJS.

El auto desestimatorio de la extensión, una vez firme, no debe impedir al solicitante plantear su pretensión por la vía del proceso declarativo que corresponda. El auto desestimatorio solamente excluye que se den los requisitos para la extensión, pero no prejuzga las cuestiones de fondo que puedan suscitarse en ese eventual proceso.

Dos últimos apuntes. Uno, tras su modificación por el RDL 6/2023, el artículo 191.3 b) LJS dice que procederá en todo caso la suplicación “cuando la sentencia de ins-

tancia fuera susceptible de extensión de efectos”. Hablamos aquí de la recurribilidad de la sentencia, evidentemente no firme, que pueda en el futuro, cuando alcance firmeza, ser “susceptible” de extensión de efectos. La “susceptibilidad” deriva del cumplimiento de los requisitos de las letras a) y b) del 247 bis LJS (pero no de la letra c), que propiamente no es un requisito, sino que simplemente fija el plazo de solicitud). Pero estos requisitos pueden exigir una prueba similar a la que requiere la “afectación general”, salvo que, como para esta, “fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”. Es lógico que se dé recurso de suplicación a una sentencia susceptible de extensión, precisamente para evitar la proliferación de soluciones que puedan ser contrarias a la doctrina de los tribunales superiores.

Y dos, la entrada en vigor del artículo 247 bis se produce el 20 de marzo de 2024. Desde entonces, es discutible si una sentencia firme anterior a esa fecha puede ser extendida (asumiendo, lógicamente, que estemos dentro del plazo de un año del 247 bis.1 c). Parece que la respuesta ha de ser afirmativa, ya que el artículo en cuestión concede un derecho del interesado a solicitar la extensión, derecho que está en vigor a partir de la referida fecha. Con más razón, la extensión debería ser viable en relación con una sentencia que adquiere firmeza con posterioridad a esa fecha.

6. Recapitulación

A la tradicional facultad de presentar la demanda “de modo conjunto” (art. 19.1 LJS) y a la acumulación de acciones y de procesos con idénticas acciones de varios demandantes frente a un mismo demandado, el legislador suma ahora las técnicas del procedimiento testigo y de la extensión de efectos, más demandadas profesionalmente en la jurisdicción civil que en la social, y que seguramente han llegado a esta por contagio o mimetismo. El resultado es la conformación de un conjunto de opciones procesales diversas que sirven a la finalidad de encauzar eficientemente los litigios en masa.

Estos litigios, que siempre han existido en lo social, aunque quizá a la sombra del proceso genuinamente colectivo, pueden crecer en el futuro inmediato gracias a las nuevas formas de ejercer la abogacía y gracias también a las tecnologías de comunicación que permiten contactar con el último de los posibles interesados en litigar. Es cierto que la abogacía laboralista no ha alcanzado los extremos a que se ha llegado en la abogacía civil y mercantil de afección de búsqueda de “asuntos caracterizados porque los titulares de los derechos afectados son un número elevado de personas, porque son, en gran parte, similares los hechos relevantes y las valoraciones jurídicas determinantes de la decisión sobre las pretensiones, que pueden, incluso, ser conexas en su fundamentación y que habrán de ser interpuestas, en la totalidad de los asuntos o en un número muy elevado de los mismos, frente a un mismo demandado”⁴². Pero sin necesidad de llegar a esos extremos, los profesionales

⁴² M. Ortells Ramos, “Tutela judicial civil colectiva y nuevos modelos...”, cit., p. 21.

que ejercen en lo social pueden encontrar en el procedimiento testigo y en la extensión de efectos nuevas variables para la articulación de novedosas estrategias de litigación.

El legislador ha articulado estas técnicas con pleno respeto a las reglas ordinarias de competencia jurisdiccional: tanto la acumulación subjetiva como el procedimiento testigo y la extensión de efectos juegan en el ámbito de una circunscripción judicial, por lo que los procesos idénticos que puedan iniciarse en juzgados de circunscripciones distintas solo podrán acumularse, hipotéticamente, en vía de recurso extraordinario. La afectación general y la susceptibilidad de extensión de efectos permiten abrir la puerta de la suplicación y, tras ella, un posible acceso al Tribunal Supremo. En el caso más habitual contemplado en el artículo 10.1 LJS, la coordinación profesional de los actores puede conducir a presentar todas las demandas en el juzgado del domicilio de la empresa, forzando una respuesta unitaria en la instancia.

En cualquier caso, las posibilidades que se presentan a profesionales y órganos judiciales son amplias. Los primeros cuentan con la acumulación de acciones para unificar la pluralidad subjetiva y los segundos cuentan con la acumulación de procesos. La alternativa a ambas acumulaciones es el procedimiento testigo. Aquí tiene preponderancia el órgano judicial, más que las partes, que pueden perder el control de su propio proceso; la razón es que el testigo puede determinarse por el órgano judicial, incluso aunque no lo solicite nadie. Sin embargo, el órgano judicial no controla qué proceso se presenta en primer lugar, por lo que aquí una coordinación profesional previa puede determinar cuál de los varios procesos se convertirá en testigo y a qué abogado o graduado social corresponderá su llevanza.

La extensión de efectos permite también diferentes aproximaciones a la litigación. Subrayando la idea de que es imprescindible atender al plazo de prescripción de la propia acción, el litigante puede incoar un proceso en un juzgado y desistir de él cuando haya recaído una sentencia firme que le resulte favorable, siempre que esta sentencia se haya dictado por un juzgado que resulte competente territorialmente. A este respecto cabría iniciar un proceso en el juzgado del lugar de trabajo y luego solicitar la extensión de efectos de una sentencia dictada en el juzgado del domicilio de la empresa, que pueden ser distintos, previo desistimiento lógicamente de la demanda iniciada en primer lugar.

Al órgano jurisdiccional se le atribuyen importantes facultades de control de la litigación en masa (acumulación de procesos y determinación del expediente testigo), que van más allá de la voluntad de las partes. De este modo, frente a estrategias individualistas, la administración de justicia cuenta con herramientas suficientes para que sus valiosos recursos se apliquen de la manera más eficiente, evitando farragosas repeticiones de asuntos seriados sin variación alguna. En buena medida puede decirse que la reforma tiene como objetivo prioritario atribuir esas herramientas a la jurisdicción: tanto la acumulación como el testigo pueden ser decididos por el órgano judicial, y la extensión de efectos permite en teoría desarrollar procesos de cognición limitada más sencillos que los procesos normales a que conduciría la inexistencia del expediente de extensión. En el fondo se alimenta la esperanza de que la sentencia testigo y la extensión de efectos produzcan efectos disuasorios que eviten el consumo de los escasos recursos de la administración de justicia.

Criterios para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Una revisión sistemática de sentencias y una propuesta de baremo

Criteria for calculating damages for violation of fundamental rights. A systematic review of case law and a proposal for a scale

Adrián Todolí Signes

*Profesor Titular de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

ORCID ID: 0000-0001-7538-4764

Recibido: 6/3/2024

Aceptado: 3/5/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8739

Resumen: El trabajo analiza los parámetros usados para motivar la indemnización de daños morales por vulneración de derechos fundamentales con objeto de conocer si estos parámetros encajan en los objetivos legales que debe cumplir dicha indemnización conforme al art. 183 LRJS. A su vez, se proponen criterios adicionales que no se han encontrado en la doctrina judicial, pero que se consideran útiles y necesarios para que la indemnización cumpla su triple objetivo de ser reparadora, compensadora y preventiva. En este trabajo también se propone una fórmula de cálculo de la indemnización basada en los parámetros señalados por el Tribunal Supremo y la propia LISOS con la finalidad de objetivar el cálculo y reducir la inseguridad jurídica. Esta fórmula también puede servir para aumentar la predictibilidad de la indemnización y fundamentar las peticiones de una concreta indemnización por daños morales en la demanda.

Palabras clave: Vulneración de derechos fundamentales, daño moral, 183 LRJS, indemnización adicional, parámetros de cálculo de la indemnización, daños punitivos, función preventiva de los daños morales, discriminación.

Abstract: The paper analyses the parameters used to justify compensation for non-pecuniary damages for infringement of fundamental rights in order to find out whether these parameters fit in with the legal objectives that such compensation must fulfil in accordance with art. 183 LRJS. At the same time, additional criteria are proposed which have not been found in judicial doctrine, but which are considered useful and necessary for compensation to fulfil its triple objective of being restorative, compensatory, and preventive. This work also proposes a formula for calculating compensation based on the parameters indicated by the Supreme Court and the LISOS itself, with the aim of making the

calculation more objective and reducing legal uncertainty. This formula can also serve to increase the predictability of the compensation and to substantiate requests for a specific compensation for moral damages in the claim.

Keywords: Infringement of fundamental rights, non-pecuniary damage, 183 LRJS, punitive damages, additional compensation, parameters for calculating compensation, discrimination.

1. La obligación de cuantificar el daño

Con independencia de que el demandante aporte o no criterios de cálculo para cuantificar la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, los Tribunales deberán determinar la cuantía de los daños morales en toda sentencia que declare la existencia de lesión de un derecho fundamental. En efecto, el art. 183.2 de la LRJS establece que “El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño”, indicando a continuación que el tribunal debe determinarlo “prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa”. Esta obligación legal ha sido interpretada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia nº 61/2021, de 15 de marzo, y por el Tribunal Supremo de 10 de enero de 2023 rec. 2582/2020, como el deber del tribunal de cuantificar el daño de la indemnización, aunque la parte demandante no aporte criterios o indicios para el cálculo de esta¹.

Esta obligación del juzgador ha derivado en la necesidad de elaborar un catálogo de criterios para cuantificar la indemnización por daños morales. Esto es, ante la inexistencia de obligación del demandante de probar determinados daños, ni siquiera de aportar criterios o parámetros que ayuden al juzgador a calcular dicha indemnización, los tribunales han necesitado crear su propia forma de cuantificación.

Para ello se parte de que el propio art. 183.1 LRJS exige que dicha indemnización tenga un triple objetivo. En primer lugar, la indemnización debe resarcir suficientemente a la víctima. En segundo lugar, debe reestablecer a esta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión y, en tercer lugar, la indemnización debe tener la finalidad de prevenir el daño².

Como no podría ser de otra forma, esta elaboración de criterios ha sido complicada, desordenada y caótica³. Cada tribunal ha considerado valorar el daño prudencialmente, en algunos casos fundamentando su decisión, en otros aceptando la cantidad

¹ En la doctrina, Monereo Pérez, 2022; 1-16; Arias Domínguez 2023: 1-231; 3 p 1-10; Crespo Ortiz, 2024: 156-180. Sobre el debate anterior se puede ver, Cardenal Carro 2006; Rodríguez Cardo, 2014; Álvarez Alonso, 2014.

² Así lo confirma el Tribunal Supremo en repetidas ocasiones, ver SSTS de SSTS de 17 de diciembre de 2013, rec. 109/2012; 8 de julio de 2014, rec. 282/2013; 2 de febrero de 2015, rec. 279/2013; 26 de abril de 2016, rec. 113/2015; 12 de julio de 2016, rec. 361/2014; 8 de febrero de 2018, rec. 274/2016; 6 de junio de 2018, rec. 149/2017; 21 de febrero de 2019, rec. 214/2017; de 9 de marzo de 2022 rec. 2269/2019. En la doctrina, por todos, López Terrada, 2021: 24.

³ El propio Tribunal Supremo ha señalado que la interpretación de los tribunales no ha tenido “la uniformidad que sería deseable”, STS de 19 de diciembre de 2017, rec. 624/2016.

solicitada en la demanda (en aquellos casos que la demanda solicita una indemnización concreta) sin mayor fundamentación, recurriendo a una cantidad a tanto alzado sin justificar o motivar la decisión y, en algunos supuestos, usando la sanción mínima establecida en la LISOS para infracciones muy graves correspondientes con las sanciones por vulneración de los derechos fundamentales⁴.

El Tribunal Supremo, con objeto de intentar dotar de seguridad jurídica a la cuantificación de los daños morales, en sentencias recientes, ha elaborado un catálogo abierto de ocho criterios o bases que los tribunales deberían tener en cuenta. Sin embargo, no todos los parámetros son válidos para los diferentes casos ni parece claro que los tribunales vayan a darle la misma importancia a cada uno de ellos.

Este trabajo analiza los criterios usados por el Tribunal Supremo y por la doctrina judicial con objeto de conocer qué bases de cálculo son las más usadas por los Tribunales, a cuáles le dan más importancia y cómo cuantifican concretamente cada uno de esos parámetros. Este estudio intenta huir de la evidencia anecdótica para analizar sistemáticamente la doctrina judicial con objeto de conocer qué está ocurriendo en el cálculo de la indemnización por daños morales. De la revisión sistemática de sentencias realizada en este trabajo se obtiene que la mayoría de las sentencias no justifican ni motivan la cuantificación de la indemnización por daños morales. A su vez, el análisis realizado apunta a que del total de la indemnización concedida el 73% responde a parámetros desconocidos, lo que implica una gran inseguridad jurídica y una aleatoriedad poco justificable desde la “discrecionalidad judicial”. Adicionalmente, el trabajo analiza los parámetros usados para motivar la indemnización con objeto de conocer si estos parámetros realmente encajan en los objetivos legales que debe cumplir la indemnización conforme al art. 183 LRJS y se proponen criterios adicionales que no se han encontrado en la doctrina judicial pero que se consideran útiles y necesarios para que la indemnización cumpla su triple objetivo de ser reparadora, compensadora y preventiva. En este trabajo también se propone una fórmula de cálculo de la indemnización basada en los parámetros señalados por el Tribunal Supremo y la propia LISOS con la finalidad de objetivar el cálculo y reducir la inseguridad jurídica. Esta fórmula también puede servir para aumentar la predictibilidad de la indemnización y fundamentar las peticiones de una concreta indemnización por daños morales en la demanda.

2. Metodología

2.1 Revisión sistemática de sentencias

En el presente estudio se ha procedido a realizar una revisión sistemática de sentencias. Se considera que para poder obtener conclusiones válidas respecto a qué criterios son los

⁴ Como señala la doctrina, la sencillez y objetividad de la LISOS lo convierte en un criterio popular, Goerlich Peset, 2019; 4.

más utilizados por la doctrina judicial, qué importancia monetaria le dan a cada uno de los criterios, cuál es la indemnización más habitual y el nivel de aleatoriedad o ruido existente actualmente en el cálculo de la indemnización, es necesario apartarse de los casos individuales o anecdóticos y realizar un análisis sistemático de sentencias conforme aquí se pasa a describir⁵. La presente descripción metodológica permitirá, además, replicar el análisis realizado.

Para comenzar el análisis se ha buscado en la base de datos de Aranzadi. Los términos de búsqueda, en el campo “texto”, fueron “indemnización por daños morales”, “indemnización por vulneración de derechos fundamentales”, “183 LRJS”. La búsqueda se cribó por “jurisdicción social”. Se seleccionaron las sentencias a partir de 1 de enero de 2021 hasta 2024, dado que se entendió que sentencias anteriores al pronunciamiento del Tribunal Constitucional podrían distorsionar la prospección, ya que muchas de las sentencias anteriores, a pesar de contener los términos de búsqueda, no cuantificarían la indemnización, sino que no se pronunciarían sobre ella por entender que no existe automaticidad entre la vulneración de derechos fundamentales y la indemnización o por entender que sin bases de cálculo aportadas por el demandante, el juzgador no tiene obligación de pronunciarse sobre la indemnización⁶.

Esta búsqueda dio como resultado un total de 137 sentencias. Estas sentencias fueron analizadas por el “resumen”. Se descartaron 28 por no tener relación con el tema. Se procedió a la lectura completa del resto de sentencias. De la lectura se descartaron 37 sentencias más por no cuantificar una indemnización o por no estar relacionadas con el tema objeto del estudio. Finalmente 72 sentencias cuantificaban una indemnización por daños morales por vulneración de derechos fundamentales. De estas 72, en un total de veinte sentencias el sujeto lesionado era un sindicato o asociación, no una persona. Estas veinte sentencias también fueron descartadas para el análisis ya que el objeto del estudio es analizar la cuantificación de la indemnización cuando el sujeto afectado es una persona (dado que los criterios de cuantificación como la antigüedad o el salario no son usados cuando el lesionado es un sindicato, se consideró que unirlos distorsionaría el análisis).

Tras la aplicación de los criterios de inclusión y exclusión de sentencias se obtuvo un total de 52 sentencias. De estas sentencias, se analizaron los siguientes parámetros, 1) el derecho fundamental vulnerado, 2) si existía más de un derecho fundamental vulnerado y cuál era este, 3) si existía otra indemnización patrimonial adicional a la de derechos fundamentales incluyendo en este caso si el despido fue declarado nulo como forma adicional de reparar el daño⁷, 4) la antigüedad del trabajador, 5) el salario del trabajador y 6) la indemnización de daños morales a la que se condena⁸.

⁵ El análisis sistemático es una metodología habitualmente usada en ciencias médicas y que en los últimos años se ha extendido entre todas las disciplinas académicas, ver más en Siddaway Andy, Wood, Alex y Hedges Larry 2019.

⁶ Así lo reconoce el propio Tribunal Supremo, SSTs de 19 de diciembre de 2017, rec 624/2016 y de 10 de enero de 2023, rec. 2582/2020. En la doctrina, por todos, Molina Navarrete, 2019: 22-23.

⁷ Conforme establece el Tribunal Supremo en STS de 9 de marzo de 2022 rec. 2269/2019.

⁸ Por último, allí donde el tribunal explicaba los motivos concretos de una determinada indemnización,

Con estos datos se ha utilizado el programa informático R para realizar un modelo de regresión lineal, esto es, un modelo estadístico que predice el valor de una variable, en este caso “Indemnización”, a través de otras variables independientes. El objetivo ha sido conocer si la indemnización por vulneración de derechos fundamentales está explicada o no por las variables independientes extraídas (salario, antigüedad, si se vulnera más de un derecho fundamental o no; si se declara la nulidad o no).

2.2 Limitaciones del estudio

En primer lugar, una limitación del propio estudio es que solamente se han analizado sentencias extraídas de una única base de datos. En este sentido, podría haberse buscado en más de una base de datos. Sin embargo, la falta de procesos automatizados que permitan eliminar las duplicidades de sentencias idénticas dificultaría de forma excesiva proceder a esta búsqueda en múltiples bases de datos. En segundo lugar, 52 sentencias analizadas permiten el análisis pretendido, pero un mayor número de sentencias podrían haber aportado mayor fiabilidad al estudio. Concretamente, es posible que el tipo de derecho fundamental vulnerado sea un factor que las sentencias tengan implícitamente en cuenta. Sin embargo, el alto número de distintos derechos fundamentales vulnerados en comparación con las cincuenta y dos sentencias analizadas ha hecho inviable conocer si es relevante o no este factor. Se entiende que, conforme pase el tiempo y siguiendo la doctrina constitucional, cada vez existirán más sentencias que cuantifiquen daños morales, lo que permitirá un nuevo análisis. También, conforme las sentencias comiencen a seguir la doctrina del Tribunal Supremo sobre qué criterios se deben utilizar para el cálculo de la indemnización de daños morales, es posible que se reduzca la dispersión de criterios, facilitando este tipo de análisis.

3. La cuantificación del daño moral

3.1 La falta de criterios de cuantificación en la demanda

A la hora de cuantificar el daño moral, la principal limitación que encuentra el juzgador es la falta de actividad probatoria de las partes⁹. Desde que el Tribunal Constitucional¹⁰ consideró que es incongruente (afectando con ello al art. 24 CE) que una sentencia que declara una vulneración de un derecho fundamental de la persona trabajadora no se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización que debe recibir por dicha vulneración,

estas motivaciones se han tenido en cuenta (aunque la individualidad de estos motivos ha hecho que solamente puedan usarse de forma anecdótica y no sistemática).

⁹ Junto con la dificultad intrínseca de calcular “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual” STS Sala 1, de 22 de febrero de 2001, rec 358/1996. En este sentido ver, Díez-Picazo, 2008: 13

¹⁰ STC 61/2021, de 15 de marzo. En la doctrina, Todolí Signes, Adrián. (2021).

quedó palmaria la necesidad de que toda sentencia cuantifique una indemnización. Esta obligación del juzgador nacerá aún en aquellos casos en los que el demandante no haya solicitado una concreta indemnización y, también, en los que no se establezcan en la demanda suficientes criterios como para que el juzgador pueda determinar o cuantificar la indemnización. De hecho, varias sentencias¹¹ han entendido que, incluso cuando no se solicita en la demanda la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, el tribunal deben imponerla de oficio (López Bermejo, 2023). Esto es, es suficiente con que el actor haya solicitado una declaración de vulneración de un derecho fundamental. Esta solicitud, en caso de ser acogida por el tribunal, obligaría al juzgador a condenar a una indemnización por daños morales derivado de la condena por vulneración de derechos fundamentales. Sin embargo, este criterio parece ser rechazado por el Tribunal Supremo¹² que no acepta condenar de oficio a una indemnización por vulneración de derechos fundamentales “ya que la parte actora no lo pidió ni en la instancia, ni en el trámite de impugnación al recurso de suplicación, ni siquiera lo ha solicitado en su impugnación al presente recurso de casación para la unificación de doctrina”.

En cualquier caso, lo que sí parece unánime es que, aunque sea necesario solicitar la indemnización, el demandante no tiene obligación de calcular cuál sería la misma ni de probar unos daños concretos, ni siquiera de establecer unos criterios para la modulación/determinación de esta.

En efecto, el Tribunal Supremo ha establecido la obligación del juzgador de reconocer la indemnización –y cuantificarla– por el mero hecho de alegar la existencia de unos daños, no siendo exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos¹³. Se considera, por parte del Tribunal, que la propia naturaleza de los daños morales hace muy difícil exigirle al demandante que concrete dichos parámetros objetivos¹⁴. El daño “se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión”¹⁵. De esta forma, el juzgador “ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume”¹⁶.

¹¹ Así, la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022) señala que “entendemos que la conclusión que derivada de la doctrina es que, en cualquier caso, la violación de un derecho fundamental lleva implícita, por ministerio de la ley, la indemnización por daños morales, también cuando el resarcimiento no se hubiera solicitado”. También la SJS de Gijón de 15 de noviembre de 2022 Proc. 467/2022 se plantea la posibilidad de apreciar la indemnización de oficio llegando a la conclusión que “aun cuando no se haya reclamado nada al respecto, se presume un daño moral que debe ser también indemnizado”.

¹² STS de 8 de marzo de 2022 (rec. 130/2019). Ahora bien, el Tribunal Supremo sí ha considerado que se produce incongruencia por omisión cuando condenando por vulneración de derechos fundamentales no se pronuncia la sentencia sobre la indemnización, aunque este punto no haya sido expresamente pedido por el demandante en el recurso, dado que sí fue pedida la indemnización expresamente en la primera instancia (STS de 10 de enero de 2023 rec. 2582/2020).

¹³ SSTS de 13 de diciembre de 2018, rec. 3/2018 y de 24 de octubre de 2019, rec. 12/2019.

¹⁴ STS de 9 de marzo de 2022, (rec. 2269/2019).

¹⁵ STS de 18 de julio de 2012, rec 126/2011.

¹⁶ SSTS de 9 de junio de 1993, rec 3856/1992, 8 de mayo de 1995, rec. 1319/1994 y 18 de julio de 2012, rec 126/2012.

Liberado el demandante de la obligación de acreditar un específico daño o, incluso, de alegar unos parámetros que permitan al juzgador determinar dichos daños, el Tribunal, en la mayoría de las ocasiones, carece de fundamento para cuantificar la indemnización. Esta parece la principal razón que provoca que las sentencias tiendan a condenar por daños y perjuicios conforme al baremo de sanciones de la LISOS en su grado mínimo.

Esta falta de parámetros de cálculo también provoca un segundo efecto: las sentencias usan los parámetros de cálculo que figuran en la demanda con objeto de individualizar la condena. De esta forma, de la revisión de la doctrina judicial se concluye que los parámetros que mejor explican la cuantificación de la indemnización por daños morales, dentro de los límites establecidos por la LISOS, son el salario y la antigüedad. En este sentido, cabe tener en cuenta que en las demandas por despido siempre se debe acreditar la antigüedad y el salario (a efectos de posibles indemnizaciones por despido), lo que hace que estos datos resulten accesibles para el tribunal¹⁷.

3.2. Los criterios de cuantificación de daños morales: insuficiencia de la LISOS

El Tribunal Supremo¹⁸ ha establecido que la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la triple función resarcitoria, reparadora y disuasoria de futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en esta norma para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia.

En efecto, la sanción por la comisión de una falta muy grave en materia laboral puede fijarse entre 7.501 euros y 225.018 euros, según el artículo 40 LISOS. Una horquilla que debe ser concretada. Por ello, el recurso a las sanciones de la LISOS debe ir acompañado de una valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, los criterios para cuantificar la indemnización por daños morales planteados por el máximo Tribunal¹⁹ son los siguientes: 1) la antigüedad del trabajador en la empresa; 2) la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental; 3) la intensidad del quebrantamiento del derecho; 4) las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido; 5) la posible reincidencia en conductas vulneradoras; 6) el carácter pluriofensivo de la lesión; 7) el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido; 8) otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso.

Sin embargo, de la doctrina judicial analizada se obtiene que no se recurre a alguno de estos parámetros expuestos por el Tribunal Supremo. Las sentencias analizadas –in-

¹⁷ Sobre algún intento de objetivar esta indemnización ver Todolí Signes, 2015.

¹⁸ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019. Criterios ya adelantados por la doctrina: Ballester Pastor, 2015: 46.

¹⁹ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019.

cluidas las del Tribunal Supremo— realmente recurren, bien para justificar una concreta indemnización, bien para dictaminar que una indemnización fijada por un tribunal inferior es desproporcionada, a los siguientes criterios: 1) salario de la persona trabajadora; 2) antigüedad; 3) vulneración de más de un derecho fundamental; 4) reincidencia en la conducta empresarial; 5) consecuencias de la conducta vulneradora; 6) la existencia de otra forma de reparación del daño. De esta forma, aunque teóricamente existen más criterios para la cuantificación de la indemnización, el análisis realizado lleva a la conclusión de que los parámetros realmente utilizados son pocos, al menos hasta el momento.

1) Salario de la persona trabajadora

Un parámetro objetivo que permite la individualización de la indemnización es el salario anual de la persona trabajadora (Arias Domínguez 2023: 1-231). Así, alguna sentencia justifica una determinada cuantificación de la indemnización exponiendo que la misma equivale al doble del salario anual del trabajador²⁰. A su vez, el Tribunal Supremo ha considerado que no procede condenar a la indemnización solicitada, sino al mínimo establecido por la LISOS para sanciones muy graves cuando el salario percibido era de escasa entidad²¹. De esta forma, cuanto mayor sea el salario percibido mayor será la indemnización por daños morales.

La doctrina judicial analizada confirma esta posición. Se detecta, en líneas generales, que cuanto mayor es el salario —considerando el resto de las circunstancias analizadas equivalentes— los tribunales suelen condenar a indemnizaciones superiores. Así, por ejemplo, con salarios anuales de entre 55.000 y de 67.000 euros se ha condenado al abono de una indemnización de 25.000 euros²², mientras que en el caso de salarios anuales entre 30.000 y 55.000 euros se ha condenado a indemnizaciones entre 10.000²³, 12.000²⁴ y 15.000 euros²⁵. Por el contrario, salarios anuales entre 13.000 euros y 30.000 perciben indemnizaciones coincidentes con el límite inferior de la LISOS²⁶, incluido algún supuesto con indemnizaciones inferiores a esta²⁷.

²⁰ STS 20 de abril de 2022 rec. 2391/2019, si bien el propio Tribunal Supremo justifica dicha indemnización por la gravedad de las consecuencias sufridas por el demandante que causó baja laboral por incapacidad temporal derivada de enfermedad común con diagnóstico de trastorno de ansiedad generalizado cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental.

²¹ STS de 9 de marzo de 2022, rec 2269/2019.

²² En el primer caso, STS de 14 de noviembre de 2023 (rec. 1975/2021) y en el segundo STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2021 (rec. 5044/2020).

²³ STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022), con un salario anual de 46.800 euros y la STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022 (rec. 417/2022), con un salario anual de 42.000.

²⁴ STSJ de Madrid de 24 de septiembre 2021 (rec. 566/2021) con un salario anual de 36.420 euros.

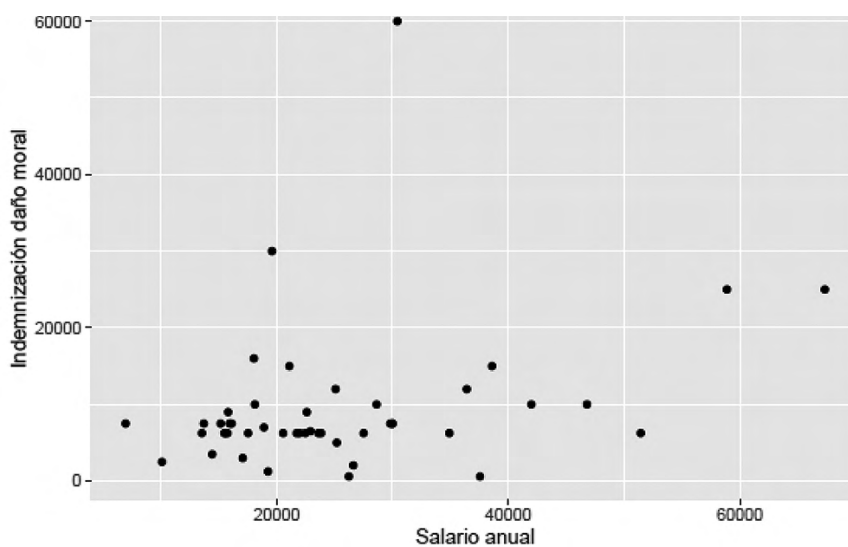
²⁵ STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2021 (rec. 1864/2021) con un salario anual de 38.604 euros.

²⁶ STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2022 (rec. 6497/2021) con un salario anual de 22.488 euros; STSJ de Islas Canarias de 10 de marzo de 2022 (rec. 1871/2021) con un salario anual de 21995,4 euros.

²⁷ JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022) condena al pago de una indemnización de 3.500 euros con un salario de 14.450,35 JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022), la STSJ de

Con estos datos se puede observar que la indemnización más común oscila entre un tercio y la mitad del salario anual de la persona trabajadora. Los datos de las sentencias analizadas también muestran que, con algunas excepciones²⁸, el mínimo de la LISOS funciona como un suelo que permite que aquellos que perciben salarios más bajos obtengan indemnizaciones proporcionalmente superiores que aquellos que perciben salarios más elevados. Esto es, para quien percibe 13.000 euros anuales, una indemnización de 7.501 euros implica más de 7 meses de salario, mientras que para el que ingresa 67.000 euros anuales, una indemnización de 25.000 euros representa menos de 5 meses de salario.

El criterio del salario como base de cálculo de la indemnización ha sido duramente criticado por la doctrina. Por un lado, se ha argumentado que el salario es un dato de índole laboral, mientras que los derechos fundamentales son transversales. Para Arias Domínguez (2023: 159) la indemnización por daños morales derivados de los derechos fundamentales debería ser equivalente en todos los órdenes jurisdiccionales. También se ha criticado el hecho de que a mayor salario la indemnización sea más alta alegando que difícilmente se puede suponer que una persona trabajadora con salarios bajos sufre menos por ver vulnerados sus derechos fundamentales que una con salarios altos (Crespo Ortiz, 2023: 170).



Sin embargo, aunque es cierto que las indemnizaciones, en algunos casos, son superiores en términos absolutos para los trabajadores con salarios superiores, los datos muestran que proporcionalmente las indemnizaciones de los trabajadores con salarios bajos son superiores a las de los trabajadores con salarios altos. Esto es, de los datos se extrae que si calculamos la indemnización en meses de salario, los tribunales están condenando a más meses de salario en favor de las personas trabajadoras con menores salarios.

Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022) condena a una indemnización de 1.252 euros con un salario de 19264,7; STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) condena a una indemnización de 3.000 euros con un salario de 17.085,65.

²⁸ STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) y JS Gijón de 15 de noviembre de 2022 (Proc. 467/2022) STSJ de Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022).

De ahí que se concluya que las personas trabajadoras con menores ingresos están percibiendo indemnizaciones proporcionalmente más altas (en meses de salario) que aquellos con salarios mensuales más elevados. Un hecho que creo que sí es defendible ya que, en mi opinión, aunque los derechos fundamentales son predicables de todas las personas con la misma intensidad, no cabe duda de que las personas en peores circunstancias económicas sufrirán más la injusticia de una vulneración ya que su situación precaria se verá agravada, bien por el despido ilícito, bien porque sea cual sea la concreta vulneración de los derechos fundamentales esta se suma a su compleja situación económica.

Asimismo, desde la vertiente preventiva de la indemnización por daños morales parece tener sentido que las personas con peores salarios perciban indemnizaciones proporcionalmente superiores. En efecto, una persona con menos recursos es más vulnerable y se encuentra más desprotegida para defender sus propios derechos fundamentales. De esta forma, si se quiere reducir el abuso sobre los derechos fundamentales de estas personas es conveniente que sus indemnizaciones sean proporcionalmente mayores.

Por esta razón, resultan criticables aquellas sentencias que condenan a indemnizaciones por debajo del mínimo de la LISOS, cosa que no debería estar justificada ni siquiera por un salario anual bajo. Así lo hace, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) que, en un supuesto de vulneración de la dignidad por acoso laboral y de vulneración de la garantía de indemnidad, con un salario de 17.085 euros anuales, condena solamente al abono de una indemnización de 3.000 euros, equivalente a solo 2 meses de salario. También la STSJ de las Islas Canarias de 19 de mayo de 2023 (rec. 2286/2022), en la que en un caso de vulneración del derecho a la garantía de indemnidad y con un salario anual de 19.264,7 euros se condena al pago de indemnización de 1.252 euros. Si bien, en este caso, la sentencia justifica la baja indemnización al negar que la misma pueda tener carácter preventivo.

2) Antigüedad

El segundo factor más utilizado por las sentencias para determinar la cuantía de la indemnización es la antigüedad en la empresa. De nuevo, como con el salario, esto no parece que se haga tanto por una cuestión de convencimiento de la relevancia de este dato (aunque luego veremos que sí la tiene), sino precisamente por ser un dato conocido/accesible por el tribunal sentenciador (las demandas por despido deben contener este dato obligatoriamente vía art. 104 de la LRJS).

Así, sin que haya otros factores o criterios que justifiquen la indemnización se ha condenado a 25.000 euros de indemnización por una antigüedad en la empresa de 18 años²⁹. En esta misma línea, se han fijado indemnizaciones de 15.000³⁰ y de 9.000³¹ euros por antigüedades de 20 años. Por el contrario, en antigüedades de menos de dos años, las

²⁹ SJS de Oviedo de 13 de octubre de 2021 (proc. 25/2021).

³⁰ STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022).

³¹ STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2022 (rec. 572/2022).

indemnizaciones se encuentran en el límite inferior de la LISOS³², excepto que la persona con poca antigüedad tuviera un salario elevado³³ o hubiera otras causas agravantes³⁴. De nuevo, se observa que la LISOS se usa como suelo de la indemnización, la cual se ve aumentada conforme la antigüedad supera los 20 años. Esto provoca que, proporcionalmente, los trabajadores con menor antigüedad perciban indemnizaciones más altas.

Este criterio de cálculo de la indemnización ha sido censurado por la doctrina con los mismos argumentos usados para criticar el uso del salario. Esto es, que la antigüedad es un criterio de contexto laboral cuando la indemnización por daños morales no lo es (Arias Domínguez, 2023: 159) y también al entender que un veterano no parece que sufra más que un recién contratado (Crespo Ortiz, 2023: 170). Sin embargo, en el presente caso, a diferencia de con el salario, sí parece que una persona con alta antigüedad en la empresa pudiera sufrir más por ver vulnerado su derecho fundamental que una persona recién contratada. En Derecho penal es habitual el uso de los agravantes de familiaridad entre la víctima y el agresor. En efecto, como regla general, la “traición”³⁵ o el daño provocado en una relación de confianza de largo recorrido provoca mayor sufrimiento que la misma actuación por parte de un desconocido o alguien que se acaba de conocer.

De esta forma, en mi opinión, parece defendible un aumento sustancial de la indemnización para aquellos casos en los que la antigüedad sea elevada. De hecho, de la situación actual analizada en la doctrina judicial, lo que parece criticable es que este hecho no se encuentre. Esto es, aunque es cierto que una persona con mayor antigüedad percibirá, en algunos casos y en términos absolutos, una mayor indemnización, los datos muestran que, proporcionalmente –derivado del mínimo de la LISOS– los trabajadores con baja antigüedad perciben mayor indemnización, por lo que en términos relativos no parece que se esté compensando realmente un mayor sufrimiento de las personas con mayor antigüedad en la empresa.

Otra cuestión que me parece muy relevante respecto a la antigüedad como criterio modulador de la cuantía de la indemnización es su efecto en la vertiente preventiva. Las sentencias analizadas demuestran que los casos de vulneración de derechos fundamentales que implican despido ocurren habitualmente en personal con poca antigüedad.

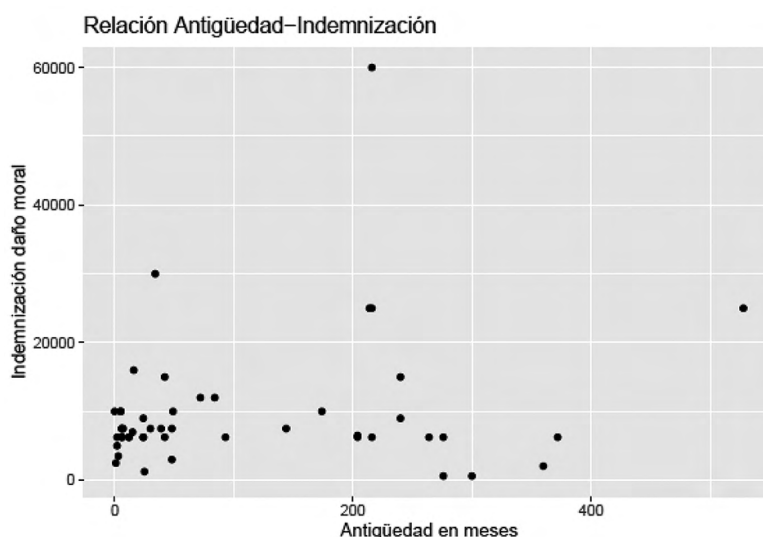
³² STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2022 (rec. 6497/2021); STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2022 (rec. 88/2022); STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 2022 (rec. 7155/2021); STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2023 (rec. 522/2023); STSJ de Asturias de 16 de mayo de 2023 (rec. 522/2023); STSJ de Islas Canarias de 10 de marzo de 2022 (rec. 1871/2021); SJS Málaga nº 180/2023, 31 de mayo; STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2022 (rec. 787/2022).

³³ STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) STSJ de Madrid de 17 de junio de 2022 (rec. 417/2022). En ambos casos condenan a una indemnización de 10.000 euros y la antigüedad era solo de 5 meses, pero en los dos existía un salario superior a 40.000 euros y además se vulneraba más de un derecho fundamental.

³⁴ La STSJ de País Vasco de 28 de junio de 2022 (rec. 19/2022) condena a 16.000 euros con una antigüedad de 16 meses justificado por la sentencia por sufrir una situación de Incapacidad Temporal relacionada con la vulneración del derecho fundamental.

³⁵ Imaginen el insulto u ofensa grave recibido por un amigo íntimo en comparación al mismo apelativo recibido por alguien desconocido con el que no existe vínculo emocional alguno.

El 30% de sentencias analizadas se refieren a personas trabajadoras con menos de 6 meses de antigüedad en la empresa. Otro 30% de personas tenían entre un año y cuatro años de antigüedad. Ahora bien, tampoco es despreciable el número de despidos con vulneración de derechos fundamentales producidos con personal de más de 16 años de antigüedad, llegando a ser otro 30%. Además, se observa que cuando la antigüedad es baja, la mayoría de las vulneraciones declaradas por los tribunales son despidos por embarazo o por situación de Incapacidad Temporal. Por el contrario, con mayor antigüedad, la variedad de derechos fundamentales vulnerados es mayor incluyendo vulneración de la libertad sindical, intimidad y garantía de indemnidad. Así, como se observa en el gráfico, los datos muestran que la antigüedad es determinante a la hora de tomar la decisión de despido por parte de la empresa. Es decir, el mayor número de despidos de trabajadores con baja antigüedad parece responder a un criterio de incentivos puramente económicos.



Los trabajadores con una baja antigüedad (el 60% de los casos analizados son despidos con menos de 4 años de antigüedad) son percibidos como “baratos” de despedir, desde una perspectiva de indemnización por despido clásica, lo que implica que las empresas reflexionan menos a la hora de tomar la decisión (desconociendo, despreciando o no valorando la posibilidad de ser condenadas a satisfacer una indemnización por vulneración de derechos fundamentales). De esta forma, parece que la función preventiva de la indemnización del art. 183 LRJS debería cobrar mayor protagonismo en los supuestos de personas trabajadoras con baja antigüedad. Dado que los datos muestran que las empresas tienen incentivos para despedir a los trabajadores de baja antigüedad, a pesar de que se vulneren los derechos fundamentales de estas personas, la indemnización del art. 183 LRJS tendrá que reducir ese incentivo hasta hacerlo desaparecer. Por esta razón, debería ser aplaudido el criterio de la SJS de Palma de 19 de febrero de 2021 (proc. 395/2020) que condena al abono de una indemnización de 10.000 euros en un caso de vulneración de la garantía de indemnidad de una persona trabajadora con una semana de antigüedad.

3) Vulneración de más de un Derecho Fundamental

Un criterio constante y prácticamente uniforme que provoca el incremento de la indemnización por daños morales es la vulneración de más de un derecho fundamental³⁶. Así, la STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2023 (rec. 6185/2022) condena a 15.000 euros por daños morales por vulneración del derecho a la indemnidad (la persona despedida presentó varias demandas contra la empresa y asistió como testigo en favor de compañeros de trabajo) y de la libertad de expresión (envió 74 correos electrónicos a la empresa con incidencias e irregularidades en el trabajo). También la STSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2021 (rec. 1864/2021) condena al pago de una indemnización de 15.000 euros por vulnerar la garantía de indemnidad (despido por reclamación interna de horas extras devengadas y no abonadas) y por discriminación (también solicitó las medidas de conciliación del art. 37.6 ET). En algún caso de doble vulneración la indemnización ha alcanzado los 25.001 euros³⁷ por exclusión de una representante sindical en excedencia forzosa que no es subrogada cuando sí existía obligación, lo que implica vulneración de la libertad sindical y discriminación (art. 17 ET)³⁸.

Esto ocurre, incluso, en aquellos casos en los que la vulneración de más de un derecho fundamental provenga del mismo acto empresarial. Así ocurre cuando se condena a 10.000 euros por daños morales provocados por la vulneración de los derechos de libertad de expresión y de libertad sindical en un caso en el que un representante sindical es despedido por subir un video a Tik-Tok relativo a las condiciones laborales impuestas por la empresa³⁹. Se entiende en este supuesto que, aunque el acto es el mismo, se están perjudicando dos bienes jurídicos protegidos: por un lado, la libertad de expresión de cualquier persona trabajadora a criticar sin injuriar ni ofender y, de otro lado, la libertad sindical al ser despedido, no cualquier trabajador, sino un representante legal de los trabajadores.

Lo mismo ocurre en la STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) donde se condena a 10.000 euros por daños morales padecidos por un representante de los trabajadores que es despedido por emitir comunicados alentando al ejercicio de la huelga a pesar de los incumplimientos de servicios mínimos, con vulneración del derecho a la huelga y a la libertad sindical.

Por último, cabe señalar la sentencia STSJ de Madrid de 25 de noviembre de 2022 (rec. 1031/2022) que condena a 10.000 euros de indemnización por vulneración de los derechos de libertad de expresión y de información del trabajador. El despido de un guionista de RTVE es causado por la inclusión de un rótulo sobreimpresionado en una noticia que dice “Ascensión se va de España como su abuelo”. Se podría así entender una doble vulneración; i) de la libertad de expresión de cualquier persona; ii) de la libertad de información como periodista en un medio informativo.

³⁶ En el mismo sentido lo percibe Arias Domínguez, 2023: 186.

³⁷ Aunque cabe tener en cuenta que la antigüedad de la trabajadora era de 18 años.

³⁸ SJS de Oviedo de 13 de octubre de 2021 (proc. 25/2021).

³⁹ STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2022 (rec. 2979/2022).

También se incrementa la indemnización en casos en los que los derechos fundamentales afectados sean inseparables entre sí. Así ocurre en el supuesto resuelto por la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2023 (rec. 4602/2022) que condena a 10.000 euros por vulnerar el derecho a la no discriminación y a la libertad sindical al discriminar a un representante sindical. Concretamente, en el presente caso no se trata de un despido, sino que a una delegada sindical, nada más ser nombrada, se le retira el vehículo de empresa, el cual venía usando desde el inicio de la relación laboral, tanto en el plano profesional como en el privado. En el mismo sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2021 (rec. 1619/2020) condena al abono de una indemnización de 12.000 euros por discriminación y vulneración de la libertad sindical al cambiar de puesto de trabajo a un representante sindical.

Es interesante señalar que, en ambos casos, la discriminación sindical de un representante de los trabajadores siempre va a implicar dicha doble vulneración, un hecho que no impide que se considere como agravante. Quizá esta “inseparabilidad” de los dos derechos fundamentales pudiera implicar que el bien jurídico protegido es el mismo (la prohibición de discriminación sindical es una garantía del ejercicio de la libertad sindical) y, por tanto, no existe mayor daño en este supuesto. De esta forma, parece entenderlo la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2022 (rec. 33/2022) que condena a la indemnización mínima de la LISOS en un caso de doble vulneración de los derechos fundamentales siendo estos la libertad sindical y la protección frente a la discriminación sindical.

En general, la justificación de la necesidad de incrementar la indemnización en caso de que más de un derecho fundamental se vea afectado es difícilmente discutible. En efecto, si el objetivo es reparar el daño por la vulneración de un derecho fundamental y dicho daño se presume, de la misma forma se debe presumir que la vulneración de más de un derecho fundamental provocará mayor daño. También desde la perspectiva de la prevención general parece oportuno “castigar” con una indemnización mayor a aquél que vulnera un mayor número de derechos fundamentales que quién solamente afecta a uno.

Por ello, merecen censura aquellas –escasas– sentencias que condenan al mínimo de la LISOS, aunque exista vulneración de más de un derecho fundamental. Así, por ejemplo, lo hace la STSJ de Madrid 10 de mayo de 2021 (rec. 351/2018) cuando se vulnera el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al monitorizar constantemente y de forma desproporcionada el ordenador de la empresa. Aquí ni siquiera se podría argumentar que los derechos son indistinguibles dado que una cosa es monitorizar la actividad del ordenador (la navegación por internet) y otra distinta visualizar, adicionalmente, el correo electrónico u otras formas de comunicación electrónica. También cabe señalar la STSJ de las Islas Canarias de 16 de noviembre de 2022 (rec. 1220/2021), que otorga la mínima indemnización conforme a la LISOS, a pesar de que se vulnera la garantía de indemnidad y la libertad sindical, dado que el despedido es representante de los trabajadores y afiliado a un sindicato que ha presentado una demanda de tutela de libertad sindical.

Mayor censura merecen sentencias en las que, a pesar de existir doble vulneración de los derechos fundamentales, la indemnización es menor al mínimo de la LISOS. Así, la STSJ de Madrid de 24 de marzo de 2022 (rec. 876/2021) condena a satisfacer una

indemnización de 3.000 euros en un caso de vulneración de la dignidad (acoso laboral) y de la garantía de indemnidad.

En fin, se considera que, por razones preventivas y compensatorias, es necesario incrementar la indemnización cuando se produce vulneración de más de un derecho fundamental. De hecho, parece oportuno conforme al art. 183 LRJS y la STC 61/2021 que, para evitar la incongruencia, la sentencia se pronunciara sobre la cuantía de la indemnización por daños morales diferenciadamente para cada uno de los derechos vulnerados. Adicionalmente, si se admite que la indemnización mínima debería coincidir con la establecida en la LISOS, sería coherente que, si existe una doble vulneración, se aplicara dicho mínimo (salvo circunstancias agravantes o atenuantes) para cada uno de los derechos vulnerados.

4) Reincidencia en la conducta

Otro de los parámetros valorados por la doctrina judicial analizada considera que la reincidencia debe incrementar la cuantía de la indemnización. En un caso en el que la empresa ya había vulnerado el derecho a la indemnidad de la persona trabajadora en el pasado mediante un despido declarado nulo y que vuelve a reincidir despidiendo de nuevo al trabajador, se considera adecuada una indemnización de 30.000 euros (sin otros agravantes y con un salario de menos de 20.000 euros anuales y con antigüedad de 3 años)⁴⁰. De esta forma, se observa que la reincidencia en la conducta vulneradora es un potente agravante que puede implicar triplicar o cuatriplicar la indemnización mínima. Concretamente, en el presente caso, se está ante una indemnización equivalente a año y medio de salario del trabajador.

La justificación de la reincidencia es doble. Por un lado, una persona que ya ha sufrido un despido con vulneración de derechos fundamentales y que se enfrenta a un segundo también con lesión de derechos fundamentales, sin duda, sufrirá más al ver que se encuentra en un “día de la marmota” sin final. Tiene sentido pensar que esta persona pierda la fe en el sistema judicial y considere que nunca va a poder volver a su vida “normal” salvo que renuncie a sus derechos⁴¹. Así pues, este incrementado sufrimiento justificaría el aumento de la indemnización.

De otro lado, la vertiente preventiva explicaría también –y adicionalmente– el incremento de la indemnización. En efecto, una empresa que ya vulneró los derechos fundamentales de la persona trabajadora y que fue condenada al abono de una indemnización en su momento, pero que, a pesar de ello reincide en su conducta vulneradora, demuestra que la indemnización anterior no fue disuasoria. Ello implica, para cumplir con la finalidad preventiva, que en esta segunda vulneración de derechos fundamentales la indemnización sea cualitativamente superior.

⁴⁰ STSJ de País Vasco de 10 de enero de 2023 (rec. 2559/2022).

⁴¹ En un sentido similar se pronuncia también Mercader Uguina, 2022.

De hecho, esto debería ser aplicable no solamente en caso de que la “víctima” fuera la misma persona. Así, si en la empresa ha habido vulneraciones de derechos fundamentales acreditadas en el pasado, la sentencia debería valorarlas a efectos de considerar qué cantidad monetaria sería disuasoria cuando las anteriores no lo han sido. En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019) para conceder una indemnización de 60.000 euros argumentó, entre otros agravantes, que otra trabajadora distinta a la demandante había presentado la dimisión por la situación que se vivía en la empresa. Esto es, se considera agravante que la vulneración también haya afectado a otra persona trabajadora distinta de la empresa en el pasado.

Cabe decir que no se considera que usar la reincidencia, en el mismo sujeto o en distintos, para incrementar el valor de la indemnización pueda afectar al *non bis in idem* dado que no se está condenando de nuevo por hechos pasados, sino que se están valorando las circunstancias pasadas para cumplir con la finalidad preventiva de la indemnización durante la condena de un nuevo hecho vulnerador.

En este escenario también podría plantearse como agravante que incrementara la indemnización el hecho de que la conducta vulneradora se produjo sobre una pluralidad de sujetos y, por tanto, se vulneró el derecho fundamental de más de una persona. En este sentido, cada uno de los afectados podría ver incrementada su indemnización. Sin embargo, si la pluralidad de afectados fue en el mismo momento, no puede argumentarse que se requiera una indemnización mayor por razones preventivas dado que no existe una condena previa que pueda analizarse como insuficiente para evitar futuras vulneraciones. Tampoco parece que el sufrimiento sea mayor por afectar a más de un sujeto. De esta forma parece entenderlo la STSJ de Andalucía de 14 de julio de 2022 (rec 3288/2021) en un caso en el que tres personas son despedidas y las tres con vulneración de la garantía de indemnidad. En el presenta caso, el tribunal de instancia reconoce a cada una de ellas una indemnización de 9.000 euros, sin embargo, el tribunal de apelación considerará excesiva dicha indemnización al entender que no existen circunstancias agravantes que lo justifiquen.

5) Consecuencias de la conducta

La doctrina judicial analizada valora prolíficamente las consecuencias de la conducta. Tanto como agravante como atenuante. El agravante más habitual encontrado es la situación de incapacidad temporal de la persona trabajadora. En este sentido, la STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019) admite una condena de 60.000 euros (dos años de salario) por una Incapacidad temporal cuyos orígenes estaban relacionados con aspectos que finalmente dieron lugar a la violación de derechos fundamentales. También la STS de 14 de noviembre de 2023 (rec. 1975/2021) condena al pago de una indemnización de 25.000 euros (6 meses de salario) a una persona despedida por su situación de salud, en la que, adicionalmente, la empresa se niega a proporcionarle una silla adecuada a sus padecimientos y limitaciones, a la vez que, durante todo el proceso conflictivo, la persona

inicia dos situaciones de incapacidad temporal. En el mismo sentido, la STSJ de País Vasco de 28 de junio de 2022 (rec. 19/2022) condena a 16.000 euros (un año de salario) por vulneración de la garantía de indemnidad a una persona trabajadora que durante el proceso conflictivo sufre una incapacidad temporal. No obstante, es cierto que la doctrina judicial no es unánime en este sentido. En este sentido, la STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2022 (rec. 703/2021) condena al abono de una indemnización de 6.500 euros en una situación de acoso laboral con vulneración de la dignidad de la persona trabajadora. En el presente caso quedó acreditada una situación de hostigamiento en la empresa que desemboca en una situación de incapacidad temporal por ansiedad de larga duración.

Sorprendentemente los Tribunales no exigen una prueba clara de que la enfermedad incapacitante provenga de la vulneración del derecho fundamental ni siquiera que esté relacionada con el trabajo, sino que simplemente se admite como agravante por el mero hecho de que así se haya alegado en la demanda. De esta manera, los tribunales aplican la agravante, aunque la incapacidad temporal haya sido calificada como enfermedad común (ej. ansiedad)⁴².

El hecho de que la persona trabajadora sufra una incapacidad temporal parece prueba de un especial sufrimiento que requiere ser indemnizado por daños morales⁴³. Ahora bien, para que ese especial sufrimiento pueda ser indemnizado por los daños morales, sí parece necesario vincular, mediante prueba acreditada, que la situación de Incapacidad temporal fue provocada por la vulneración de derechos fundamentales. En efecto, lo que se exime de prueba, de acuerdo con la doctrina vista, es la existencia de un daño y la obligación de los jueces de calcular dicha indemnización, aunque el actor no aporte criterios de prueba. Sin embargo, la justificación de una indemnización “agravada” solicitada por el demandante sí parece que requeriría prueba por parte del alegante. Así, si se solicitan unos daños concretos como es el sufrimiento mental causado, aunque no se exija que se pruebe el concreto daño ocasionado (monetizar dicho daño es lo que realmente sería complejo), sí parece exigible que se pruebe que existe relación entre la incapacidad temporal y la vulneración del derecho fundamental.

Ahora bien, considero que no sería requisito previo que se calificara como accidente de trabajo o enfermedad profesional dicha incapacidad temporal, sino que, aunque fuera apreciada formalmente como enfermedad común a efectos de Seguridad Social, si durante el juicio por vulneración de derechos fundamentales el juez llegara al convencimiento de que existe relación entre la vulneración del derecho fundamental y la incapacidad temporal podría tener en cuenta tal situación a los meros efectos del cálculo de la indemnización. Esto es así, en mi opinión, dado que la calificación como accidente de trabajo a efectos de Seguridad Social y la conexión con la vulneración de derechos fundamentales exigen estándares de prueba distintos por lo que pueden mantener su autonomía calificativa diferenciada sin que una prejuzgue la otra.

⁴² STS de 20 de abril de 2022 (rec. 2391/2019).

⁴³ E, incluso, de una posible pérdida de ingreso (la diferencia entre lo percibido por IT y los salarios) aunque, en este caso, la indemnización correspondiente sería por daños patrimoniales y no debería, en puridad, incluirse en la indemnización de daños morales.

Adicionalmente a este factor, existe una casuística muy grande respecto a las consecuencias posibles que han sido aceptadas por la doctrina judicial como agravantes: como despedir a un representante sindical en el preciso momento en que estaba negociando un convenio colectivo⁴⁴, perjudicar a quien solamente cumplió con su deber de prestar testimonio veraz en juicio⁴⁵, despedir a quién anuncia que va a contraer matrimonio en fechas cercanas a la boda⁴⁶.

Por su parte, las consecuencias del acto vulnerador también han sido usadas como atenuante para rebajar la indemnización por debajo de los mínimos de la LISOS. La STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2022 (rec. 980/2021) condena a 600 euros por vulneración de la libertad sindical debido a que la misma duró poco tiempo y fue reparada por la propia empresa. Concretamente, se está ante un caso en el que no se sustituyó temporalmente a un miembro del comité de empresa y de huelga durante el desarrollo de esta, impidiéndole participar a tiempo en la reunión del comité de huelga durante un día. Adicionalmente, la sentencia valora como atenuante que la no sustitución se debió a un error y que no fue intencional. También la STSJ de Islas Canarias 11 de junio de 2021 (rec. 310/2021) condena a 600 euros en un caso de vulneración del derecho a la intimidad. La empresa había colocado una cámara durante 13 meses en el comedor de la empresa. La sentencia alega para justificar la reducida indemnización que la persona trabajadora solamente era grabada 20 minutos al día durante la comida.

Otro supuesto usado como atenuante o reductor de la indemnización es el hecho de que la persona prestara servicios a tiempo parcial. Así, la STSJ de Islas Canarias de 12 de septiembre de 2022 (rec. 896/2022) condena a sufragar una indemnización de 2.500 euros por vulneración del principio de no discriminación del derecho a la salud debido a que la persona trabajaba a tiempo parcial. Sin embargo, esta situación no es ni mucho menos unánime. Por el contrario, en la muestra se han encontrado dos sentencias que condenan al mínimo de la LISOS, aunque la persona estuviera a tiempo parcial en la empresa⁴⁷.

La cuestión de la parcialidad como criterio es compleja y, por sí sola, probablemente no aporte suficiente información para valorarla a efectos del cálculo de indemnización ya que es posible que, en algunos casos, sea un atenuante y en otros un agravante. Es probable que una persona que esté a tiempo parcial porque tiene otro trabajo complementario sufra menos la vulneración por el hecho de “no tener todos los huevos en la misma cesta”, que una persona a tiempo completo con exclusividad. Por el contrario, una persona en tiempo parcial involuntario parece que sufriría más dado que tiene menos recursos económicos para enfrentarse a la situación de vulneración. Además, se debe tener en cuenta que dado que en nuestro país la mayoría de la parcialidad recae sobre las mujeres una indemnización menor por razón de parcialidad implicaría valorar menos los derechos fundamentales de las mujeres de forma sistemática (discriminación indirecta

⁴⁴ STSJ Cataluña de 4 de octubre de 2017 rec. 4142/2017.

⁴⁵ STS de 5 de octubre de 2017 rec 2497/2015.

⁴⁶ SJS nº1 de Segovia 205/2022, de 29 de abril.

⁴⁷ STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2022 (rec. 2241/2022); STSJ de la Rioja de 2 de noviembre de 2021 (rec. 59/2021).

por razón de sexo). En fin, en mi opinión, creo que la parcialidad no es un criterio oportuno para fundamentar las cuantías de las indemnizaciones.

Ahora bien, cuestión distinta es que la variable parcialidad sea indirectamente tomada en consideración. En este sentido, una persona a tiempo parcial tendrá un salario anual menor que alguien a tiempo completo. Se puede ver su relevancia en el caso de la STSJ de la Rioja de 2 de noviembre de 2021 (rec. 59/2021). En este caso, la sentencia, a pesar de analizar una vulneración sobre una persona a tiempo parcial, condena al mínimo de la LISOS. Esto acaba provocando que una persona trabajadora con salario anual de 6.972 euros perciba una indemnización de 7.501 euros, equivalente a más de un año de salario (muy por encima de las indemnizaciones medias que se encuentran en los 6 meses de salario), sin que exista ningún factor o criterio que justifique esta superior indemnización relativa.

6) Existencia de otra forma de reparación

El Tribunal Supremo ha remitido, en varias ocasiones, con objeto de rebajar la indemnización, al hecho de que el despido se ha declarado nulo. Se entiende que este hecho ya implica una reparación de la mayoría de los daños sufridos al obtener la readmisión más los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y, por tanto, la indemnización del art. 183 LRJS puede cuantificarse en menor cantidad⁴⁸. Esto implicaría, a su vez, que en aquellos casos en los que la nulidad no es posible o no existe otra forma de reparar el daño, la indemnización debería ser mayor. Así, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2021 (rec. 5044/2020) condena a 25.000 euros de indemnización de daños morales a una persona que solicita la extinción indemnizada del art. 50 ET (y, por tanto, no hay nulidad) por vulneración del derecho a la intimidad y a la dignidad.

Sin embargo, la realidad es que, a pesar de que el Tribunal Supremo haya señalado la nulidad –o la falta de esta– como factor relevante para la cuantificación del daño, la mayoría de las sentencias no usa este factor como argumento. En este sentido, se encuentran diversas sentencias que, a pesar de condenar a la improcedencia del despido, no aumentan la indemnización por daños morales. Por ejemplo, la STSJ de Madrid 10 de mayo de 2021 (rec. 351/2018) declara la prueba nula por vulnerar el derecho a la intimidad y declara el despido improcedente por falta de acreditación de la conducta imputada, condenando al límite inferior de la LISOS para sanciones por vulneración de derechos fundamentales por daños morales. La lógica del Tribunal Supremo debería llevar a una indemnización mayor dado que el despido no ha sido declarado nulo y la persona trabajadora ha visto extinguido su contrato.

En este sentido, la STSJ de Asturias de 7 de diciembre de 2022 (rec. 2241/2022) también condena por daños morales al límite inferior de la LISOS en un caso de extinción por voluntad de la persona trabajadora del art. 50 ET con vulneración de la

⁴⁸ STS de 23 de febrero de 2022 rec 4322/2019 y STS 20 de abril de 2022 rec. 2391/2019.

dignidad del trabajador. De nuevo, la aplicación del art. 50 ET implica la extinción del contrato, lo que en la lógica del Tribunal Supremo debería conducir a una indemnización por daños morales superior. También, la SJS de Málaga nº 180/2023 de 31 de mayo condena al límite inferior de la LISOS en un caso en que se declara la improcedencia, puesto que la readmisión no es posible por falta de permiso de trabajo. De esta forma, se concluye que, aunque el Tribunal Supremo ha usado el argumento de la nulidad del despido para justificar una menor indemnización, lo contrario ha sido escasamente argumentado en la doctrina judicial analizada.

En cualquier caso, usar la nulidad del despido –o la falta de ella– como factor reduccionista de la indemnización por daños morales implica, en mi opinión, una confusión de tipos de indemnización. Como ha señalado la doctrina, el art. 183 ET recoge dos tipos de daños (Crespo Ortiz, 2023). Por un lado, el daño moral sufrido por la vulneración del derecho fundamental: un daño extrapatrimonial y de difícil cuantificación. Por otro lado, están los “daños y perjuicios adicionales derivados”, consistentes en los daños patrimoniales, cuantificables, asociados a la indemnización. De esta forma, conforme señala el Tribunal Supremo, se podría alegar que la declaración de nulidad cubre el daño patrimonial sufrido por el despido con vulneración de derechos fundamentales, sin embargo, en nada afecta a la reparación del daño moral sufrido. Así parece entenderlo parte de la doctrina judicial analizada. En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2021 (rec. 1619/2020) condena al pago de daños patrimoniales por valor de 2.500 euros basados en salarios no percibidos y, adicionalmente, a 12.000 de daños morales por un cambio de puesto de trabajo. En esta misma línea, la STSJ de Cataluña de 27 de diciembre de 2022 (rec. 2979/2022) declara la nulidad de una sanción de empleo y sueldo condenando a daños y perjuicios equivalentes a la pérdida de salario y, adicionalmente, a daños morales por valor de 10.000 euros⁴⁹.

De esta forma, en mi opinión, cabría en todo caso separar los daños y perjuicios patrimoniales ocasionados, que en caso de despido pueden ser reparados por la declaración de nulidad, y los daños morales que no se ven afectados por la nulidad del despido dado que el sufrimiento padecido durante el proceso no podrá calificarse de menor porque posteriormente se declare su nulidad. La nulidad del despido reparará y compensará los perjuicios económicos, pero no el sufrimiento padecido con anterioridad a la sentencia, el cuál será el mismo con independencia del resultado final del juicio.

4. Criterios no encontrados para la cuantificación del daño

La lista de potenciales criterios para cuantificar el daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo enumera en último lugar “otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso”⁵⁰. Sin embargo, de la muestra se extrae que, debido probablemente

⁴⁹ En el mismo sentido ver la SJS Gijón de 15 de noviembre de 2022, Proc. 467/2022 y la SJS de Pamplona 132/2023 de 4 de abril.

⁵⁰ STS de 20 de abril de 2022 rec 2391/2019.

a la falta de alegación por las partes, los tribunales no han utilizado “otros” criterios. En este apartado se expone un criterio que no se ha encontrado en las sentencias analizadas pero que, probablemente, dada la naturaleza reparadora y preventiva de la indemnización de daños morales, debería ser alegada por las partes y atendida por los tribunales a la hora de la cuantificación. También se analiza otro parámetro listado por el Tribunal Supremo como base para el cálculo de la indemnización pero que no se ha encontrado en la doctrina judicial analizada.

4.1. Cifra de negocio de la empresa

Derivado de la naturaleza preventiva de la indemnización de daños morales, de acuerdo con el art. 183 LRJS) parecería lógico que se tuviera en cuenta la cifra de negocio o capacidad económica de la empresa por cuatro razones: la prevención general, que es un dato objetivo, que es fácilmente demostrable y el sufrimiento padecido.

Uno de los principios básicos de la prevención general de cualquier conducta reprochable es que el infractor no salga beneficiado de su conducta. De esta forma, cualquier indemnización debería tener en cuenta que esta debe ser superior a los beneficios concretos que la propia infracción haya causado a la empresa. En este sentido, el propio art. 39 de la LISOS, al establecer los criterios de graduación de las sanciones, establece que “las sanciones se graduarán en atención a la (...) cifra de negocio de la empresa”. La justificación de este criterio de graduación es de prevención general.

En este sentido, una sanción de 7.501 euros para una empresa con una cifra de negocio de 100.000 euros puede representar un desincentivo más o menos relevante, pero la misma sanción a una empresa con una cifra de negocio de 50 millones de euros probablemente no represente ningún desincentivo, incumpliendo con ello la función preventiva. Así pues, es esencial que, en la graduación de sanciones que recordemos van desde 7.501 euros hasta 225.018 euros, se garantice que estas impliquen un desincentivo a la conducta infractora.

De esta forma, dado que el art. 183 LRJS obliga a que la cuantificación del daño tenga carácter preventivo, parece necesario alegar y tomar en consideración siempre la cifra de negocio de la empresa a la hora de cuantificar el mismo. Este elemento tiene la ventaja adicional de ser fácilmente accesible y objetivo para permitir la individualización del daño, evitando como se ha visto que mayoritariamente se condene por el mínimo de la LISOS. En este sentido, junto con la antigüedad de la persona trabajadora (por las razones antes vistas), la cifra de negocio se considera el elemento más importante a la hora de determinar la concreta cuantía de los daños para conseguir un verdadero efecto preventivo de la indemnización. Si la cifra de negocio de la empresa infractora (o grupo de empresas en caso de que se demuestra una dirección unitaria) no se contempla, se estará tratando injustamente a las empresas con menor cifra de negocio, las cuales serán las que proporcionalmente abonen mayores indemnizaciones generando solamente en ellas el efecto desincentivador y de prevención general que pretende la norma. Lo que

conduciría a que, para las empresas con gran capacidad económica, la indemnización no tuviera función preventiva.

Existe otra razón para que la cifra de negocio sea valorada en la cuantificación del daño. En mi opinión, puede presumirse que sufrir una vulneración de derechos fundamentales por parte de una importante corporación, con significativos recursos económicos, provoca mayor sufrimiento, impotencia e indefensión que la misma vulneración ocasionada por una pequeña empresa (medida en recursos y capacidad económica). En efecto, la vulneración de derechos fundamentales provocada por alguien poderoso causa, por defecto, mayor inquietud, ansiedad o sufrimiento, precisamente por la incapacidad de respuesta o la situación de vulnerabilidad en la que uno se encuentra (o, precisamente, por volverse consciente de ella en el momento de sufrir la vulnerabilidad). Sean reales o no, cualquier persona temería mayores represalias a la hora de reclamar derechos fundamentales tras una vulneración contra una poderosa corporación: por los contactos que pueda tener esa empresa, por las redes de influencia de la propia empresa sobre otras empresas del sector (listas negras), etc. Así, repito, que con independencia de que esos mayores perjuicios sean reales o no o se vayan realmente a materializar o no, lo que sí es real es el mayor sufrimiento, mayor situación de indefensión y mayor vulnerabilidad de quién sufre una violación de derechos fundamentales de una empresa con gran capacidad económica medida en términos de cifra de negocio.

Es importante señalar que el número de trabajadores de la empresa podría también ser un indicador del poder de la empresa y del sentimiento de vulnerabilidad del trabajador. Así, por ejemplo, alguna sentencia ha reducido la indemnización de daños morales por debajo del mínimo de la LISOS debido a que la empresa era pequeña⁵¹. No obstante, si queremos combinar la justificación del sufrimiento con la preventiva, considero que sería más oportuno recurrir a la cifra de negocio como elemento a valorar (cuando esté disponible) y solamente recurrir al número de trabajadores en caso de que la cifra de negocio no sea un dato conocido. La razón es que es posible que una empresa tenga pocos trabajadores, pero cuente con una importante cifra de negocio (ej., empresas basadas en capital o tecnología). Para este tipo de empresas, carecería de sentido reducir la indemnización (o no aumentarla) debido a sus pocos trabajadores, ya que el efecto disuasorio de la indemnización no depende del tamaño de la empresa, sino de su capacidad económica.

4.2. Tiempo de duración de la situación conflictiva: lesión continuada.

El Tribunal Supremo, en su lista de parámetros objeto de valoración, incluye también “la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental”. Sin embargo, en la muestra no se ha encontrado este parámetro para justificar la cuantificación de la indemnización. La importancia de este parámetro parece indudable. Una situación conflictiva

⁵¹ SJS de Granada de 15 de febrero de 2023 proc. 753/2022.

de larga duración (ej., un acoso moral durante años) no puede repararse ni resarcirse de la misma forma o por la misma indemnización que una situación puntual. Aquí no se está contemplando el supuesto de la reincidencia (vulneración declarada en más de una ocasión por sentencia o por la propia ITSS), sino simplemente que la situación de vulneración se haya producido en un espacio de tiempo determinado y no de forma puntual. Además de justificado, este criterio se considera útil y accesible. En efecto, toda condena por vulneración de derechos fundamentales debe tener en el apartado de hechos probados los actos y la duración de estos en el tiempo que permiten condenar dicha vulneración de daños y perjuicios. Así, el tribunal podría justificar una indemnización superior debido a que la vulneración se produjo de forma continuada en el tiempo, siendo mayor el agravante conforme más tiempo duró la misma. Es cierto que en muchos supuestos este criterio no tendrá relevancia, dado que en despidos-represalia el acto es único –y la nulidad compensa gradualmente mediante los salarios dejados de percibir el periodo de espera de la sentencia–. Ahora bien, en otros casos como vulneración por discriminación, en caso de discriminación salarial que duró meses o años, no parece que deba valorarse igual una situación puntual o de corta duración que una de larga duración. Lo mismo en caso en los que la vulneración a la intimidad (ej. monitorización del ordenador) ocurre en un momento dado (en una única ocasión) frente a una monitorización extendida en el tiempo.

4.3. Intencionalidad de la empresa y duda jurídica razonable previa

Uno de los factores que podría contemplarse a la hora de cuantificar la indemnización⁵² sería la existencia o no de una intencionalidad vulneradora de un derecho fundamental por parte de la empresa. De esta forma, hipotéticamente, podría plantearse que en los casos en los que la empresa desconociera que se estaba produciendo la vulneración del derecho fundamental (bien por un desconocimiento material, bien porque no existiera intencionalidad, bien porque existe duda jurídica razonable previa sobre la existencia de la vulneración) esto actuara como atenuante⁵³. Un ejemplo, podría ser en caso de vulneración de derecho de huelga. En este supuesto es posible que la empresa use su poder de dirección empresarial para ordenar a un trabajador que realice funciones de un huelguista, no con intención de vulnerar el derecho de huelga, sino simplemente con objeto de proteger sus propios intereses económicos. La pregunta que surge es si esto debería valorarse como atenuante.

Para resolver esta cuestión parece oportuno traer a colación la doctrina del Tribunal Constitucional que establece que existe vulneración del derecho fundamental con independencia de la intención antisindical o no de la empresa. De esta forma, establece

⁵² De la muestra analizada esta cuestión solo se encuentra en la STSJ de Aragón de 7 de febrero de 2022 (rec. 980/2021) que establece una menor indemnización porque la empresa actuó por “error” de carácter material sin ser consciente de estar realizando una vulneración.

⁵³ La doctrina ha señalado incluso que no sería lo mismo, a efectos de valoración de la indemnización, la discriminación directa que la indirecta, ver Mercader Uguina 2022: 33.

el Tribunal Constitucional que existirá vulneración si como resultado de las acciones del empresario, con independencia de si su voluntad era antisindical o no, se obtiene una disminución real de la presión derivada de la huelga⁵⁴. Se puede concluir con esto que la intención del empresario será irrelevante para valorar las acciones del mismo. Lo importante para saber si ha existido vulneración del derecho fundamental serán las consecuencias que han tenido sobre la huelga dichas acciones. Esta doctrina parece aplicable al caso de la cuantificación del daño y es que, si se ha producido la vulneración, el daño a reparar será el mismo con independencia de la voluntad “vulneradora” o no del empresario.

Lo mismo parece aplicable en caso de duda jurídica razonable sobre la existencia o no de una vulneración de derechos fundamentales previa a la sentencia, esto es, si se produce una situación sobre la que los Tribunales previamente no se han pronunciado. Se puede pensar en el caso de un empresario de buena fe que aplica un convenio colectivo con disposiciones de carácter discriminatorio. La cuestión es si este hecho sería relevante para la cuantificación de daño. A este respecto se podría argumentar que, aunque el empresario actúe de buena fe y con duda jurídica razonable (por falta de claridad jurídica) los daños morales provocados por la discriminación (o cualquier otra vulneración de derechos fundamentales) no serán menores que en caso de que no exista la duda jurídica razonable. Ahora bien, cuestión distinta es que, cuando exista duda jurídica razonable, aunque los daños sean los mismos, la indemnización pueda quedar reducida por la parte dedicada a su función preventiva y, con ello, la indemnización final sea menor que cuando no existe esta duda jurídica razonable. En efecto, si realmente antes de la sentencia que debe cuantificar el daño conforme el 183 LRJS no existe otro pronunciamiento anterior respecto a una situación similar y la empresa desconocía razonablemente que estaba vulnerando los derechos fundamentales, se puede entender que, a partir de la resolución, cambiará la conducta siendo la aclaración sobre el derecho aplicable realizado por la sentencia, en sí misma, suficientemente preventiva de futuras actuaciones.

5. Conclusiones

Este trabajo analiza los criterios usados por el Tribunal Supremo y por la doctrina judicial con el objetivo de conocer qué parámetros de cálculo son los más usados por los tribunales, a cuáles le dan más importancia y cómo cuantifican concretamente cada uno de esos parámetros para determinar la indemnización de daños morales (art. 183.1 LRJS). De este análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. *Insuficiencia de la motivación de la cuantificación de la indemnización.* La primera conclusión es que los parámetros de cálculo usados, en la mayoría de los casos analizados, no son revelados expresamente en las sentencias. Esto es, se condena a una determinada cantidad, bien aplicando el mínimo de la LISOS,

⁵⁴ STC 33/2011, de 28 de marzo.

bien aceptando la cantidad solicitada en la demanda, sin explicar ni motivar qué parámetros o bases se han utilizado para determinar la concreta cuantía.

2. *Los datos muestran una importante aleatoriedad en la cuantificación:* De acuerdo con el Tribunal Supremo, la cuantificación de la indemnización por daño moral debe responder a tres objetivos y debe calcularse con base en una lista abierta de ocho parámetros. Sin embargo, del análisis realizado de la doctrina judicial solamente seis parámetros son encontrados como justificantes del cálculo: 1) el salario; 2) la antigüedad; 3) la vulneración de más de un derecho fundamental; 4) la existencia de otra forma de reparación del daño; 5) la reincidencia; 6) las consecuencias de la vulneración.

El análisis de regresión lineal realizado revela que los parámetros del salario de la persona trabajadora, su antigüedad, la vulneración de más de un derecho fundamental y la existencia de otra forma de reparación, en conjunto, explican solamente un 27% de la indemnización concedida. El resto de la indemnización está explicado por otros factores. Si bien es posible que el otro 73% esté explicado por otros parámetros desconocidos pero admisibles, lo más probable es que gran parte de la justificación de la cuantía de la indemnización corresponda al “ruido” (entendido como una aleatoriedad⁵⁵ en la concesión de una indemnización u otra). Estos datos demuestran que la seguridad jurídica o predictibilidad del resultado en la cuantificación de la indemnización es manifiestamente baja.

Si estos factores son explicables y lícitos, las sentencias deberían justificar mejor porque se concede una determinada indemnización y no otra. Esto aumentaría la predictibilidad y la seguridad jurídica. Si los factores que explican una determinada indemnización son realmente aleatorios, la solución pasaría por objetivar la concesión de indemnizaciones dentro de lo razonable. Se considera que una aleatoriedad de un 5% o 10% entraría dentro de lo admisible en las competencias concedidas al juez cuando el art. 183.1 LRJS establece que se determine “prudencialmente” la indemnización. Sin embargo, un 73% de falta de explicabilidad parece claramente excesiva. De esta forma, bien la norma, bien los tribunales superiores deberían exigir, de un lado, mayor nivel de motivación de una determinada indemnización; de otro lado, establecer criterios más concretos que permitan objetivar la concesión de indemnizaciones. Esto es, reducir la aleatoriedad en la concesión.

3. *El factor de referencia es el límite inferior de la LISOS.* El factor más usado es el mínimo de la LISOS. Así, las sentencias mayoritariamente condenan al límite mínimo de la LISOS con independencia de la existencia de otros factores rele-

⁵⁵ Conscientemente no se ha querido usar la palabra “arbitrariedad” por la carga jurídica del término. Como señala la doctrina, la falta de criterios objetivos implica una valoración prudente y discrecional que puede ocasionar indemnizaciones dispares que no puede confundirse con la arbitrariedad (Maneiro Vázquez, 2013 y Sánchez Pérez, 2016; 882). En concordancia con lo anterior, los datos estadísticos de este estudio impiden conocer si existe arbitrariedad o no, solamente puede concluirse que los factores usados para el cálculo son desconocidos y no son explicados por las variables independientes analizadas en este estudio.

vantes en el caso. En mi opinión, el recurso al mínimo de la LISOS no cumple con la necesidad de individualización y motivación de la indemnización, sobre todo en aquellos casos en los que existen otros datos y parámetros conocidos por el tribunal como es la antigüedad del trabajador, el salario, la duración en el tiempo de la vulneración, si ha habido otra reparación o no a la persona trabajadora mediante otra indemnización o la nulidad en caso de despido. Se entiende que la determinación prudencial por parte del juzgador no justifica legalmente ni la falta de motivación de una determinada indemnización, ni tampoco una falta de individualización de la condena que es lo que ocurre cuando se recurre al límite inferior de la LISOS sin explicar los motivos de esta elección. Se ha detectado que es habitual que las sentencias apliquen el límite mínimo de la LISOS justificándolo mediante la coletilla “porque no existen factores que justifiquen mayor indemnización”. Sin embargo, la realidad es que en muchos de estos casos sí parece que existan motivos para una indemnización superior, como pueda ser el salario, la antigüedad etc., del trabajador. Solamente que no se tienen en cuenta esos parámetros. En mi opinión, no contemplar estos factores y no individualizar la condena podría llevar a una declaración de incongruencia omisiva de la sentencia.

4. *Salario*. La indemnización media concedida se encuentra entre 2 y 6 meses de salario de la persona trabajadora. Se defiende que una buena práctica consiste en medir la indemnización, no en términos absolutos, sino en términos relativos respecto al salario de la persona trabajadora. De esta forma, en términos generales, cuanto mayor sea el salario de la persona trabajadora mayor debería ser la indemnización. Esto viene justificado por el hecho de que la ley obliga a que la indemnización sea reparadora y resarcitoria. Así pues, para una persona con 100.000 euros al año de sueldo, una indemnización de 8.000 euros (menos de un mes de salario) podría no ser suficientemente reparadora y resarcitoria, cuando sí podría serlo para una persona que perciba 16.000 euros anuales (6 meses de salario). Otra ventaja es que, si los tribunales comienzan a medir en meses la indemnización concedida, sería una forma de individualizar el cálculo de esta.
5. *Antigüedad*: Las sentencias analizadas revelan que el 60% de despidos con vulneración de derechos fundamentales se realizan sobre trabajadores con menos de 4 años de antigüedad en la empresa. Estos datos evidencian que la antigüedad es un factor clave para decidir si se despide o no a un trabajador, aunque sea mediando vulneración de derechos fundamentales. La razón parece ser que se entiende que despedir a una persona con poca antigüedad es “barato” a efectos de la indemnización por despido. De esta forma, se concluye que, si se quiere que la indemnización por daños morales cumpla una verdadera función preventiva, parece necesario que el despido de personas trabajadoras con poca antigüedad implique una mayor indemnización del art. 183.1 LRJS.
6. *Vulneración de más de un Derecho Fundamental*: De acuerdo con las sentencias analizadas, la vulneración de más de un Derecho Fundamental se considera un

factor relevante para la cuantificación de la indemnización. En efecto, se considera que, por razones preventivas y compensatorias, es necesario incrementar la indemnización cuando se produce vulneración de más de un derecho fundamental. De hecho, en mi opinión, parece oportuno, conforme al art. 183 LRJS y la STC 61/2021 que, para evitar la incongruencia, la sentencia se pronuncie sobre la cuantía de la indemnización por daños morales diferenciadamente para cada uno de los derechos vulnerados. Adicionalmente, si se admite que la indemnización mínima debería coincidir con la establecida en la LISOS, sería coherente que, si existe una doble vulneración, se aplicara dicho mínimo (salvo circunstancias agravantes o atenuantes) para cada uno de los derechos vulnerados.

7. *Existencia de otra forma de reparación.* El Tribunal Supremo ha usado en varias ocasiones la declaración de nulidad del despido para reducir la indemnización de daños morales al entender que la nulidad ya compensa gran parte del daño sufrido. Sin embargo, usar la nulidad del despido –o la falta de ella– como factor reduccionista de la indemnización por daños morales implica, en mi opinión, una confusión de tipos de indemnización. Como ha señalado la doctrina, el art. 183 ET recoge dos tipos de daños. Por un lado, el daño moral sufrido por la vulneración del derecho fundamental: un daño extrapatrimonial y de difícil cuantificación. Por otro lado, están los “daños y perjuicios adicionales derivados”, consistentes en los daños patrimoniales, cuantificables, asociados a la indemnización. De esta forma, conforme señala el Tribunal Supremo, se podría alegar que la declaración de nulidad cubre el daño patrimonial sufrido por el despido con vulneración de derechos fundamentales, no obstante, la nulidad del despido en nada afecta a la reparación del daño moral sufrido. De esta forma, con objeto de reducir la confusión sería conveniente que las sentencias diferenciaran entre la indemnización patrimonial por un lado y la de daños morales por otra. Así, sí podría argumentarse que, en caso de nulidad, la indemnización patrimonial no corresponde o, en caso de falta de nulidad, calcular la indemnización patrimonial merecida. Sin que esta circunstancia afectara a la cuantificación del daño moral que consiste en una indemnización independiente que tiene por objetivo compensar, reparar y prevenir los daños extrapatrimoniales.
8. *La cifra de negocio como factor preventivo ineludible.* Un parámetro que no se ha encontrado en la doctrina judicial, pero que se considera esencial para que la indemnización cumpla sus funciones, es la cifra de negocio de la empresa vulneradora. Cuatro argumentos se exponen en favor del uso de este factor: 1) para que la condena sea desincentivadora, esta debe ser proporcional a la capacidad económica de la empresa. Si se condena al mínimo de la LISOS con independencia de la cifra de negocio de la empresa, esta condena solamente será desincentivadora para empresas pequeñas con poca capacidad económica, siendo irrelevante o inocua para empresas económicamente potentes. 2) es un factor objetivo que permite la individualización de la condena; 3) es un parámetro fácilmente accesible para los juzgadores y las partes; 4) conforme a la función

resarcitoria, se considera que se puede presumir que existe mayor sufrimiento por la vulneración de un derecho fundamental por parte de una poderosa corporación que por parte de un empresario con pocos recursos económicos.

6. Propuesta de baremo para el cálculo de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales basada en los criterios judiciales actuales.

La doctrina judicial ha reclamado en repetidas ocasiones la existencia de un baremo que facilite la cuantificación de la indemnización por daños morales (Arias Domínguez, 2022). En el presente trabajo se propone un baremo basado en los criterios actuales usados por la doctrina judicial y en los argumentos vistos en este trabajo sobre la necesidad de tener en cuenta ciertos parámetros con objeto de que la indemnización cumpla su triple objetivo. El uso del presente baremo puede, de un lado, permitir una mejor cuantificación de las indemnizaciones, y, de otro lado, facilitar la justificación de peticiones en la demanda conforme a los criterios que realmente usan los Tribunales. También se pretende aumentar la predictibilidad (o seguridad jurídica) en el cálculo de una indemnización en función de los parámetros más usados por los Tribunales.

- *Tope mínimo y máximo.* Se debe partir de la LISOS con objeto de cumplir con la finalidad preventiva. De esta forma, la indemnización debería tener como tope mínimo 7.501 euros y 225.018 euros como tope máximo con independencia de cualquier factor por razones preventivas y reparadoras. Estos topes serán modificados y actualizados conforme así lo establezca el art. 40 de la LISOS.
- *Indemnización estándar sin agravantes.* Para cumplir con la función reparadora, la indemnización estándar debería ser de 6 meses de salario de la persona trabajadora teniendo en cuenta, eso sí, los topes mínimos y máximo que se acaban de señalar. Todos los porcentajes de incremento por agravantes o atenuantes deberían calcularse sobre la indemnización estándar sin agravantes.
- *Vulneración de más de un derecho fundamental.* Se debería condenar a la indemnización estándar por cada derecho fundamental vulnerado.
- *Agravante antigüedad:*
 - *Finalidad preventiva* con objeto de prevenir el despido con vulneración de derechos fundamentales de trabajadores con baja antigüedad, que ocurre con gran frecuencia en nuestro país. Si la persona trabajadora tiene menos de 1 año de antigüedad, la indemnización debería incrementarse en un 100%. Si tiene entre 1 y 4 años de antigüedad, la indemnización debería incrementarse un 50%.
 - *Finalidad compensatoria.* Con objeto de compensar el daño causado, si la persona trabajadora tenía más de 20 años de antigüedad la indemnización debería incrementarse en un 100%.

- *Existencia de otra forma de reparación.* Si en el caso enjuiciado, no se condena a una cantidad específica por daño patrimonial o no se declara la nulidad del despido (bien porque se está ante una extinción del art. 50 ET, bien porque la nulidad no cabe jurídica o fácticamente) la indemnización debería aumentar en un 50% dado que se entiende que existirán daños patrimoniales no compensados. Este incremento del 50% no debería producirse si se ha podido demostrar por parte de la empresa, o se deduce de los hechos probados directamente, que no existen daños patrimoniales.
- *Cifra de negocio de la empresa.* Por razones tanto preventivas como compensadoras del sufrimiento, la indemnización debería aumentar conforme a la cifra de negocio del año anterior de la empresa con el siguiente baremo:
 - Cifra de negocio inferior a 1 millón de euros no hay aumento.
 - Cifra de negocio entre 1 millón de euros y 10 millones de euros incremento del 50% de la indemnización.
 - Cifra de negocio entre 10 millones y 50 millones: incremento del 100%
 - Cifra de negocio entre 50 y 100 millones: 150% de incremento
 - Cifra de negocio entre 100 y 200 millones: 200% de incremento
 - Más un 100% de incremento por cada 100 millones de cifra de negocio adicional.
- *Tiempo de duración de la lesión sufrida:*
 - Si la lesión es en un único acto, no hay incremento
 - Si la lesión duró un periodo de tiempo, se debería incrementar la indemnización un 10% por cada mes.
- *Reiteración en la vulneración de derechos fundamentales en la empresa.* En caso de que anteriormente ya existiera un caso de vulneración en la empresa al mismo trabajador u a otros, la indemnización debería aumentar un 200% por cada una de dichas vulneraciones probadas.
 - *Consecuencia de la conducta:*
 - Si a criterio del juzgado la consecuencia de la conducta ha sido inocua o casi inocua para la persona trabajadora, más allá de la propia vulneración del derecho fundamental, la indemnización debería reducirse un 50% hasta el tope mínimo.
 - Si la consecuencia es leve debería mantenerse la indemnización sin considerar la consecuencia como agravante ni atenuante.
 - Si la consecuencia es grave, la indemnización debería aumentar un 100%.
 - Si la consecuencia es muy grave, la indemnización debería aumentar un 300%.

Si existiera *duda jurídica razonable* sobre la existencia de la vulneración, la parte de la indemnización dedicada a la *función preventiva* (cifra de negocio, trabajador con poca antigüedad) quedaría exonerada.

7. Bibliografía

- ÁLVAREZ ALONSO Diego, (2014) “La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los derechos “morales”, *Relaciones laborales*, nº 9: 1-19, consultado en Legalteca.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, (2023), *La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*, BOE, Madrid, 1-231.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, “El proceloso camino hacia la efectividad y adecuación de las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Social*, 69, 2015, pp. 31-56.
- CARDENAL CARRO, Miguel (2006), “La indemnización de los daños infringidos con ocasión de la lesión de derechos fundamentales: el Tribunal Constitucional no considera razonable la jurisprudencia unificada”, *Aranzadi*, 11 (BIB 2006/1251).
- CRESPO ORTIZ, David, 2023, La indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales del Artículo 183 LRJS. Reflexiones en torno a sus pretensiones y su cálculo, *Labos*, 4, 3, 156-180.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *El escándalo del daño moral*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008
- GARCÍA ROMERO, Belén, (2022), Indemnización adicional por daño moral derivado de la vulneración de derechos fundamentales en el supuesto en el que, por dicha vulneración, el despido es declarado nulo, *Revista de jurisprudencia laboral*, 4, p 1-10.
- GOERLICH PESET, José María, “La reparación de los daños morales derivados de lesión de un derecho fundamental por los tribunales del orden social: algunos pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo”, *elderechoonline*, 2019.
- LÓPEZ BERMEJO, Oscar (2023), “Incongruencia omisiva: la sentencia de suplicación no emite pronunciamiento sobre los aspectos accesorios con previsión legal de las pretensiones principales. Los daños morales operan de forma automática al declararse la existencia de vulneración de derechos fundamentales”. *Revista de jurisprudencia laboral*, AEBOE, 2.
- LÓPEZ TERRADA, Eva. (2021). “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 11(1), 2-39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>
- MANEIRO VÁZQUEZ, Yolanda, “El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio”, *Dereito: revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol.22, 2013, pp. 245-263.

- MERCADER UGUINA, Jesús (2022), “Derechos fundamentales indemnización por daños Morales y prudente arbitrio del juzgador en su determinación: una tormenta perfecta”, *Revista gallega de derecho social*, 15, 9-44.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, (2022) Despido nulo por vulneración derechos fundamentales, resarcimiento del daño moral y modo prudencial de cuantificación de la indemnización, *Revista de jurisprudencia Laboral*, 2, 1-16.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio (2014) “El resarcimiento de los daños Morales sufridos por el trabajador: concepto, valoración y cuantificación”, *Aranzadi*, nº 169, bib 2014/3858.
- SÁNCHEZ PÉREZ, José, “La reparación del daño en la jurisdicción laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 2019, pp. 1-29.
- SIDDAWAY Andy, WOOD, Alex y HEDGES Larry, (2019), “How to do a systematic Review: A best Practice Guide for conducting and reporting narrative reviews, Meta-Analyses, and Meta-Syntheses”, *Annual Review of Psychology*, 70: 747-70.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. “La insuficiente aplicación del baremo del automóvil para el cálculo de indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales. (A propósito de la STS de 27 de diciembre de 2011)”. *Actualidad Laboral*. 2012-2(15), 2012, pp. 1718-1728.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián. (2021). “Nulidad o improcedencia en caso de vulneración de derechos fundamentales en la adquisición de la prueba, pero siempre una indemnización adicional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/2021, de 15 de marzo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 459, 237-244.

La exigencia de titulación para trabajar en el sector privado y público

The requirement for qualifications to work in the private and public sector

Paula López Aguado

Personal investigador no doctor. Universitat de València

ORCID ID: 0009-0003-5692-4464

Recibido: 26/12/2023

Aceptado: 13/2/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8740

Resumen: Para la realización de las funciones propias de determinados puestos de trabajo, en ocasiones se requiere estar en posesión de ciertos conocimientos académicos y profesionales. Esto impide a otros trabajadores acceder a determinados empleos y obstaculiza la libre competencia y concurrencia de empresas. Por ello, la legislación establece la reserva de ley y limitaciones a la imposición de requisitos de titulación. Este estudio tiene como objetivo, a partir de un análisis de la normativa y de las resoluciones judiciales al respecto, examinar qué disposiciones pueden establecer el requisito de titulación, cómo se debe motivar esta exigencia y que debería valorar el orden jurisdiccional competente antes de proceder a la extinción de los contratos de trabajo por carencia de la titulación o habilitación administrativa estipulada.

Palabras clave: Motivación, sector público, reserva de ley, titulación, artículo 17.2 ET, habilitación profesional, subrogación, requisito.

Abstract: In order to perform the functions of certain jobs, it is sometimes necessary to have certain academic and professional knowledge. This prevents other workers from accessing certain jobs and hinders free competition and competition between companies, which is why the regulations establish legal reservations and limitations on the imposition of qualification requirements. The aim of this study is to examine, on the basis of an analysis of the regulations and court decisions on the subject, which provisions can establish a qualification requirement, how this requirement must be justified and what the competent court should assess before proceeding to terminate employment contracts due to a lack of the stipulated qualification or administrative authorisation.

Keywords: Motivation, legal reservation, public sector, qualification, professional qualification, requirement, subrogation, article 17.2 ET.

1. Introducción

En los últimos años se está experimentando un significativo aumento del número de titulaciones universitarias y programas de formación profesional disponibles en el ámbito educativo. Este fenómeno es reflejo de la demanda cambiante del mercado laboral y de la aparición de nuevas disciplinas para hacer frente a la evolución de las necesidades empresariales y de administraciones públicas y también, de la progresiva ramificación de las titulaciones en otras más específicas que se enfocan en un aspecto concreto de la original, de tal forma que en la actualidad apenas hay titulaciones generalistas (García Calzada, 2023).

La aparición de nuevas titulaciones y la fragmentación de las existentes en otras más especializadas, propicia que los trabajadores estén altamente capacitados en una materia en concreto. Sin embargo, es habitual que, para evitar una falta de adaptabilidad y de habilidades interdisciplinarias de los recién titulados, varias de estas titulaciones diferentes cuenten con una base de conocimientos comunes que hace a sus egresados aptos para el desarrollo de ciertos puestos de trabajo aun cuando no hayan sido formados específicamente en esa disciplina.

Por ello, limitar el desempeño de una ocupación a una titulación concreta habiendo otras que habilitan plenamente a sus graduados a desempeñar las mismas funciones, crea barreras innecesarias en el mercado laboral y limita la libre competencia de profesionales. También es de destacar que sigue habiendo puestos de trabajo que no requieren de la obtención de ningún título aunque exista la posibilidad de formarse en esa disciplina. En este sentido, Rodríguez Piñero (1983 p. 471), ya consideró necesario frenar las exigencias de titulación y de colegiación pues estaban surgiendo tendencias corporativas que suponían una inflación de los requisitos de capacitación profesional.

La ley que establezca que para ocupar un puesto de trabajo se requiere una habilitación administrativa o una formación académica concreta, debe motivar que este requisito no es discriminatorio, está justificado por razones de interés general y es el instrumento idóneo para alcanzar el fin que se pretende.

En caso contrario, se estaría ante monopolios competenciales injustificados que pueden llegar a conculcar la libre competencia al impedir que, ciertas empresas que no cuenten con una persona trabajadora con la titulación específica que se exige pero sí con otros profesionales plenamente capacitados para realizar las funciones requeridas, puedan concurrir libremente con otras empresas que cuenten con un empleado con la titulación exigida. En este sentido, es paradigmático el caso de los Ingenieros Geólogos que el Real Decreto 869/2010 no los considera idóneos para impartir la materia de Geología y Ciencias ambientales en Bachillerato en los institutos privados porque no se trata de un Grado de Ciencias o Ciencias de la Salud, aunque indudablemente es el que mejor se corresponde con la formación a impartir (García Calzada, 2023).

Mayor problemática se genera cuando el requisito de titulación se contempla en una norma de valor reglamentario, un convenio colectivo, una relación de puestos de trabajo o un pliego de condiciones, pues se cuestiona la legitimidad de estos instrumentos para establecer limitaciones al empleo.

Sin embargo, es habitual que en aplicación de un reglamento o un pliego de condiciones que limita el acceso a un puesto de trabajo por un requisito académico, el orden social no entre a valorar la legitimidad de esa exigencia y se limite a su aplicación.

A mi parecer este actuar no es apropiado pues, aun cuando no se entiende competente para valorar la legalidad de reglamentos o pliegos de condiciones pues está reservado al orden contencioso administrativo, los actos de aplicación de estos no pueden perjudicar a las personas trabajadoras si tales requisitos no son necesarios para realizar las funciones del trabajo o si discriminan injustamente a ciertos candidatos. Por tanto, es necesario que en los actos de aplicación de estos instrumentos se entre a valorar la justificación objetiva y razonable del requisito de titulación.

Un problema adicional a la exigencia de determinada titulación surge en los supuestos de subrogación legal, convencional o por reversión del servicio público pues, aunque la empresa o administración tiene el deber de subrogar a los trabajadores de la saliente, esto puede implicar reunir en sus filas personas empleadas que carecen de la formación necesaria para desarrollar su puesto de trabajo, ya sea porque nunca la han tenido o porque se trata de un nuevo requisito.

Por todo ello, se va a analizar cuál es el instrumento idóneo para implantar requisitos de titulación y las condiciones para su establecimiento conforme a la legislación nacional y europea, a estudiar las consecuencias en la subrogación de los trabajadores y la responsabilidad en los contratos de trabajo de la empresa o administración saliente y entrante en las licitaciones administrativas.

2. Las limitaciones a la libre elección de ocupación

2.1. Límites impuestos por la normativa comunitaria y sus normas de desarrollo

La libertad profesional es un derecho fundamental reconocido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, están consagrados en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹ como principios fundamentales del mercado interior. Por ende, las normativas nacionales que establecen el acceso a las profesiones reguladas² no deben constituir un obstáculo injustificado o desproporcionado para el ejercicio de estos derechos fundamentales.³

En concreto, el artículo 49 del TFUE impide cualquier medida nacional que restrinja «*la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio*

¹ La última versión fue publicada en el DOUE núm. 202 de 7 de julio de 2016.

² Como mencionaremos más adelante, la normativa europea considera profesión regulada “*la actividad o conjunto de actividades profesionales cuyo acceso, ejercicio o una de las modalidades de ejercicio están subordinados de manera directa o indirecta, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales*” (art. 3.1.a) Directiva 2005/36/CE).

³ Primer considerando de la Directiva (UE) 2018/958 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de junio de 2018 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

de otro Estado miembro». El interés principal de la normativa europea es ofrecer un «*espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores*»⁴ para lo que es fundamental la libre circulación de personas, servicios y capitales.

La exigencia de una titulación concreta para el ejercicio de una determinada profesión restringe la libertad de establecimiento. De la redacción del artículo podría entenderse que solamente prohíbe que los requisitos sean diferentes en un concreto Estado dependiendo de la nacionalidad de la persona trabajadora. No obstante, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)⁵ interpretan que es contraria al derecho de la Unión Europea la normativa nacional que imponga unos requisitos para ejercer una actividad que no estén debidamente justificados aunque esta medida no sea discriminatoria por razón de la nacionalidad.

El TJUE⁶ considera adecuadas las limitaciones a la libertad de establecimiento cuando se cumplan cuatro requisitos: i) que la restricción se aplique sin discriminación por razón de la nacionalidad, ii) que esté justificada por razones imperiosas de interés general, iii) que sea adecuada a la realización del objetivo que se persigue, y iv) que no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho propósito, es decir, que sea proporcional al fin pretendido y no se pueda alcanzar con normas menos rigurosas.

A este respecto es ilustrativa la STJUE 16 de diciembre de 2010 (asunto C-89/2009) en que la Comisión impugna la normativa francesa que solamente permite a los biólogos poseer más del 25% de las sociedades dedicadas a los análisis biomédicos porque impide que los nacionales de otros estados miembros que no sean biólogos se establezcan en Francia. El TJUE argumenta que «*según jurisprudencia reiterada, el artículo 43 CE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los ciudadanos de la Unión, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado*» por lo que «*es preciso recordar que el concepto de «restricción» en el sentido del artículo 43 CE abarca las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque sean indistintamente aplicables, afectan al acceso al mercado de las empresas de otros Estados miembros y obstaculizan así el comercio en el interior de la Unión*» y concluye que la exigencia de la titulación de biólogo constituye una restricción a la libertad de establecimiento. Sin embargo, como se aplica sin discriminación por razón de nacionalidad, es adecuada para garantizar la salud pública que es una razón imperiosa de interés general, no va más allá de lo que resulta necesario para alcanzar el objetivo y «*no ha quedado demostrado que medidas menos restrictivas permitan asegurar, de forma igualmente eficaz, el nivel de protección de la salud pública perseguido*», admite esta restricción de establecimiento.

⁴ Artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE). «DOUE» de 30 de marzo de 2010.

⁵ Entre muchas otras, SSTJUE de 25 de junio de 2009 (asunto C-356/2008); de 16 de diciembre de 2010 (asunto C-89/2009); de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/2013).

⁶ Algunas sentencias antiguas que también lo recogen son SSTJUE de 25 de julio de 1991 (asunto C-288/1989) y de 30 de noviembre de 1995 (asunto C55-1994) y más recientes, SSTJUE de 4 de julio de 2000 (asunto C-424/1997) y de 11 de diciembre de diciembre de 2014 (asunto C-574/2013).

La carga de la prueba de que los requisitos exigidos son necesario para alcanzar el propósito que se persigue y que son proporcionales al fin a que se aspira corresponde a las autoridades competentes del Estado que lo impone⁷. A este respecto, «*el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las aplicables en otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario*»⁸ porque la elección de un sistema de protección diferente no influye en la apreciación de la necesidad y la proporcionalidad⁹.

Por ejemplo, se consideró que se cumplían los requisitos para restringir la libertad de establecimiento al solicitar la titulación de médico para ejercer de curandero puesto que se aplica independientemente de la nacionalidad, se pretende la protección de la salud pública que es una razón imperiosa de interés general y se considera que es el medio adecuado para garantizar el objetivo de protección a la salud, es decir, la exigencia es necesaria y proporcionada¹⁰.

Por el contrario, se ponderó que los requisitos de capacitación de los trabajadores que realizan la manipulación de mercancías en los puertos españoles son contrarios al derecho comunitario porque, aunque perseguía el objetivo legítimo de protección de los trabajadores lo que podía justificar la restricción a la libertad de establecimiento, se podía conseguir el mismo objetivo con normas menos rigurosas¹¹.

Concretando las limitaciones del artículo 49 TFUE, el artículo 16 de la Directiva (UE) 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, prohíbe todas las barreras de entrada que carecen de una justificación objetiva y racional y el artículo 3 de la Directiva (UE) 2005/36/CE relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales define profesión regulada como aquella que, en virtud de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, reserva su ejercicio a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales como estar en posesión de un título profesional.

Uno de los principios fundamentales de la Unión Europea es la libre circulación de personas. Por ello, en el caso de las profesiones reguladas, la autoridad competente de un Estado miembro no puede denegar el acceso a una profesión regulada a un nacional de cualquier Estado miembro alegando habilitación insuficiente cuando este posea la titulación necesaria para ejercer en otro Estado miembro siempre que esta titulación sea, como mínimo, del nivel¹² inmediatamente anterior al exigido en el Estado en que pretende ejercer.

En este sentido, el TJUE¹³ condenó a España por incumplimiento de estas obligaciones al denegar el acceso a la profesión de controlador aéreo a quien poseía la cuali-

⁷ SSTJUE de 15 de marzo de 2007 (asunto C-54/2005) y de 22 de octubre de 2009 (asunto C-438/2008) entre otras.

⁸ STJUE de 16 de diciembre de 2010 (asunto C-89/09) apartado 46.

⁹ En este sentido, SSTJUE de 10 de mayo de 1995 (asunto C-384/1993), la de 21 de octubre de 1999 (asunto C-67/1998) o la de 1 de febrero de 2001 (asunto C-108/1996) por ejemplo.

¹⁰ SSTJUE de 11 de julio de 2002 (asunto C-294/2000).

¹¹ STJUE de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-574/2013).

¹² Los niveles de cualificación se encuentran recogidos en el artículo 11 de la Directiva (UE) 2005/36/CE relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

¹³ STJUE de 16 de octubre de 2008 (asunto C-136/2007).

ficación necesaria en su país de origen, puesto que no es suficiente alegar diferencias en la organización o formación obtenida entre los distintos Estados miembros para denegar el reconocimiento de la cualificación. Si el Estado receptor considera que las diferencias son sustanciales puede exigir medidas compensatorias como pruebas de aptitud adicionales o periodos de prácticas.

Por tanto, conforme a la normativa de la Unión Europea, la restricción al ejercicio de una actividad profesional tiene que estar suficientemente motivado en la salvaguarda de alguna razón de interés general y resultar proporcionado al fin perseguido.

En trasposición de las directivas europeas¹⁴ que establecen limitaciones a la restricción injustificada a la actividad económica y a los monopolios competenciales¹⁵ causados por requerimientos injustificados de una titulación específica, en nuestro ordenamiento interno contamos con la Ley 20/2013 y la Ley 17/2009 que recogen como requisito a la reserva de ley en favor de unos profesionales concretos el respeto a los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación¹⁶.

Los artículo 3 y 5 de la Ley 17/2009¹⁷ recogen que debe motivarse suficientemente en la norma que establezca un determinado régimen de autorización para el ejercicio de una actividad, que este régimen no resulta discriminatorio directa ni indirectamente, que está justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente, o cuando la escasez de recursos naturales o la existencia de inequívocos impedimentos técnicos limiten el número de operadores económicos del mercado, y que sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue.

Esto mismo resulta aplicable cuando la norma reserva una actividad al «*profesional competente*», ya que aunque no se especifiquen en estos casos los requisitos concretos de titulación necesarios para llevar a cabo dicha labor, se busca limitar la realización de esa actividad o servicio a aquellos profesionales que estén debidamente cualificados para desempeñarla. La precisa identificación del individuo capacitado para ejercerla implica una evaluación de idoneidad que debe basarse en la formación otorgada por una titulación específica y en la naturaleza de la actividad que debe realizarse¹⁸.

En resumen, conforme a lo expuesto relativo a la normativa europea, la interpretación de la Comisión Europea y del TJUE, y a la ley 17/2009, considero que el requisito de exigir una titulación concreta para el desempeño de una profesión u oficio

¹⁴ Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior; la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales modificada por la 2013/55/UE; y la Directiva 2018/958 relativa al test de proporcionalidad antes de adoptar nuevas regulaciones de profesiones.

¹⁵ STS de 21 de marzo de 2022 (Rº. 8116/2020, Sala de lo Contencioso).

¹⁶ Esto lo ha recogido recientemente el Tribunal Supremo en la Sentencia 356/2022 de 21 de marzo de 2022 (Rº. 8116/2020, Sala de lo Contencioso). Las sentencias del Alto Tribunal a que referenciamos corresponden la mayoría a la Sala de lo Contencioso-administrativo por lo que, de no ser así, indicaremos la sala que la dictó.

¹⁷ Estos artículos de la ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, son de aplicación a cualquier normativa del ordenamiento jurídico o de las normas de colegios profesionales.

¹⁸ En este sentido, STS 324/2022 de 14 de marzo, Rº. 2470/2019.

debe estar justificado por razones imperiosas de interés general, ser proporcional al fin que se pretende y no ser discriminatorio. En este mismo sentido, el Tribunal Supremo (TS) mantiene que «*aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad*»¹⁹, más en cuanto, algunas ramas de enseñanzas técnicas dotan a sus titulados de un fondo igual de conocimientos técnicos por lo que carece de sentido reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión²⁰.

2.2. Limitaciones en la normativa nacional

El artículo 35 de la Constitución Española (CE) recoge el derecho a la libre elección de profesión u oficio y el artículo 38 CE establece el derecho a la libertad de empresa.

Las limitaciones al empleo pueden conculcar derechos constitucionales como el derecho al trabajo, a la igualdad (art. 14 CE) o a la libertad de empresa (Tarabini-Castellani Aznar, 2010), que solo puede regularse, siguiendo el tenor literal del artículo 53.1 CE y respetando su contenido esencial, mediante ley. Además, la legitimación del establecimiento de limitaciones a estos derechos constitucionales está condicionada a las exigencias de justificación y proporcionalidad²¹.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 22/1981 de 2 de julio de 1981 recoge que el derecho al trabajo tiene una doble vertiente: la individual que engloba el derecho a ocupar un puesto laboral específico si se cumplen los requisitos de capacitación necesarios y el derecho a la permanencia o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa²²; y la vertiente colectiva que conlleva un llamamiento a los poderes públicos para la implementación de políticas de pleno empleo, con el propósito de que el derecho al trabajo de una parte de la población no conlleve la privación del derecho para otra parte de la misma.

En el mismo sentido, en las SSTC 83/1984 de 24 de julio de 1984 y 109/2003 de 5 junio de 2003, se ha matizado que el derecho al trabajo reconocido por el artículo 35.1 CE no es un derecho ilimitado a desarrollar cualquier actividad sino que se configura como el derecho a elegir libremente la profesión u oficio, siendo legítimo condicionar la realización de una actividad a la obtención de una titulación académica o capacidad técnica que faculte para su ejercicio. Por tanto, la doctrina considera que no sería legítima la exigencia de la acreditación de unos conocimientos o titulación académica como limitación cuando dicha formación no habilite para el desarrollo de una profesión concreta sino que solamente acredite un determinado nivel educativo o cultural (Toscani Gimé-

¹⁹ STS 22 de abril de 2009, Rº. 10048/2004.

²⁰ Así lo determina, por ejemplo, la STS 10 de abril de 2006, Rº. 2390/2001 y la STS 25 de abril de 2016, Rº. 2156/2014.

²¹ SSTC 89/1989, 122/1989, 178/1989 y 111/1993 de 25 de marzo, entre otras.

²² Esta definición del derecho al trabajo ha sido recordada por la STC 8/2015 de 22 de enero de 2015.

nez y Alegre Nueno, 2009), pero sí sería conforme a derecho la exigencia de formación con la finalidad de garantizar unos determinados intereses públicos.

Es decir, no es contrario al contenido esencial del derecho al trabajo requerir una formación específica para ejercer determinadas profesiones siempre que esté justificado y sea proporcional a los intereses que se pretenden proteger.

Por su parte, el artículo 17 del ET en su apartado segundo dice que podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado. Este precepto apenas ha sufrido modificaciones a lo largo de los diversos Estatutos de los Trabajadores que han regido nuestro sistema de derecho del trabajo, distando la versión original de la actual simplemente en la exclusión del adverbio «solo» al inicio de la frase, es decir, hasta 1984 el artículo 17.2 rezaba que sólo mediante ley se podían establecer las exclusiones, reservas y preferencias mientras que desde la ley 32/1984, la redacción se ha mantenido invariable.

Este artículo lleva por título «no discriminación en las relaciones laborales» pero, por su redacción genérica, «contempla todo tiempo de tratamiento diferenciado respecto a la libertad de contratación» (Rodríguez Piñero, 1983) aunque por su colocación sistemática se refiera fundamentalmente a la discriminación en el empleo, es decir, el artículo 17.2 se refiere a «regulaciones que establecen diferencias de tratamiento en el momento de la contratación de trabajadores aunque no sean discriminatorias» (Villalón et al., 2003).

Las exclusiones pueden ser por motivos personales o profesionales (Villalón et al., 2014) como, por ejemplo, los requisitos de contar con una determinada titulación para el ejercicio de una profesión que suponen implícitamente la exclusión de aquellos que carezcan de la titulación para el acceso a estos empleos. En otras palabras, dentro de las exclusiones que el artículo 17.2 recoge que se deben establecer por ley, que debe contar con una justificación objetiva y razonable, se encuentra la exigencia de una determinada titulación para ejercer la prestación laboral (Rodríguez Piñero, 1983).

Esta justificación se encuentra en la lucha contra la discriminación pero también en la garantía de la seguridad o del orden público general que justificarían que «determinadas actividades profesionales sean ejercidas exclusivamente por quienes poseen determinadas titulaciones académicas» (Villalón et al., 2003).

En conclusión, las exclusiones, reservas y preferencias al empleo afectan al derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y a la libertad de contratar libremente que forma parte del derecho a la libertad de empresa (38 CE). El artículo 17.2 ET refuerza que solamente pueden recogerse en normas con rango de ley aunque no sean discriminatorias (Villalón et al., 2003) y la ley que las establezca debe contar con una justificación objetiva y razonable.

3. Alcance de la reserva de ley para el ejercicio de determinada profesión del artículo 17.2 ET

En materia laboral, el artículo 17.2 ET es un precepto de derecho necesario absoluto por afectar al orden público laboral (Sala Franco et al., 2001, p. 64), innegociable, por tanto,

por convenio colectivo o por contrato individual, aunque en la interpretación de este precepto la doctrina no es unánime.

Por un lado, se considera que indica una reserva completa y cerrada que inhabilita a la negociación colectiva para realizar exclusiones por razón de titulación o capacidad y también excluye la posibilidad de una regulación por reglamento incluso en desarrollo de la ley (Villalón et al., 2014).

Por otro lado, se argumenta que con la supresión del adverbio «*solo*» al inicio del apartado, la interpretación sistemática del precepto conduce a la flexibilización de la reserva de ley que se convirtió en una habilitación al legislador para establecer limitaciones sin prejuzgar la capacidad de la negociación colectiva. Adicionalmente, interpretando conjuntamente este apartado y el 3 del mismo artículo que autoriza al Gobierno a regular medidas de reserva, duración o preferencia en el empleo con la finalidad de facilitar la colocación de los trabajadores desocupados, se concluye con la exclusión del reglamento para regular la materia (Tarabini-Castellani Aznar, 2010). En otras palabras, la reserva es respecto a la potestad reglamentaria pero no respecto la negociación colectiva.

Ahora bien, ¿cualquier ley puede establecer limitaciones al empleo? En línea con la doctrina (Toscani y Alegre, 2009) que comparto, si las Comunidades Autónomas promulgaran leyes que limitaran el acceso a determinadas profesiones podría darse el caso que, los requisitos para ejercer una misma actividad u oficio variaran dependiendo exclusivamente de la zona geográfica en que se quiera desarrollar la profesión, infringiendo el derecho fundamental de igualdad pues se generarían distinciones artificiosas o arbitrarias entre situación de hecho idénticas²³.

Las Comunidades Autónomas no tienen capacidad normativa originaria en materia laboral como se deriva del artículo 149.1 CE que establece la competencia exclusivamente estatal sobre la legislación laboral, y la promulgación de leyes limitadoras al empleo pone en peligro la uniformidad del ordenamiento jurídico laboral lo que ha sido expresamente prohibido por el Tribunal Supremo²⁴. Por todo ello, en caso de exigirse habilitaciones profesionales distintas en función de la Comunidad Autónoma en que nos encontremos, se considera que estos requisitos solamente podrían ser exigibles en el desarrollo de la actividad por cuenta propia sin repercutir en el ámbito laboral donde se estaría sometido a la legislación estatal (Toscani Giménez, 2012). No obstante, encontramos ejemplos de normas autonómicas que exigen determinadas titulaciones para el desarrollo de ciertas profesiones y que han sido validadas por los tribunales²⁵.

²³ La doctrina del Tribunal Constitucional prohíbe las distinciones artificiosas o arbitrarias entre situación de hecho idénticas (entre otras, STC 83/1984) y en ello se sustenta para limitar la capacidad de regulación de la normativa autonómica.

²⁴ En SSTs 6 de julio y 23 de diciembre de 1996 (Sala de lo Social).

²⁵ Por ejemplo, la STSJ País Vasco (Social) 6 de julio 2004 (R.º. 516/2004) confirma el despido de una trabajadora de un centro privado de educación por carecer de la titulación requerida por el Decreto 297/2002, de 17 de diciembre, por el que se regulan las Escuelas Infantiles para niños y niñas de cero a tres años en la Comunidad Autónoma del País Vasco durante los cursos 2002-2003 y 2003-2004; y, la STSJ Castilla-La Mancha (Social) núm 484/2016 de 15 de abril (R.º. 90/2016) que confirma el despido de un trabajador de

3.1. *Los reglamentos limitadores del derecho al trabajo.*

La doctrina (Rodríguez Piñero, 1983, p. 462; Villalón et al., 2003, p. 250, 2014) es prácticamente unánime al considerar que la reserva de ley del Estatuto de los Trabajadores impide al reglamento adentrarse en el establecimiento de limitaciones, exclusiones y preferencias al empleo. Por lo que, mediante este instrumento no es posible exigir una determinada titulación para el ejercicio de una profesión u oficio.

A esta conclusión se llega porque el artículo 17.2 ET determina literalmente que las limitaciones y exclusiones al empleo deben establecerse por Ley, lo que excluye incluso la posibilidad de desarrollar la ley mediante reglamento. En adición, una interpretación sistemática de este apartado junto con el apartado 3 del mismo artículo que habilita la regulación por el Gobierno de las exclusiones, reservas y preferencias de empleo cuando la finalidad de las mismas sea facilitar la colocación de los trabajadores en situación de desempleo, nos lleva a la conclusión de que el artículo 17.2 ET veta la entrada al reglamento que solamente estará legitimado cuando sea para facilitar el empleo de las personas trabajadoras en el supuesto recogido por el art. 17.3 ET.

Que la limitación a la exigencia de titulación mediante norma reglamentaria esté recogida en el Estatuto de los Trabajadores implica que si una norma reglamentaria exigiera una determinada capacitación oficial, las personas trabajadoras por cuenta propia no podrían realizar la actividad pero sí sería posible su realización por cuenta ajena. Y ello en virtud de que el artículo 17.2 ET es de aplicación a las personas empleadas, por lo que no se les podrán establecer exclusiones para ser contratadas si no es por ley, mientras que los trabajadores autónomos, al disponer de otro régimen jurídico y no estar sometidos al Estatuto de los Trabajadores, les serán aplicables las limitaciones reglamentarias (Toscani y Alegre, 2009).

La ley que establece la necesaria intervención administrativa para ejercer una actividad o el requisito de contar con una determinada titulación, tiene que ponderar las razones de interés general y la proporcionalidad de su implantación. Por lo que, los posteriores actos administrativos que requieran la intervención del profesional competente en cumplimiento de la previsión legal, no están obligados a motivar el interés general, la necesidad y la proporcionalidad de la exigencia²⁶. En el mismo sentido, tampoco cabe exigir la justificación a la disposición que traslade al plano reglamentario las restricciones ya contempladas en la ley²⁷.

una residencia de ancianos de gestión privada por carecer de la titulación requerida por la Orden de 4 de junio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha.

²⁶ STS 1464/2021 de 13 de diciembre de 2021, (Rº. 4486/2019) y STS 324/2022 de 14 de marzo, (Rº. 2470/2019).

²⁷ A este respecto, el Tribunal Supremo en la sentencia 317/2022 de 14 de marzo, (Rº. 1082/2021) declaró que el artículo 8.1, inciso segundo, del decreto 53/2018, de 27 de abril, del Consell de la Generalitat valenciana, por el que se regula la realización del informe de evaluación del edificio de uso residencial de vivienda y su registro autonómico en el ámbito de la Comunidad Valenciana, no vulnera los principios de necesidad y de proporcionalidad recogidos en el artículo 5 de la Ley de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre de Garantía de la Unidad de Mercado, ni el principio de no discriminación previsto en el artículo 3 de la misma

Es conveniente destacar, que la normativa de prevención de riesgos laborales impide, concretamente en el artículo 25.2 LPRL, la contratación de trabajadores para un puesto en que no estén capacitados. Por ello se podría argumentar que, aun cuando la exigencia de contratación esté prevista en una norma reglamentaria y por tanto, sea contraria al artículo 17.2 ET y *a priori* no aplicable a las relaciones con trabajadores por cuenta ajena, conforme a la normativa de prevención de riesgos laborales, cuando el requisito de titulación esté fundamentado en razones de orden público, la persona trabajadora por cuenta ajena que carezca de la titulación requerida no puede ejercer la actividad.

En contra de la interpretación mantenida de que por disposición reglamentaria no es ajustado a derecho establecer limitaciones al empleo y pese a la reserva del artículo 53.1 CE y del art. 17.2 ET, se regulan exigencias de titulación, encontramos ejemplos como el Real Decreto 728/2022²⁸ y el Real Decreto 57/2002²⁹ sobre la titulación requerida para el desarrollo de la actividad del personal aeronáutico y el Real Decreto 919/2006³⁰ que establece la necesidad de licencia administrativa y los requisitos de titulación para ejercer como instalador de gas. En ambos casos, se protegen intereses de orden público como la seguridad y salud pública por lo que, conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, las personas trabajadoras por cuenta ajena deben estar capacitadas para la realización de estas funciones, por ello, indirectamente les son de aplicación los reglamentos mencionados del mismo modo que se aplican para los trabajadores por cuenta propia.

En este sentido, han sido varios los Tribunales Superiores de Justicia que han admitido la legitimación de disposiciones reglamentarias que exigían una determinada titulación o habilitación administrativa para ejercer una actividad. Por ejemplo, el TSJ de Madrid en diversas sentencias³¹ ha denegado la posibilidad de ejercer como profesor de Educación Secundaria y Bachillerato a quienes no contaban con la formación requerida por la Orden de 24 de julio de 1995 por la que se regulan las titulaciones mínimas que deben poseer los Profesores de los centros privados de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato; la STSJ País Vasco (Social) de 6 de julio 2004 (Rº. 516/2004) confirma el despido de una trabajadora de un centro privado por carecer de la titulación

Ley en cuanto transcribe las previsiones contenidas en el artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE).

²⁸ Real Decreto 728/2022, de 6 de septiembre, por el que se establecen las disposiciones complementarias de la normativa europea en materia de títulos y licencias del personal de vuelo de las aeronaves civiles y restricciones operativas por ruido, anteriormente regulado por el Real Decreto 270/2000, de 25 de febrero, por el que se determinan las condiciones para el ejercicio de las funciones del personal de vuelo de las aeronaves civiles y la Resolución de 12 de julio de 2001, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se adoptan los “silabus” de conocimientos teóricos para la obtención de licencias de piloto de transporte de líneas aéreas, piloto comercial, habilitación de vuelo instrumental, piloto privado y transformación de licencias nacionales y validación de licencias extranjeras, todas ellas de aviación.

²⁹ Real Decreto 57/2002, de 18 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Circulación Aérea que regulan las licencias y titulaciones necesarias para el desarrollo de las profesiones del personal aeronáutico.

³⁰ Real Decreto 919/2006, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento técnico de distribución y utilización de combustibles gaseosos y sus instrucciones técnicas complementarias ICG 01 a 11.

³¹ Entre otras, las SSTSJ Madrid (Social) núm. 601/2008 de 6 de octubre, (Rº. 3434/2008); núm. 674/2010 de 17 de junio, (Rº. 318/2009); y, núm. 755/2012 de 9 de octubre, (Rº. 1084/2012).

requerida por el Decreto 297/2002, de 17 de diciembre, por el que se regulan las Escuelas Infantiles para niños y niñas de cero a tres años en la Comunidad Autónoma del País Vasco durante los cursos 2002-2003 y 2003-2004; y, la STSJ de Castilla-La Mancha (Social) núm. 484/2016 de 15 de abril (R.º. 90/2016) confirma el despido de un empleado de una residencia de ancianos de gestión privada por carecer de la titulación requerida por la Orden de 4 de junio de 2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha.

Por el contrario, ya la STC 111/1993 determinó que siendo que no hay ningún interés de orden público recogido en la intermediación inmobiliaria, no es exigible la titulación que por Real Decreto³² se establece como requisito para el ejercicio de la actividad a los trabajadores por cuenta ajena.

En resumen, aunque se considera que la reserva de ley del artículo 53.1 CE y del artículo 17.2 ET implica que las disposiciones reglamentarias no están legitimadas para imponer requisitos de titulación a las personas trabajadoras, por un motivo o por otro, muchas veces los tribunales fallan a favor de aplicar las exigencias de titulación que constan en los reglamentos (incluso cuando estas disposiciones son de carácter autonómico y se podría cuestionar si son acordes al principio de igualdad establecido por la Constitución). A este respecto, es conveniente mencionar que el actuar habitual del orden social se limita a la aplicación de los reglamentos sin entrar a valorar la legitimidad de sus disposiciones como se comprueba en las sentencias mencionadas.

3.2. La reserva de ley y la negociación colectiva

La legitimación de la negociación colectiva para establecer limitaciones al empleo ha sido largamente debatida debido a la particular naturaleza jurídica de los convenios colectivos estatutarios.

Desde el punto de vista constitucional, son numerosas las ocasiones en que mediante convenio colectivo estatutario se han limitado derechos reconocidos en la Constitución sin contar con una previa habilitación legal y para cuya valoración de la legalidad se ha contemplado la motivación objetiva y razonable, sin tomar en consideración la imposibilidad de negociar sobre ello en virtud del artículo 53.1 CE. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional establece que no es posible asimilar las relaciones entre norma delegante y norma delegada a las que se instauran entre ley y convenio, y que la fuerza vinculante de los convenios emana de la propia Constitución porque el mandato a que la ley la garantice del artículo 37.1 CE, no implica que esta venga atribuida por ley³³.

³² En la actualidad, es el Real Decreto 1294/2007, de 28 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos Generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General el que exige una titulación académica concreta para la inscripción en el Colegio Profesional y, por tanto, para llevar a cabo la profesión de Agente de Propiedad Inmobiliaria, exigencia que solamente es aplicable a los trabajadores por cuenta propia.

³³ STC 58/1985, de 30 de abril de 1985.

Que necesariamente tenga que ser la ley la que habilite al convenio colectivo para poder pactar cada una de las cláusulas que limiten derechos reconocidos en la Constitución, vaciaría de contenido a la libertad de negociación³⁴ y por tanto, al derecho de libertad sindical. Por ello, se ha argumentado que, al considerar el Tribunal Constitucional³⁵ que la renuncia al derecho a la huelga mediante convenio colectivo no es una renuncia propiamente dicha al ser temporal y transitoria, por la misma regla, es posible renuncia a cualquier derecho del Título I de la CE en la medida que las renunciaciones son temporales y a cambio de contraprestaciones. Es decir, la reserva de ley del artículo 53.1 CE sería aplicable respecto de los reglamentos, que tienen vetada la regulación de estos derechos pero, cuando haya una justificación objetiva y razonable, los convenios colectivos pueden afectar a estos derechos e incluso establecer la renuncia a los mismos (Tarabini-Castellani Aznar, 2010).

En este sentido y a modo de ejemplo, considerando suficiente con el cumplimiento de los requisitos de justificación objetiva y razonable y de proporcionalidad, se ha aceptado que mediante convenio se establezca una doble escala salarial lo que puede conculcar el derecho a la igualdad (Todolí Signes, 2015, pp. 47-66)³⁶, se establezca la subrogación obligatoria de trabajadores lo que limita el derecho a la libertad de empresa³⁷ e incluso, como ya se ha mencionado, se establezca la renuncia al derecho a huelga³⁸.

Sin embargo, también encontramos supuestos como el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos que se ha admitido solamente mientras había habilitación legal³⁹. Estas cláusulas, al igual que las que puedan establecer la exigencia de una determinada titulación, conculcan el derecho al trabajo y establecen limitaciones al empleo por lo que los argumentos para la necesaria (o no) reserva legal, son de aplicación en ambos supuestos.

Así, a favor de que los Convenios Colectivos no requieran de habilitación legal para establecer este tipo de cláusulas, limitadoras del derecho al trabajo, encontramos que el artículo 85 ET los habilita para regular cuantas materias afecten a las condiciones

³⁴ En este sentido, la STC 58/1985 de 30 de abril de 1985 dice que “*el mandato que el art. 37.1 CE formula a la Ley de garantizar “la fuerza vinculante de los Convenios” no significa que esta fuerza venga atribuida “ex lege”. Antes al contrario, la misma emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los Convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario” y continua afirmando que “no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos o intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva, en contra de la precisión constitucional que la configura como un instrumento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, y contradiría el propio significado del Convenio en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la componen, siendo en ocasiones preciso la limitación de algunos de éstos para la efectiva promoción de aquéllos”.*

³⁵ STC 11/1981, de 8 de abril de 1981.

³⁶ También, por citar una sentencia reciente en la materia, STS núm. 81/2023 de 31 de enero, Rº. 3715/2019 “*el trato diferenciado en el complemento de categoría entre personal sanitario y no sanitario, asociado a la categoría desempeñada, es idóneo, razonable y proporcionado*”.

³⁷ Entre otras, SSTS núm. 338/2016 de 27 de abril, Rº. 336/2015; núm. 438/2016 de 18 de mayo, Rº. 140/2015; y núm. 873/2018 de 27 de septiembre, Rº. 2747/2016.

³⁸ STC 11/1981, de 8 de abril.

³⁹ STS (Social) de 9 de marzo de 2004, Rº. 2319/2003.

de empleo y no existe ninguna norma prohibitiva expresa que impida el establecimiento de estas cláusulas por lo que, siendo una materia deslegalizada, no es necesario autorización expresa por ley.

En adición, aunque el convenio colectivo tiene fuerza vinculante que necesariamente ha de someterse a la ley, su fuerza vinculante, como recoge el artículo 37 CE, deriva directamente de la Constitución. Por tanto, ante la deslegalización de la materia no hay impedimento alguno para que la negociación colectiva pacte cláusulas que restrinjan derechos reconocidos en la Constitución. El objetivo de la reserva de ley es evitar la regulación vía reglamento de los derechos colectivos pero no se encuentra ningún principio en el texto constitucional que limite la competencia de la negociación colectiva al respecto.

Por el contrario, se argumenta que ante la derogación de la habilitación legal se mantiene la prohibición puesto que era esta habilitación la que impedía la vulneración del derecho al trabajo. Asimismo, estas cláusulas suponen una discriminación entre los trabajadores por lo que devendrán nulas al carecer de razón justificativa⁴⁰.

Desde mi punto de vista, en virtud del artículo 17.2 ET, se rechaza la posibilidad de la negociación colectiva de establecer limitaciones y exclusiones por razón de la titulación (Pellicer et al., 2023, p. 346; Villalón et al., 2003, p. 249) y ello con base en los siguientes argumentos:

- i) la literalidad del precepto nos lleva a que es la ley la legitimada para establecer los requisitos de titulación de los trabajadores que ejerzan determinadas profesiones;
- ii) aunque el Tribunal Constitucional circunscribe el derecho al trabajo a los supuestos en que se cuente con la capacitación para ello, por lo que podríamos interpretar que establecer estos requisitos no contraviene el derecho al trabajo, en todo caso, contraviene el derecho a la igualdad cuando no hayan motivos justificativos de esta medida;

⁴⁰ Los argumentos a favor y en contra de admitir las cláusulas de jubilación forzosa una vez derogada la habilitación legal han sido recogidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 (Rº. 2319/2003, Sala de lo Social) que concluye que, ante la falta de habilitación legal, no es posible que la negociación colectiva establezca limitaciones, exclusiones o preferencias al empleo por contravenir el artículo 53.1 CE y el artículo 17.2 ET. Esta conclusión ha sido reiterada en las SSTs de 20 de diciembre de 2004, (Rº. 5728/2003, Sala de lo Social); de 4 de mayo de 2005, (Rº. 1832/2004, Sala de lo Social); y de 19 de octubre de 2005, (Rº. 60/2004, Sala de lo Social) entre otras .

En este sentido, el legislador ha ido incluyendo y derogando la DA 10ª del ET (tanto del vigente como del de 1995) para habilitar o restringir a la negociación colectiva de la posibilidad de establecer cláusulas de jubilación forzosa. La redacción original del ET de 1995 permitía las cláusulas convencionales de jubilación forzosa hasta que el RD 5/2001 de 2 de marzo derogó la habilitación que, posteriormente, fue incluida por la Ley 14/2005, de 1 de julio, estableciendo la Ley 27/2011, de 1 de agosto nuevos requisitos y siendo derogada finalmente por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Por su parte, la redacción original de la DA 10ª del ET de 2015 consideraba nulas y sin efectos este tipo de cláusulas siendo habilitadas posteriormente por el RD-Ley 28/2018 de 28 de diciembre y, finalmente, la Ley 21/2021 de 28 de diciembre estableció nuevos requisitos para su incorporación

- iii) la determinación de la titulación necesaria para ejercer una profesión mediante convenio colectivo hace peligrar la uniformidad del ordenamiento laboral lo que provocaría la discriminación de los trabajadores en función del lugar en que presten servicios puesto que el requisito de acceso al empleo no estaría justificado ni se recibe una contraprestación por ver conculcado el derecho al trabajo;
- iv) los convenios colectivos estatutarios tienen eficacia personal general por lo que si reservan una actividad a una determinada titulación estarán creando monopolios contrarios al derecho de la Unión Europea pues obligan a todos los que se encuentren bajo su ámbito de aplicación aunque no hayan participado en la negociación;
- v) en los supuestos de movilidad funcional de los trabajadores, el Tribunal Supremo diferencia en los casos en que hay un requisito de titulación establecido por ley y aquellos supuestos en que lo establece el Convenio Colectivo. En el primero de los casos, la persona trabajadora no puede realizar las funciones para las que no está capacitada ni siquiera accidentalmente y en el segundo, la persona empleada puede ejercerlas e incluso, percibir la retribución conforme a estas funciones para las que, según el Convenio Colectivo, no está capacitada⁴¹, sin embargo, esta diferenciación no sería tal si el Alto Tribunal entendiera que los Convenios Colectivos están legitimados para establecer limitaciones a la contratación de profesionales en virtud de su titulación;
- vi) en numerosas ocasiones se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la validez de establecer cláusulas de jubilación forzosa mediante Convenio Colectivo y, desde que se derogó la habilitación legal para ello, ha venido resolviendo que no son válidas. Además, el Tribunal Constitucional se ha manifestado diciendo que estas cuestiones pertenecen al ámbito de la ley porque está en juego el derecho al trabajo, por ello, se debe respetar la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos, lo que es competencia exclusiva del Estado, y el

⁴¹ Doctrina sistematizada en la STS núm. 206/2016 de 9 de marzo, (Rº. 3193/2015, Sala de lo Social) que la STS núm. 776/2018 de 17 de julio (Rº. 2672/2017, Sala de lo Social) resume de la siguiente forma “A) Cuando el ejercicio de las funciones de una determinada actividad profesional se encuentra regulado por normas legales de carácter imperativo que para su desempeño exigen una determinada titulación académica, no es posible realizar válidamente, aun temporalmente, las tareas correspondientes sin estar en posesión de la debida titulación, en cuanto la norma imperativa prohíbe el ejercicio profesional si se carece de la misma y su violación puede entrañar un delito de intrusismo. En ese caso los servicios prestados por quien carece de la titulación oficial requerida no generan el derecho al reconocimiento de diferencia retributiva alguna pues la posesión de aquella constituye requisito ineludible de la propia identidad profesional.

B) Cuando la exigencia de título para el acceso a determinadas categorías profesionales viene impuesta por Convenio Colectivo, sin constituir elemento legal necesario y habilitante para el ejercicio de las funciones, la carencia de la titulación convencionalmente prescrita impide el reconocimiento de la categoría superior al trabajador que realiza las funciones inherentes a la misma, pero no puede privarle de la percepción de las retribuciones correspondientes, pues en ese supuesto no es un interés público el que determina la exigencia de la titulación sino el designio de garantizar el nivel formativo que se considera más adecuado para el ejercicio de esa actividad, desprovisto de trascendencia social”.

legislador, en función las circunstancias socio-económicas, puede habilitar o excluir del ámbito de la negociación colectiva estas materias. Es decir, cuando entren en juego el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad, es el Estado quien mediante ley debe habilitar el posible pacto colectivo sobre la materia⁴².

Por todo ello, a mi entender la negociación colectiva no está legitimada para la fijación de la titulación necesaria para el ejercicio de una determinada profesión.

4. Exigencias de titulación en el sector público

4.1. *El requisito de titulación en los pliegos de condiciones*

El órgano de contratación está facultado para exigir en los pliegos de condiciones de un determinado proyecto, que la empresa licitadora cuente con profesionales con determinada titulación encargados de llevar a cabo la actividad.

Conforme a la normativa europea, el órgano de contratación solamente puede establecer requisitos de participación relacionados con la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional. Estos requisitos deben ser apropiados para garantizar la capacidad jurídica y financiera y las competencias técnicas y profesionales necesarias para ejecutar el contrato, y deben estar vinculados al objeto del contrato y ser proporcionales a este. Cumpliendo estas exigencias, el poder adjudicador tiene la libertad de imponer las condiciones que considere oportunas para garantizar que el contrato se ejecuta con un nivel de calidad adecuado, incluso si ello implica establecer estándares de formación más rigurosos que los definidos por la normativa nacional.⁴³

El artículo 90 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) recoge la titulación académica del empresario responsable y de los técnicos encargados de la ejecución del contrato, entre los distintos medios que puede elegir el órgano de contratación para acreditar la solvencia técnica o profesional de los empresarios contratantes. Además, el 76 LCSP prevé que, en adición con los requisitos de solvencia, se exija una determinada titulación a los trabajadores de las empresas licitadoras. Con todo esto, se pretende garantizar que el adjudicatario cuente con los recursos y competencias apropiados para la correcta realización de la actividad o servicio adjudicado.

⁴² Recogido en la STC 8/2015 de 22 de enero de 2015.

⁴³ Así lo ha declarado el TJUE en la Sentencia de 31 de marzo de 2022 (asunto C-195/2021) donde interpreta el artículo 58 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública aplicable a contratos que superen ciertos umbrales económicos aunque el caso que resuelve el TJUE no es de aplicación la Directiva por no alcanzar el umbral mínimo como reconoce el propio tribunal, con la finalidad de dar una respuesta unificadora, reconoce a los órganos adjudicadores gran discrecionalidad para establecer los requisitos en el anuncio de licitación incluso excediendo la exigencia de formación mínima impuesta por la normativa nacional para asegurar que el contrato se ejecute con un adecuado nivel de calidad.

Esta exigencia de una titulación concreta a las personas trabajadoras que van a prestar servicios en el proyecto a licitar se engloba dentro del poder discrecional de la administración. El órgano contratante dispone de margen para determinar la titulación y los requisitos del personal que debe ser asignado al contrato⁴⁴. Sin embargo, este poder de elección no es ilimitado sino que debe ser razonable, estar justificado y ser proporcional al objeto del contrato, como dispone el artículo 76.3 LCSP. La restricción a la facultad de determinación de la titulación que deben ostentar las personas trabajadoras se puede extraer de la propia Ley de Contratos del Sector Público que, en adición con el mencionado artículo 76.3, en su artículo 126.1 establece que las prescripciones técnicas no generarán obstáculos injustificados que puedan limitar la apertura de la contratación pública a la competencia, garantizando el acceso equitativo de los empresarios al proceso de contratación; conforme al artículo 132.1 los órganos de contratación deberán ajustar su comportamiento de acuerdo a los principios de transparencia y proporcionalidad, otorgando un trato igualitario y no discriminatorio a licitadores y candidatos, y; en el artículo 132.3 determina que a lo largo de todo el procedimiento de adjudicación, los órganos de contratación velarán por asegurar la preservación de la libre competencia.

Por tanto, frente al principio de exclusividad y monopolio competencial⁴⁵, tiene que prevalecer el principio de libertad con idoneidad⁴⁶. Los requisitos de solvencia no pueden generar efectos discriminatorios y es necesario la ponderación del principio de maximización de la concurrencia y la adecuada realización de la demanda pública que busca ser cumplida a través del proceso de licitación⁴⁷. Por consiguiente, como regla general, no se debe circunscribir un puesto de trabajo a los trabajadores con un determinado título facultativo, sino que debe quedar abierto a toda titulación que asegure un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con las actividades a desarrollar⁴⁸.

Nuestro ordenamiento jurídico no establece donde debe constar la justificación de la necesidad de la exigencia de titulación y ha sido aceptada cuando tal motivación consta en los pliegos de condiciones y cláusulas administrativas, en la memoria o documentos adjuntos⁴⁹ e incluso en el informe preceptivo que debe acompañar la remisión

⁴⁴ Resolución núm. 160/2011 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Rº. 118/2011.

⁴⁵ Entre otras, la reciente STS 31/2022 de 18 de enero (Rº. 3674/2019).

⁴⁶ El Tribunal Supremo denomina libertad con idoneidad a la existencia de “*una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, que dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido*” (entre muchas otras, SSTS de 19 de noviembre de 2007 (Rº. 100/2005); de 10 de noviembre de 2008, (Rº. 399/2006); de 22 de abril de 2009, (Rº. 10048/2004); de 16 de noviembre de 2017 -Rº. 2343/2015-).

⁴⁷ Resolución núm. 454/2022 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Rº. 590/2022.

⁴⁸ En este sentido, SSTS 324/2022 de 14 de marzo (Rº. 2470/2019) y de 22 de abril de 2009, (Rº. 10048/2004).

⁴⁹ STS de 10 de octubre de 1990.

del expediente tras la interposición del recurso especial de contratación⁵⁰ o cuando deriva de la importancia y envergadura del proyecto a realizar⁵¹.

La exigencia de una concreta titulación para la adjudicación de determinados contratos será inherente a los mismos cuando exista una ley que reserve en exclusiva la realización de la actividad a desarrollar a una titulación concreta como, por ejemplo, la Ley de Ordenación de la Edificación que reserva en exclusiva a los arquitectos la construcción de edificios residenciales⁵².

En consecuencia, cuando exista reserva legal, el órgano contratante debe necesariamente tomarla en consideración pero, cuando no exista tal reserva, tiene que introducir justificación suficiente que avale, razone o motive la elección por la titulación exigida para no incurrir en infracción del principio de libre concurrencia y de no discriminación⁵³. En otras palabras, cuando no se está ante un supuesto de reserva legal, la administración debe evitar que una profesión en particular se convierta en un monopolio porque supondría una limitación a la competencia para aquellas empresas que carecen de profesionales con esa titulación concreta, aunque cuenten con otros cuyas habilidades y capacidades sean igualmente reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico como válidas para llevar a cabo las tareas objeto del contrato. Por ello, en caso de requerirse reservas de actividad, sería más razonable que estuvieran vinculadas a la competencia técnica de los profesionales, la cual no se limita exclusivamente a una titulación universitaria sino que abarca un abanico de formaciones con una base de conocimientos comunes⁵⁴.

Respecto a la impugnación, el orden jurisdiccional social en virtud del artículo 6 de la LOPJ⁵⁵ debe inaplicar los reglamentos o disposiciones contrarias a la Constitución Española. Por ello, a mi modo de ver debería, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, inaplicar las cláusulas de los pliegos de condiciones que exijan injustificadamente una titulación concreta, es decir, cuando no esté debidamente motivada la razonabilidad y proporcionalidad del requisito. A pesar de esto, como norma general el orden social no entra a valorar la validez y eficacia de las exigencias de titulación en los pliegos de condiciones sino que se limita a aplicarlos⁵⁶, lo que es criticable porque conduce a nu-

⁵⁰ Resolución núm. 1017/2019 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, (Rº. 869/2019).

⁵¹ SSTS de 30 de noviembre de 2001, (Rº. 948/1997) y de 25 de enero de 2006, (Rº. 6153/2002): “*dada la complejidad técnica y variedad de elementos inherentes al proyecto y los componentes y obras descritas a realizar, la competencia para esa redacción, debe ser atribuida, en este caso concreto, a la titulación de Ingeniería Superior*”.

⁵² SAN de 17 de julio de 2013, Rº. 363/2011.

⁵³ Resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales núm. 1118/2019, Rº. 922/2019, núm. 240/2021 Rº. 1395/2020. En sentido similar, SAN de 14 de junio de 2023, (Rº. 750/2019).

⁵⁴ SSTS de 22 de abril de 2009 (Rº.10048/2004); y de 25 de abril de 2016 (Rº. 2156/2014 entre otras).

⁵⁵ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁵⁶ En este sentido, la reciente STS núm. 306/2023 de 25 de abril, (Rº. 1931/2022, Sala de lo Social) sin entrar a valorar la validez y eficacia de la exigencia de titulación aplica el nuevo requisito por lo que declara procedente el despido por ineptitud sobrevenida del trabajador pese a que el requisito de titulación no estaba motivado, anteriormente era inexistente y el trabajador acredita una experiencia de cinco años en el mismo puesto.

merosos despidos y finalizaciones de contrato por la falta de una titulación o habilitación que, de haberse impugnado su validez, podría haberse declarado injustificada.

En conclusión, el órgano contratante puede establecer unos requisitos de titulación para los profesionales que intervienen en la licitación pero esta reserva competencial a favor de una titulación en particular no puede ser arbitraria ni limitar la libre competencia sino que debe ser objeto de interpretación restrictiva y estar correctamente justificada salvo que exista una reserva establecida legalmente.

4.2. Titulaciones en las Administraciones Públicas y el sector público: las relaciones de puestos de trabajo (RPT)

Las relaciones de puestos de trabajo conforme las define el artículo 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal de acuerdo con las necesidades de los servicios en las Administraciones Públicas y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto.

Las RPT son expresión de la capacidad de la Administración de autoorganizarse para adecuar los recursos personales y la estructura administrativa a las necesidades prescricionales que se persiguen. Son documentos públicos y deben comprender, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas a que estén adscritos y las características retributivas para su cobertura por los profesionales adecuados. La Administración dispone de un margen de discrecionalidad técnica para confeccionarlas en función de sus necesidades propias y para establecer los requisitos de titulación necesarios para el desempeño de los puestos de trabajo vacantes⁵⁷.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 5 de febrero de 2014⁵⁸ determinó que estos instrumentos tienen naturaleza de acto administrativo con destinatarios plurales e indeterminados.

A las RPT de las Administraciones Públicas les es de aplicación el artículo 76 del EBEP⁵⁹ que establece la titulación requerida para acceder a cada uno de los grupos en

⁵⁷ STS de 29 de enero de 2007 (Rº. 6640/2001, Sala de lo Contencioso).

⁵⁸ STS de 5 de febrero de 2014 (Rº. 2986/2012, Sala de lo Contencioso).

⁵⁹ Artículo 76 EBEP. Grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera.

Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

Grupo A: Dividido en dos Subgrupos, A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.

Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso.

C1: Título de Bachiller o Técnico.

C2: Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

que se clasifica el personal funcionario de carrera. Este artículo también es de aplicación para la cobertura temporal de puestos de trabajo⁶⁰.

Ahora bien, una cuestión recurrente es que para el acceso a los cuerpos del Grupo A se exige estar en posesión del título de grado salvo que la ley exija otro título universitario. Al respecto, en numerosas profesiones reguladas se recoge la exigencia de contar con un título de Máster habilitante para su ejercicio como es el caso por ejemplo, de los abogados, arquitectos e ingenieros. Sin embargo, este requisito de contar con un máster para ejercer la profesión consta en instrumentos normativos que no tienen rango de ley por lo que en numerosas ocasiones se ha planteado si es exigible para el empleo público.

En la actualidad el Tribunal Supremo mantiene la postura de que los niveles de formación que acreditan los títulos universitarios no pueden ser distintos según se trate de acceder al empleo público o del ejercicio privado de la profesión como se desprende de la reciente sentencia núm. 818/2023 de 19 de junio (Rº. 7458/2020, Sala de lo Contencioso). Una interpretación en sentido contrario no sería acorde a los principios que establece el artículo 103 de la Constitución por lo que, a efectos de las exigencias del art. 76 EBEP, es equiparable el título de Grado en ingeniería más el máster, con la titulación de la especialidad correspondiente de las Ingenieras Superiores anteriores al Plan Bolonia⁶¹ y, por tanto, el título de Grado en Ingeniería equivale al título de Ingeniero Técnico anterior.

El artículo 103 de la CE presupone el actuar de la Administración al servicio de los intereses generales lo que implica atribuirle capacidad para organizar y coordinar sus servicios de la forma que estime conforme a los intereses públicos, lo que incluye la especificación de un perfil objetivo en cada puesto ofertado en la RPT y el establecimiento de las titulaciones exigibles.

Respecto a las empresas públicas en la medida que son entidades de derecho privado dependientes de la Administración Pública, también están sujetas a los principios rectores de acceso al empleo público como establece la DA 1ª EBEP⁶².

El requisito de una titulación concreta para el puesto de trabajo procederá solamente cuando esta sea necesaria junto con la exigencia genérica correspondiente al grupo al que

⁶⁰ Para el acceso temporal a las plazas vacantes es necesario estar en posesión de la titulación que establece el artículo 76 EBEP según el cuerpo o escala a que pertenezca ese puesto de trabajo, por ello, la STS núm. 818/2023 de 19 de junio, (Rº. 7458/2020, Sala de lo Contencioso) recuerda que las sentencias del mismo tribunal de 21 de febrero de 2019, (Rº. 416/2016, Sala de lo Contencioso), luego reiterada en la de 21 de junio de 2021 (Rº. 5405/2019, Sala de lo Contencioso), la de 12 de abril de 2021, (Rº. 3477/2019, Sala de lo Contencioso) y más recientemente en la de 17 de mayo de 2023 (Rº. 713/2022, Sala de lo Contencioso) son claras a este respecto.

⁶¹ El Plan Bolonia es el proceso que se inició con la Declaración de Bolonia de 1999 con el objetivo de unificar los sistemas educativos a nivel universitario de los distintos países europeos con la meta final de mejorar la empleabilidad, la movilidad y el reconocimiento de las titulaciones universitarias a nivel europeo.

⁶² Esto lo confirma el Tribunal Supremo en sentencia 1124/2021 de 16 de noviembre, (Rº. 3657/2020, Sala de lo Contencioso) entre otras.

se haya adscrito el puesto⁶³, tiene que ser congruente con las funciones a realizar⁶⁴ y el contenido del puesto de trabajo porque se trata de un requisito funcional no de un requisito corporativo u organizativo⁶⁵. En la clasificación de los puestos de trabajo y en el establecimiento de los requisitos debe operar el principio de adecuación e idoneidad que predica el art. 103.3 CE más que los principios de mérito y capacidad en sentido estricto, por lo que la Administración no tiene la obligación de incluir todas las titulaciones que incluyen la capacitación para la realización de las funciones, aunque sí tiene que explicar las razones por las que opta por unas titulaciones concretas excluyendo toda arbitrariedad de la decisión⁶⁶ porque «no cabe establecer requisitos de titulación injustificados ni exigir una formación técnica que no guarde correspondencia con el contenido o las funciones propias del puesto de trabajo»⁶⁷.

Por tanto, la administración debe cumplir en todo caso el artículo 76 EBEP y tanto esta como las empresas públicas⁶⁸ deben respetar el artículo 55 EBEP relativo a los principios rectores de igualdad, mérito y capacidad para la concreción de los requisitos de titulación exigibles para el acceso de cada uno de los puestos de trabajo. Además, en el caso de las profesiones reguladas, los requisitos de titulación deben de ser, al menos, los mismos que para el ejercicio privado. Respecto a la necesidad de una concreta titulación, la Administración tiene margen de discrecionalidad pero debe justificar la inclinación por una titulación en concreto y la exclusión de otras, así, esta motivación debe ser conforme a las características y funciones asignadas a los puestos creados porque, cuando no lo exija la naturaleza del puesto de trabajo, la tendencia es a admitir todas las titulaciones que amparen un nivel de conocimientos técnicos suficientes, es decir, contraria la exclusividad y al monopolio competencial.

5. El requisito de titulación en la subrogación de trabajadores. Especial mención a los pliegos administrativos

La subrogación de los contratos de las personas trabajadoras puede ser legal o convencional, según sea de aplicación el artículo 44 del ET relativo a la sucesión de empresas o la normativa del convenio colectivo respecto a subrogación. Es de destacar que ante la

⁶³ SSTs de 16 de abril de 2007, (Rº. 1961/2002, Sala de lo Contencioso), de 31 de octubre de 2009, (Rº. 352/2006, Sala de lo Contencioso): «entre las características esenciales del puesto que deben figurar en las relaciones de puestos de trabajo se incluyen la titulación académica y formación específica necesarias (artículo 2º de la Orden de 2 de diciembre de 1988), precisando luego en la Orden de 6 de diciembre de 1989 que la indicación sobre titulación académica específica procederá sólo cuando ésta sea necesaria además de la titulación genérica correspondiente al grupo al que se haya adscrito el puesto; y tal necesidad vendrá dada cuando se deduzca objetivamente de la índole de las funciones a desempeñar o de la aplicación de normativa reglamentaria (artículo 10 de la Orden de 6 de diciembre de 1989)»

⁶⁴ Ya lo determinó en ese sentido la STS de 12 de mayo de 1995.

⁶⁵ En este sentido, la STS de 14 de abril de 2011, (Rº. 2273/1009, Sala de lo Contencioso).

⁶⁶ STS de 27 de enero de 2010, (Rº. 2589/2006, Sala de lo Contencioso).

⁶⁷ STS de 16 de abril de 2007, (Rº. 1961/2002, Sala de lo Contencioso).

⁶⁸ STS 1124/2021 de 16 de noviembre, (Rº. 3657/2020, Sala de lo Contencioso), que reconoce que a TRAGSA le son de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad.

reversión de servicios públicos, lo que en el ámbito local se conoce como remunicipalización, en muchas ocasiones se dan los requisitos de la sucesión legal de empresa y, cuando la Administración recupere la gestión directa de servicios públicos que venía realizando una empresa externa, debe proceder a incorporar a las personas trabajadoras de esta. Esta sucesión obligatoria de los trabajadores de una empresa a otra o a la administración pública es controvertida cuando alguno de los trabajadores de la anterior empresa carece de la titulación necesaria para la realización de sus funciones.

En un inicio, los tribunales estimaban que la subrogación debía de operar en cualquier caso puesto que la transmisión se realizaba en bloque independientemente de las condiciones personales de cada persona trabajadora por lo que el nuevo contratista o la propia administración pública, debía instar *a posteriori* la nulidad de esos contratos o acudir al despido por ineptitud sobrevenida de los trabajadores que no cumplieran con los requisitos exigidos (Rodrigo Sanbartolomé, 2021, pp. 17-45).

Posteriormente, el Tribunal Supremo unificó doctrina⁶⁹ declarando que el cumplimiento de los requisitos de titulación o autorización administrativa son elementos esenciales de la contratación de las personas trabajadoras sobre las que va a operar la subrogación por lo que la nueva adjudicataria o la administración en los casos de reversión de servicios públicos, no puede verse obligada a tener en su empresa a personas empleadas que no puedan realizar la actividad para la que fueron contratadas⁷⁰. Fundamenta esta interpretación en que la finalidad de las cláusulas de subrogación es la estabilidad del empleo y dicha finalidad no puede suponer blindar la posición de personas trabajadoras en empleos para los que no están habilitadas (Perea Montes, 2012).

Por tanto, en los supuestos en que la nueva adjudicataria, contratista o administración tenga conocimiento de que alguna de las personas trabajadoras de la empresa anterior sobre las que tiene que subrogarse carecen de la titulación o autorización administrativa necesaria o requerida para el desarrollo de su actividad, no tiene la obligación de subrogarse sobre estas siendo la empresa saliente la que debe asumir los costes del despido de estas trabajadoras⁷¹. En el supuesto que conozca la ineptitud de las mismas una vez llevada a cabo la subrogación, podrá proceder al despido por ineptitud aun cuando, como ha declarado el Tribunal Supremo, conste que en su plantilla originaria ya había personas trabajadoras que adolecían de la misma ineptitud puesto que no puede imponérsele que continúe operando de forma carente de acomodo legal⁷².

⁶⁹ Al respecto, SSTS de 28 de septiembre de 2011, (Rº. 4376/2010, Sala de lo Social); 27 de junio de 2012, (Rº. 3196/2011, Sala de lo Social); 2 de julio de 2012, (Rº. 2626/2011, Sala de lo Social); 16 de julio de 2013, (Rº. 2239/2012, Sala de lo Social); y 25 de febrero de 2014, (Rº. 4374/2011, Sala de lo Social).

⁷⁰ En este sentido la STSJ Madrid núm 533/2011 de 20 de julio Rº. 699/2011 determina que la nueva adjudicataria del servicio no tiene obligación de subrogar a la trabajadora que carecía de titulación porque su contrato es nulo desde el inicio al haber sido contratada porque la anterior adjudicataria creía que poseía la titulación adecuada.

⁷¹ SSTS de 28 de septiembre de 2011, (Rº. 4376/2010, Sala de lo Social) y de 25 de febrero de 2014, (Rº. 4374/2011, Sala de lo Social) entre otras.

⁷² SSTS de 28 de septiembre de 2011, (Rº. 4376/2010, Sala de lo Social) y de 25 de febrero de 2014, (Rº. 4374/2011, Sala de lo Social).

En adición, el Tribunal Supremo en la sentencia de 25 de abril de 2021 (Rº. 1931/2022, Sala de lo Social) ha declarado que los pliegos de condiciones administrativas pueden exigir que las personas empleadas de la nueva adjudicataria posean una determinada titulación aunque no lo requirieran con anterioridad. De esta forma, cuando el convenio colectivo o por aplicación del art. 44 ET la entidad receptora esté obligada a subrogarse en las relaciones laborales puede encontrarse con que alguno de los trabajadores de la anterior, no pueda seguir prestando servicios en esa concreta adjudicación. Ahora bien, como ya se ha argumentado, estos requisitos deberían de tener una justificación objetiva y razonable y no provenir de la voluntad arbitraria y discrecional de la entidad licitadora.

El TJUE ha declarado en numerosas ocasiones que las personas trabajadoras objeto de la sucesión no pueden ver rescindido su contrato con motivo del cambio de empresario⁷³. Por ello, puede ser cuestionable que la nueva adjudicataria pueda despedir legalmente a los trabajadores tras la sucesión. Sin embargo, en estos supuestos, de no haberse producido la sucesión los trabajadores hubieran visto rescindido su contrato igualmente porque se han dado una circunstancias sobrevenidas –la exigencia de titulación– que los hace ineptos para el puesto de trabajo.

6. Conclusiones

La exigencia de una determinada titulación académica o habilitación profesional para el ejercicio de una profesión no es ilimitada sino que debe ser necesaria para la consecución de algún interés general. De no ser así nos encontraríamos con trabajadores plenamente capacitados y cualificados para desempeñar un puesto de trabajo que se verían incapaces de acceder a él o incluso, que verían rescindido su contrato tras años de experiencia sin una justificación objetiva. Por lo que necesariamente, tendría que estar plenamente justificado pues conduce a monopolios que afectan a la libre competencia.

La normativa nacional en el artículo 53.1 CE y 17.2 ET establece una reserva de ley a estas limitaciones y la normativa europea exige que para que estas limitaciones sean legítimas, no tienen que ser discriminatorias, deben estar justificadas por motivos de interés general, ser adecuadas para la consecución del objetivo y proporcionales al fin pretendido.

⁷³ El artículo 4.1 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 (anterior artículo 4.1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977) reza que “*El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo*” lo que ha sido interpretado por el TJUE como que “*garantiza la protección de los derechos de los trabajadores contra el despido motivado únicamente por la transmisión de empresa, tanto frente al cedente como frente al cesionario*” en la STJUE de 12 de marzo de 1998, (asunto C-319/94) y en el mismo sentido SSTJUE de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00); de 7 de agosto de 2018 (asunto C-472/16), de 26 de marzo de 2020 (asunto C-344/2018).

La reserva de ley implica que los requisitos de titulación no pueden estar recogidos en una norma de valor reglamentario ni en un convenio colectivo. Sin embargo, son numerosos los supuestos en contra de esta consideración y vemos como reiteradamente se produce el despido de las personas trabajadoras por carecer de la titulación que un reglamento exige para su profesión. En este trabajo se concluye que esto podría fundamentarse en la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales, concretamente el artículo 25.2 LPRL, cuando la limitación al empleo se fundamente en razones de orden público.

Por su parte, en el sector público, los pliegos de condiciones de la contratación pública y las relaciones de puestos de trabajo pueden establecer como nuevo requisito una titulación concreta como recuerda la STS de 5 de febrero de 2014 (Rº. 2986/2012, Sala de lo Contencioso), aunque este requisito debe de estar justificado, ser razonable y proporcional al objeto del contrato o a las funciones del puesto de trabajo, no limitar la libre competencia y no ser discriminatorio.

Pese a las limitaciones impuestas a la exigencia de determinada titulación, es habitual que se proceda al despido de trabajadores porque una norma reglamentaria recoja el requisito de contar con un título académico. Generalmente, el orden social se limita a aplicar las disposiciones sin entrar a valorar su legitimidad pues no se entiende competente para ello. No obstante, en virtud del artículo 6 LOPJ se deben inaplicar los reglamentos y disposiciones contrarias a la Constitución por lo que cuando no estén debidamente motivada la razonabilidad y proporcionalidad de la exigencia, bajo mi punto de vista el orden social tendría que valorar la arbitrariedad del requisito antes de proceder a aplicar la norma reglamentaria o los pliegos de condiciones. En caso contrario, podría darse la situación de que se procediera al despido de una persona trabajadora por carecer de una titulación cuya exigencia conculque el principio de igualdad.

Por último, respecto a la implicación de los requisitos de titulación en el marco de la subrogación de las personas trabajadoras, independientemente de cuál sea el instrumento que imponga la subrogación de trabajadores y el requisito de titulación, siempre que este sea objetivo, esté motivado y se justifique por una razón de interés general, cuando la nueva adjudicataria conozca antes de proceder a la subrogación que alguna de las personas empleadas carece de la titulación exigida para ocupar su puesto, no tiene obligación de subrogarse sobre esta, siendo la empresa saliente quien debe asumir los costes del despido de la persona trabajadora que ha devenido inepta. Por su parte, cuando conozca de la ineptitud de la persona empleada con posterioridad a la subrogación, podrá despedirla por despido objetivo por ineptitud sobrevenida.

7. Bibliografía

BLASCO PELLICER, Á. A. , ALEGRE NUENO, M., GARCÍA RUBIO, M. A., LÓPEZ BALAGUER, M., MOLL NOGUERA, R., NORES TORRES, L. E., RAMOS MORAGUES, F., & TALENS VISCONTI, E. E. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- CRUZ VILLALÓN, J., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., GOERLICH PESET, J. M. MERCADER UGUINA, J. R., ALONSO OLEA GARCÍA, B., ALZAGA RUIZ, I., ARAGÓN GÓMEZ, C., BADIOLA SÁNCHEZ, A. M., BLASCO PELLICER, Á. A., BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, F., FITA ORTEGA, F., GARCÍA ORTEGA, J., GARCÍA RUBIO, M. A., GARCÍA TESTAL, E., GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., GÓMEZ GORDILLO, R., GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., LANTARÓN BARQUÍN, D., LÓPEZ BALAGUER, M., ... DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M. (2014). *Comentarios al Estatuto de los trabajadores*. Lex Nova, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, J., RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO, P., & GÓMEZ GORDILLO, R. *Estatuto de los trabajadores comentado*. Tecnos, 2003.
- GARCÍA CALZADA, J. Requisitos de la formación inicial del profesorado en los centros privados. *Supervisión 21: revista de educación e inspección*, Castilla y León. 68 (Abril), 2023.
- PEREA MONTES, T. El impacto de la falta de habilitación administrativa en la subrogación convencional obligatoria: A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2011. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 28, 13, 2012.
- RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F. A. Cuestiones jurídico-laborales asociadas a la subrogación convencional en las sucesiones de contratas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 455, 2021, 17-45.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. Exclusiones, reservas y preferencias en el empleo. En *El Estatuto de los Trabajadores: Acceso y protección al empleo.: Vol. IV* (pp. 453-472). EDESA, 1983.
- SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, Á. A. , LÓPEZ TERRADA, E., NORES TORRES, L. E., LÓPEZ BALAGUER, M., & FABREGAT MONFORT, G. *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva: El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*. Subdirección General de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. Cláusulas de empleo, reserva de ley y libertad de empresa, En: CAMPS RUIZ, L.M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., SALA FRANCO, T., *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia, Tirant Lo Blanc 2010, 1103-1120.
- TODOLÍ SIGNES, A. El principio de igualdad y las dobles escalas salariales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 383, 2015, 47-66.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D. Las consecuencias de la falta de aptitud: Despido u obligación de adaptar y recolocar. *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 99, 2012, 28-37.
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., & ALEGRE NUENO, M. *El despido por ineptitud del trabajador*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

La doctrina del vínculo. ¿Infringe el derecho de la UE?

The bond doctrine. Does it infringe eu law?

José Luis Goñi Sein*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y S.S.
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0003-4481-9483

Recibido: 1/4/2024

Aceptado: 24/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8741

Resumen: La doctrina casacional sobre la teoría del vínculo viene entendiendo que cuando el consejero o administrador realice cometidos directivos o ejecutivos, se produce una subsunción de la realización laboral en la societaria, haciendo prevalecer la naturaleza mercantil sobre la laboral. Sin embargo, una consolidada doctrina del TJUE no permite excluir, en estos supuestos, la existencia de una relación laboral a los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión. A la luz de la referida jurisprudencia del TJUE, se defiende en este trabajo una reconsideración de la prevalencia sistemática de la relación mercantil sobre la relación laboral, y la aplicación, en su caso, de la teoría del vínculo cuando la persona que preste servicios por cuenta de la sociedad posea el control efectivo de la misma o ejerza una influencia decisiva.

Palabras clave: Administrador, alto cargo directivo, relación laboral, jurisprudencia comunitaria, retribución.

Abstract: This study sets out the doctrine of the Court of Cassation on the theory of the link, according to which when the director or administrator performs managerial or executive duties, there is a subsumption of the labour performance in the corporate performance, with the commercial nature prevailing over the labour nature. However, a consolidated doctrine of the CJEU does not allow the existence of an employment relationship to be excluded, in these cases, for the purposes of the application of EU law. In the light of the aforementioned case law of the CJEU, this paper argues for a reconsideration of the systematic prevalence of the commercial relationship over the employment relationship, and the application, where appropriate, of the theory of the link when the person providing services on behalf of the company has effective control of the company or exercises decisive influence.

Keywords: Administrator, senior manager, employment relationship, community case law, remuneration.

*jose.l.goni@unavarra.es

I. Introducción

La llamada “teoría del vínculo” se aplica en los casos de desempeño simultáneo de actividades propias del órgano de administración de la Sociedad y de prestación de una relación laboral; esto es, cuando en una persona concurre la doble condición de miembro del órgano de administración y personal de alta dirección.

En estos casos surge la cuestión de si puede haber dos relaciones jurídicas la de administrador/ consejero y la de alto cargo directivo, o solo una y, en este último caso, si la relación jurídica prevalente ha de ser la de administrador o consejero.

Por lo general, la jurisprudencia admite una prevalencia de la relación mercantil sobre la relación laboral, por considerar que se pierde entonces la esencia de la ajenidad, es decir, que el cargo de administrador o consejero produce una especie de absorción de las funciones propias de alta dirección.

Pero se trata de analizar esta teoría de la unidad de vínculo a la luz de la cada vez más consolidada jurisprudencia del TJUE sobre concurrencia de actividades de los miembros de los consejos de administración, que no admite la prevalencia a priori de la relación mercantil.

La doctrina del vínculo despliega sus efectos no solo en materia laboral, sino civil y fiscal. Me limitaré a comentar únicamente su proyección al ámbito laboral y sobre la seguridad social, y a hacer una referencia breve a su reflejo en la materia fiscal en cuanto a determinar si las retribuciones percibidas por los administradores constituyen o no una liberalidad deducible.

II. Actividades concurrentes de los consejeros y del personal de alta dirección

La aplicación de la doctrina del vínculo implica, como se ha indicado, la realización simultánea de actividades propias del órgano de administración y de la alta dirección. El ejemplo emblemático lo constituye un administrador de una sociedad que además ha suscrito con ésta un contrato laboral de alta dirección.

Antes de analizar las consecuencias de la realización de las actividades concurrentes, es preciso realizar una breve caracterización de las funciones inherentes a cada una de las condiciones de consejero/administrador y de alto cargo directivo¹.

¹ Sobre la cuestión ampliamente, MARTÍNEZ MORENO, C.: *El personal de alta dirección, concepto y características*, Madrid, CES, 1995; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2000; LIMON LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en el Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2004.

1. Los cargos de consejeros y administradores de sociedades

Es una actividad excluida del ordenamiento jurídico laboral. El art. 1.3 c) ET deja fuera del Estatuto la actividad “*que se limite, pura y simplemente, al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad y siempre que su actividad en la empresa solo comporte la realización de cometidos inherentes a tal cargo*”.

La exclusión se refiere a consejeros que se limitan a realizar las funciones correspondientes a su cargo, bien como consejero pasivo, o bien con funciones ejecutivas bajo la forma de consejero ejecutivo o de consejero delegado, realizando tareas de dirección y gerencia.

Son actividades típicas y específicas de los órganos de administración de las compañías mercantiles las funciones vinculadas a actividades de dirección, gestión, administración y representación de la sociedad.

Los administradores desarrollan su labor como parte integrante del órgano que personifica la sociedad. Actúan la voluntad del ente y, en consecuencia, se entiende que no hay alteridad. De ahí que esas personas o individuos que forman o integran los órganos sociales, estén unidos a la compañía por medio de un vínculo de indudable naturaleza societaria mercantil, y no de carácter laboral².

Su relación se rige por el derecho mercantil, por el derecho de sociedades. No se considera existente la relación laboral, porque quien así actúa lo hace como empresa, en nombre y representación de ésta, formando parte del órgano que opera como representativo de la empresa constituida en forma jurídica de sociedad.

Por todo ello, la resolución de conflictos entre los consejeros/administradores y la sociedad, salvo que concurra una relación laboral común, es competencia del orden jurisdiccional civil.

2. El personal de alta dirección

La relación que une al personal de alta dirección con la compañía es una relación laboral de carácter especial [art. 2. a) ET], que se rige por el RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Se considera “*personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa y relativos a objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad*” (art. 1.2 RD 1382/1985).

² STS nº 1554/1994, de 22 de diciembre: “*esas facultades rectoras, ejecutivas y gestoras corresponden a la propia compañía mercantil, pues son inherentes a su condición de persona jurídica, pero al no tratarse de una persona natural las tiene que llevar a cabo mediante los órganos sociales correspondientes, constituidos generalmente por personas físicas que forman parte integrante de la sociedad; de tal modo que la actuación de estos órganos, es decir de las personas naturales que los componen, es en definitiva la actuación de la propia sociedad*”.

La relación de alto cargo directivo se caracteriza por los siguientes rasgos definitorios³: a) ejercita poderes inherentes a la titularidad de la empresa; b) los poderes han de referirse a los “objetivos generales de la misma, lo que supone que las facultades otorgadas han de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa; c) realiza su actuación “con plena autonomía y responsabilidad”, sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad; d) solo tiene como órgano superior al órgano societario o a la persona que ocupe el puesto del titular de la empresa por lo que no toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo.

Se consideran poderes/funciones propias de alta dirección, entre otros, los siguientes⁴: 1) la representación de la entidad, especialmente en sus aspectos procesal y administrativo; 2) la capacidad para establecer y dirigir la organización y el funcionamiento interiores de la sociedad; 3) la de dirigir y administrar todos los negocios de la sociedad, con actos de disposición patrimonial, como la compra y venta de bienes muebles e inmuebles, la constitución y la extinción de derechos reales, la afectación de bienes con garantías hipotecarias, la capacidad para librar, tomar, aceptar, avalar, intervenir y negociar letras de cambio y los demás documentos de giro; 4) la posibilidad de contratar y despedir personal, fijando sus condiciones de trabajo; 5) la capacidad para realizar operaciones bancarias.

No toda persona que asuma funciones directivas en la empresa puede ser calificada como alto directivo, ya que ha de excluirse a quienes reciban instrucciones de otros órganos delegados de dirección de la entidad empleadora. Los mandos intermedios, aunque ejerzan funciones directivas ordinarias, quedan sometidos al ordenamiento laboral común, pues reciben instrucciones de órganos directivos delegados del titular de la empresa, y constituyen el tercer eslabón de la cadena de mando⁵.

Tanto en el caso de alto cargo directivo como en el de mando intermedio, la competencia objetiva para el conocimiento de los conflictos corresponde al orden jurisdiccional social⁶.

III. Dualidad de relaciones y funciones

Como vengo señalando, para la aplicación de la doctrina del vínculo es preciso que existan dos relaciones jurídicas distintas (una mercantil y otra laboral). Empero no basta con que exista una doble relación jurídica, hace falta, además, que ambas tengan sustantividad propia.

³ SSTs 17 de junio de 1993 y 3 de octubre de 2000 (R. 3918/1999).

⁴ STSJ Madrid de 20 de junio de 2022 (R. 319/2022).

⁵ STS 16 de marzo de 2015, R. 819/2014.

⁶ El artículo 14 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, dispone: “*Los conflictos que surjan entre el personal de alta dirección y las empresas como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en este Real Decreto serán de competencia de los jueces y magistrados del orden jurisdiccional social*”.

Las funciones que constituyen el contenido de ambas relaciones no deben ser las específicas de administración social. Se requiere que la aportación a la sociedad no integre precisamente la prestación de servicios que constituiría el objeto propio del contrato de trabajo⁷. Porque sólo en tal caso puede afirmarse que entre la persona que ocupa el cargo de administrador y la sociedad existen dos relaciones jurídicas distintas.

Ahora bien, no siempre es fácil distinguir entre las funciones de un consejero ejecutivo o administrador y de un alto cargo directivo en régimen asalariado que “*asume poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa ... con plena responsabilidad*” (art. 1.2 RD 1382/1985) por cuanto el contenido de sus funciones puede ser el mismo. Y es que no existe en el ordenamiento español una distinción entre los cometidos inherentes a los órganos de la Administración de las sociedades y los poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, que caracteriza el trabajo de alta dirección⁸.

Por ello, las funciones directivas o gerenciales pueden realizarse indistintamente por los administradores (vínculo mercantil) o por los altos cargos o Directores Generales (vínculo laboral especial). Las funciones del art. 1.2 del RD 1382/1985, se diferencian solo porque el alto directivo está sometido a las instrucciones emanadas de los órganos superiores de gobierno societario o de quien tenga delegadas esas funciones⁹.

En los casos de realización simultánea de actividades del órgano de administración y de la alta dirección, sean o no coincidentes, el problema reside en si es posible la coexistencia o compatibilidad; esto es, si además del régimen mercantil se aplica el régimen laboral correspondiente, o si, por el contrario, cuando la persona se integra en el órgano de administración desaparece la relación de ajenidad y dependencia y, en consecuencia, la relación laboral.

⁷ SSTS 18 de marzo de 1991, R. 1239/1989; 9 de mayo de 1991: “*no realizaba en la sociedad demandada más funciones que las propias de sus cargos societarios, Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado. Consiguientemente, la inexistencia de actividad concurrente lleva consigo el carácter societario de la relación material traída al proceso*”.

⁸ STSJ de Valencia de 14 de diciembre de 2023, R. 2089/2023; STSJ País Vasco de 30 de mayo de 2023, R. 625/2023.

⁹ STS nº 1554/1994, de 22 de diciembre: “*no es posible estimar que todo aquél que realiza funciones de dirección, gestión y representación en una empresa que revista la forma jurídica de sociedad, es necesaria y únicamente un trabajador de la misma, sometido al Derecho laboral, como personal de alta dirección del art. 2.º 1.a) del Estatuto de los Trabajadores . Por el contrario esas actividades y funciones son, como se ha venido reiterando, las típicas y características de los órganos de administración de la compañía, y las personas que forman parte de los mismos están vinculados a ésta por un nexo de clara naturaleza jurídico mercantil. Evidentemente el personal laboral de alta dirección también desarrolla esa clase de actividades, pero es obvio que las facultades para poderlas llevar a cabo las recibe, precisamente, de ese órgano de administración que es al que competen por la propia naturaleza de la institución. Pero aunque unos y otros realicen funciones análogas, la naturaleza jurídica de las relaciones que cada uno de ellos mantiene con la entidad es marcadamente diferente; son muy diversas las razones que fundan y justifican esa diferencia o disparidad, pero entre ellas cabe destacar la circunstancia de que en la relación laboral del personal de alta dirección impera y concurre de forma plena y clara la ajenidad, nota fundamental tipificadora del contrato de trabajo, mientras que la misma no existe, de ningún modo, en la relación jurídica de los miembros de los órganos de administración, ya que éstos, como se ha dicho, son parte integrante de la propia sociedad, es decir la propia persona jurídica titular de la empresa de que se trate*”.

IV. La aplicación de la teoría del vínculo en el ámbito de la relación laboral

La teoría del vínculo conlleva que para calificar la relación como mercantil o laboral, hay que atender a la naturaleza del vínculo –más que a las funciones– y a la posición de la persona que las desarrolla en la organización de la sociedad¹⁰.

1. Prevalencia de la relación mercantil

La jurisprudencia admite que un administrador o consejero pueda tener al mismo tiempo una relación laboral con su empresa, pero solo si es común, o sea para realizar trabajos que podrían calificarse de ordinarios. Solo en caso de relación laboral en régimen de dependencia no calificable de alta dirección se admite el desempeño simultáneo de cargos de la administración de la sociedad y de una relación laboral¹¹.

En cambio, cuando se trata de desempeñar al tiempo el cargo de consejero y trabajos de alta dirección (Gerente, Director general, etc.), los tribunales de lo social utilizan la teoría del vínculo para reconducir esta doble relación a una única que es la relación mercantil¹².

En estos supuestos, se hace predominar la naturaleza mercantil sobre la laboral, porque se considera que siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración, se produce una subsunción de la realización laboral en la societaria, y se pierde la esencia de la ajenidad.

Así, una reiterada jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo viene entendiendo que¹³:

“... en supuestos de desempeño simultáneo de actividades propias del Consejo de administración de la Sociedad, y de alta dirección o gerencia de la empresa, lo que determina la calificación de la relación como mercantil o laboral, no es el contenido de las funciones que se realizan sino la naturaleza de vínculo, por lo que si existe una relación de integración orgánica, en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente o mediante delegación interna, la relación no es laboral, sino mercantil, lo que conlleva a que, como regla general, sólo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, pero no calificables de alta dirección sino como comunes, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral ...”

¹⁰ STS 29 de abril de 1991 y 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2011).

¹¹ STS 28 de septiembre de 2017 (R. 3341/2015); STS 26 de diciembre de 2007 (R. 1652/2006).

¹² STSJ de Valencia de 11 de julio de 2023 (R. 973/2023): “*lo determinante es la naturaleza del vínculo que mantiene con la empresa pues si existe relación de integración orgánica en el campo de la Administración social la relación no será laboral sino mercantil pese al ejercicio de tales funciones de gerencia y dirección pues en todo caso tales funciones obedecerían a personal de alta dirección y sin embargo sólo se puede simultanear un cargo de administración con una relación laboral común en régimen de dependencia*”.

¹³ SSTS (Social) 26 de diciembre de 2007 (R.1652/2006); 9 de diciembre de 2009 (R.1156/2009); 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2011); 20 de noviembre de 2012 (R. 3408/2011); y 8 de septiembre de 2017 (R. 3341/2015).

El TS considera que cuando el “*doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa*”, “*el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de alta dirección*”¹⁴, de forma que el vínculo societario impedirá considerar la vinculación laboral de carácter especial o de alta dirección

Dicho de otra manera, la doctrina jurisprudencial aprecia irrelevante el contrato laboral de alta dirección suscrito, en la medida en que sus funciones se entienden exclusivamente subsumidas en las propias del cargo de administrador¹⁵.

2. Declaración de incompetencia del Orden jurisdiccional social

La doctrina de la teoría del vínculo se aplica, señaladamente, cuando los administradores, tras su cese, reclaman frente a la extinción de la relación laboral que precedió al citado cargo mercantil, o lo han compatibilizado, exigiendo el abono de la indemnización correspondiente al desistimiento del contrato de alta dirección. La cuestión queda centrada en tales supuestos en determinar si concurren una relación laboral o mercantil.

Al considerar que el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración, se niega el carácter laboral de la actividad y, en consecuencia, se declara falta de competencia objetiva, desestimando la acción de despido. La aplicación de la teoría del vínculo comporta casi siempre que el orden jurisdiccional competente para conocer de los conflictos surgidos no sea el orden jurisdiccional social, sino la jurisdicción mercantil.

Así, por ejemplo, resuelve el TS en la sentencia de 9 diciembre 2009 (R. 1156/2009), respecto del cese de miembro del Consejo de Administración que acciona por despido alegando su previa condición de alto cargo. En ella declara: “*el nacimiento del vínculo societario ha supuesto la extinción del previo laboral, con la consiguiente incompetencia de este orden social para resolver las controversias que se susciten entre las partes en litigio. Y no existe en el caso norma colectiva ni pacto individual sobre la posible reanudación de la relación de alto cargo tras el cese como consejero o sobre el mantenimiento, tras dicho cese, del derecho al percibo de la indemnización pactada en el contrato de alto cargo, cuyo contenido y alcance deba ser interpretado por esta Sala.*”.

En la misma línea se pronuncia la sentencia del TSJ de Madrid de 7 de diciembre de 2023 (R. 1111/2023), en un supuesto en que el demandante formaba parte de los Consejos de Administración de las entidades demandadas (como Presidente de los Consejo o como Consejero Delegado) y además era Director General (Alta Dirección). La Sala considera que tal compatibilidad hace que la relación no sea laboral sino mercantil y aprecia la excepción de incompetencia de la jurisdicción social, con reserva de acciones ante la jurisdicción civil.

Solo en contadas ocasiones se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional social. Un caso singular es la STSJ de Madrid 28 de junio de 2005 (R. 5388/2004).

¹⁴ STS 09 de marzo de 2022 (R. 742/2019).

¹⁵ STS 9 de marzo de 2022 (R. 742/2019).

Se refiere a la realización simultánea de actividades: por un lado, de administración de la sociedad, como vocal, secretario del Consejo de Administración y representante de la sociedad integrante del Consejo de Administración, poseyendo el 1% del capital social; y por otro lado, de alta dirección, al tener una función de dirección del negocio real, tomando medidas comerciales y de desarrollo diario, habiéndose pactado en el contrato la dedicación exclusiva. La Sala concede predominio al vínculo laboral al ser la persona que como Director General de la empresa desarrollaba las funciones intrínsecas del día a día en la misma.

Otro supuesto excepcional lo constituye la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 27 de noviembre de 2018 (R.1375/2018), que argumenta, respecto de la existencia de la relación laboral y la competencia del orden jurisdiccional social, el que la participación del demandante en su condición de socio y administrador mancomunado no era determinante y que percibía una cantidad mensual fija por la prestación de su actividad lo que conducía a entender que la relación también era laboral, más allá de su participación social no determinante, no constando además, que se encargase de la representación y superior dirección de la empresa, que lo hacía una tercera persona, bien que fuera consejero mancomunado.

V. La doctrina del TJUE sobre actividades concurrentes

Existe, sin embargo, una consolidada jurisprudencia del TJUE, en el ámbito comunitario europeo, que se opone a que la concurrencia en una misma persona de la condición de miembro del órgano de la administración y ejercicio de función de dirección comporte por sí sola la prevalencia de la relación mercantil sobre la consideración de trabajador de dicha persona a los efectos del Derecho del UE¹⁶. Entiende que el vínculo laboral no desaparece por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador

1. Asunto Danosa

La cuestión relativa a si la relación que le une al administrador con la compañía es de carácter mercantil o también laboral se plantea en el asunto Danosa (TJUE 11 de noviembre de 2010, C-232/09), respecto de la situación de trabajadora embarazada,

¹⁶ Sobre el concepto amplio de trabajador a los efectos pertinentes de Derecho de la Unión vid. NUÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm.170/2023, pp.51 y ss. y RIZZO LORENZO, G (2024): “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *LABOS, Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 5, (1), pp. 185-199; MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho del Unión Europea: A propósito de la laboralización de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nov.-abril 2023, núm. 6, pp. 72 y ss.

administradora única de una sociedad limitada de capital lituano, que había sido cesada mientras se encontraba en estado de gestación.

El TJUE no duda en extender a la trabajadora las reglas sobre protección de las mujeres embarazadas frente al despido que contempla la Directiva 92/85/CEE, 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, porque la administradora no socia mayoritaria era una “trabajadora” que recibía instrucciones de los socios y, por lo tanto, era dependiente. Y ello porque la *“condición de miembro del consejo de dirección de una sociedad de capital no puede excluir por sí sola que la demandante en el litigio principal se halle en una relación de subordinación respecto a dicha sociedad”* (& 47).

Argumenta el TJUE que, si bien no se excluye que los miembros de un órgano directivo de una sociedad, como un consejo de dirección, no estén incluidos en el concepto de trabajador –teniendo en cuenta las funciones específicas que se les encomiendan y el marco y la manera en que se ejercen estas funciones–, no es menos cierto que un miembro de un consejo de este tipo, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte integrante, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de esta sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitaciones, cumple, a primera vista, los requisitos para poder ser calificado de trabajador en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anteriormente citada (& 51).

Advierte el TJUE que lo que procede es *“examinar las condiciones en las que el miembro del consejo 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”* (& 47).

2. Asunto Balkaya

En el asunto Balkaya (TJUE 9 de julio de 2015, C-229/14) se suscita la cuestión de si a los efectos de cómputo de despido colectivo (Dir. 98/59/CE) ha de incluirse en la categoría de empleados a un administrador integrante de la dirección de la sociedad de capital, que ejercía su actividad bajo la dirección y control de otro órgano societario, percibiendo a cambio una retribución. El Sr. Balkaya había sido empleado y, más tarde, administrador de una sociedad limitada e impugnó su despido por no cumplir la empresa un deber de notificación al que venía obligado por tener más de 20 empleados.

El TJUE considera, a efectos de la Directiva, 98/59/CE, que el concepto de «trabajador» debe definirse de acuerdo con criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. En este contexto, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución.

Y recordando la sentencia Danosa reitera “*que un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución, presta servicios a la sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para poder ser calificado de «trabajador» en el sentido del Derecho de la Unión (&39).*”

El TJUE tiene en cuenta que el directivo es nombrado por la junta de socios de la sociedad, la cual puede poner fin a su mandato en todo momento contra la voluntad del directivo. Además, éste, en el ejercicio de su actividad, está sujeto a la dirección y al control de dicho órgano así como, en particular, a las prescripciones y limitaciones que se le imponen a tal efecto. Por añadidura, y sin que este elemento sea determinante por sí solo en este contexto, observa que un directivo como el del asunto principal no posee ninguna participación en la sociedad para la que desempeña sus funciones.

A la vista de ello, concluye el TJUE *que el artículo 1, apartado 1, letra a), de la Directiva 98/59 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o práctica nacional que no tiene en cuenta, en el cálculo del número de trabajadores empleados previsto en esa disposición, a un miembro de la dirección de una sociedad de capital, como el controlado en el asunto principal, que ejerce su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que percibe una retribución a cambio de su actividad y que no posee él mismo ninguna participación en dicha sociedad (&53).*

3. Asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa

El asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa (TJUE 5 de mayo de 2022, C101/21) se refiere a un arquitecto que, siendo director de la empresa, promocionó a presidente del consejo de administración. Cuando la empresa es declarada insolvente, solicita el pago de las prestaciones de garantía salarial establecidas en su estado, conforme a la 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. Tales prestaciones, sin embargo, le fueron denegadas en vía administrativa por no ser trabajador al haber “ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de AA, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de dicha sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con esa sociedad” (& 21).

Según la Ley n.º 118/2000 de la República Checa, una persona que desempeña al mismo tiempo las funciones de director general y de miembro del Consejo de Administración no puede ser calificada de trabajador asalariado, ya que no puede ejercer sus funciones en el marco de una relación de subordinación, de modo que no existe relación laboral entre ese miembro y la mencionada sociedad (&25). Esta norma fue impugnada ante el Tribunal Europeo por considerarse contraria a la normativa europea que regula las indemnizaciones para trabajadores afectados por el cese de una empresa (Directiva

2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario).

El TJUE ha sentenciado que el hecho de desempeñar de forma acumulativa las funciones de director de una sociedad mercantil y de consejero de administración “*no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral, ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado en el sentido de la Directiva 2008/94*” (&36), cuando la persona que dirige la empresa lo hace en virtud de un contrato de trabajo válidamente concertado conforme al Derecho nacional.

En consecuencia, considera que es contrario a la normativa europea (a “los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la 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, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015) “*impedir que una persona que ejerce, en virtud de un contrato de trabajo válido con arreglo al Derecho nacional, de forma acumulativa las funciones de director y de miembro del órgano estatutario de una sociedad mercantil no puede ser calificada de trabajador asalariado, en el sentido de dicha Directiva, y, por lo tanto, no puede disfrutar de las garantías previstas por esa Directiva*” (&50).

4. Asunto Bosworth y Hurley

Pero también el TJUE ha dictado algún pronunciamiento en sentido contrario, atribuyendo valor prevalente al vínculo societario.

En el asunto Bosworth y Hurley (TJUE 11 de abril de 2019, C-603/17) se discute si entre la sociedad y los dos consejeros [*chief executive officer (CEO) y chief financial officer*] existe relación laboral, lo que se descarta al considerar que no puede haber contrato de trabajo, habida cuenta que los Srs. Bosworth y Hurley eran los consejeros de tres sociedades, y estaban vinculados a estas sociedades mediante un contrato de trabajo redactado por ellos mismos o con arreglo a sus propias instrucciones (&29).

El TJUE considera en este supuesto que los dos consejeros ejercían control sobre la persona que los empleaba, así como sobre el lugar y demás condiciones en que estaban ocupados y desempeñando sus tareas. Añadiendo que los mecanismos legales de control que ejercen los accionistas no permiten concluir, por sí mismos, que se pueda constatar la existencia de un nexo de subordinación (&31).

En definitiva, advierte que la suscripción de un contrato entre la sociedad y una persona física que ejerce las funciones de consejero no significa que se pueda calificar esa relación como una relación de trabajo “*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*” (&37).

VI. Implicaciones de la doctrina del TJUE: ¿fin de la doctrina del vínculo?

De la doctrina fijada en las sentencias dictadas en los asuntos Danosa y Balkaya, y refrendada con rotundidad en la última STJUE sobre el asunto República Checa se extraen, al menos, dos consideraciones básicas:

Por un lado, “que un miembro de un consejo de dirección de una sociedad de capital, que, a cambio de una retribución presta servicios a las sociedad que lo ha nombrado y de la que forma parte, que ejerce su actividad bajo la dirección o el control de otro órgano de la sociedad y que puede, en todo momento, ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para ser considerado trabajador en el sentido del Derecho de la Unión”.

Y, por otro lado, que el hecho de desempeñar de forma acumulativa las funciones de director de una sociedad mercantil y de consejero de administración “*no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral, ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado a efectos del Derecho de la UE*”,

Sin embargo, esta doctrina choca frontalmente con la doctrina de la unidad del vínculo consolidada por el órgano de casación social. La teoría del vínculo implica que siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración con independencia de las funciones que realice, siempre que sean directivas, la relación no es laboral sino mercantil y la misma impide al propio tiempo considerar una vinculación laboral de carácter especial¹⁷.

Esta doctrina se ve reflejada en la STS de 9 de marzo de 2022 (R. 742/2019). En ella se declaran como hechos probados:

- a) el demandante en fecha 1 de marzo de 2011, firmó un contrato de prestación de servicios con *Cerquia Technology Logistics SL* por el que aquel se comprometía a prestar sus servicios como asesor económico-financiero y complementarios, fijando una cuota de honorarios de 2.000 € más IVA. En la TGSS, el demandante figura como autónomo desde el 1 de marzo de 2011, sin que conste en modo alguno que se viniese desarrollando en régimen dependencia respecto de la Sociedad. B) El 17 de enero de 2012 se celebró el Consejo de Administración de *Cerquia Technology Logistics*, por el que se otorgaba poder general al actor que fue revocado el 20 de abril de 2015 y otorgado uno nuevo junto con, entre otros, el representante legal de la entidad; siendo nombrado Consejero el 12 de junio de 2015. El demandante, posee el 18% de las participaciones sociales. c) El 30 de agosto de 2017 se acordó la revocación de los poderes otorgados el 20 de abril de 2015, así como la resolución del contrato de prestación de servicios firmado con el demandante y la prohibición de acceso a la sede social y cualquier instalación de almacenaje o auxiliar titularidad de la sociedad, en su condición de directivo al actor, salvo a las reuniones del

¹⁷ SSTS 29 de abril de 1991; 9 de diciembre de 2009 (R. 1156/2009); 24 de mayo de 2011 (R. 1427/2010).

Consejo de Administración y Junta General de la sociedad debidamente convocados, en su condición de Consejero y socio.

Concluye la sentencia que “*la actividad mantenida con tales características de desempeño simultáneo de las funciones propias del Consejo de Administración de la empresa y las de gerencia de la empresa, ha de ser calificada como mercantil al existir una relación de integración orgánica en el campo de la administración social, cuyas facultades se ejercitan directamente*”.

Hemos de preguntarnos si esta doctrina no infringe la doctrina sentada por el TJUE. Entiendo que sí, porque no cabe, a la vista de la doctrina europea expuesta, seguir realizando, por más tiempo, afirmaciones apriorísticas como las que vienen haciendo nuestros tribunales en muchas sentencias, excluyendo casi de plano la relación laboral de una persona siempre que se constate su integración en el órgano de administración de la sociedad, todo ello en virtud de la teoría del vínculo.

La consolidada doctrina europea no admite, como ha tenido ocasión de observar la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de junio de 2023 (R. 6442/2021), que prevalezca *a fortiori* la relación mercantil sobre la consideración de trabajador de dicha persona a los efectos del Derecho de la UE, en determinadas circunstancias que son idénticas a las analizadas en las resoluciones del TJUE.

Conforme a la jurisprudencia del TJUE, el vínculo laboral no se desvanece, ni enerva por absorción del vínculo mercantil en aquello que sea favorable al trabajador. Y, por tanto, cuando una persona reúne a la vez la doble condición de miembro del consejo de administración de la empresa y alto cargo directivo, no debe otorgarse prevalencia a la naturaleza mercantil, porque el carácter laboral de la relación no desaparece.

Se deben eliminar los automatismos que incorpora la teoría del vínculo en el sentido de hacer predominar la naturaleza mercantil por superponerse a la laboral siempre que la persona esté integrada en el órgano de administración de la sociedad, y de impedir que la relación pueda ser laboral, porque también el que puede ser destituido de sus funciones sin limitación alguna, cumple los requisitos para ser considerado trabajador en el sentido de la Directiva.

Como ya se ha señalado, el TJUE tiene declarado, en su sentencia de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C101/21), que la circunstancia de que una persona ejerza por la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano de administración de dicha entidad, no permite por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado a efectos del Derecho de la UE.

De modo que, no cabe negar a un trabajador que, además es miembro del órgano de administración de una compañía, los derechos o protecciones que la normativa comunitaria concede a los trabajadores por el mero hecho de formar parte del órgano de administración ni, consiguientemente, tampoco cabe negar a la empresa que lo contrata, los derechos y protecciones que la normativa concede a un empleador.

No obstante, es preciso puntualizar que la noción de trabajador asalariado derivada de la expuesta doctrina del TJUE, es aplicable a los pertinentes efectos del Derecho de la

Unión. Por tanto, su incidencia directa sobre la norma nacional depende de su vinculación con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Ahora bien, teniendo en cuenta, como indica Núñez Vargas, “la cada día mayor relevancia de la regulación comunitaria, que se expande por todos los sectores del orden laboral”, ha de admitirse que la influencia de la doctrina del TJUE sobre la doctrina casacional del vínculo puede ser decisiva¹⁸.

De todas formas, no es posible concluir que la teoría del vínculo o la prevalencia de la naturaleza mercantil haya quedado completamente arrumbada o superada. Porque en alguno de los pronunciamientos, el TJUE ha reconocido su virtualidad, abriéndose paso la posibilidad de establecer excepciones según las circunstancias de cada situación.

En efecto, siguiendo las indicaciones de la jurisprudencia el TJUE, es necesario examinar y valorar todas las circunstancias en las que el miembro del consejo fue contratado, la naturaleza y alcance de las funciones que se le encomendaron, el marco en que las mismas se ejercen y el control del que es objeto en el seno de la sociedad, así como las condiciones y términos en que puede ser destituido.

Al respecto hay una consideración que debemos reflejar: en la STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa C-101/21 se admite que puede haber dos supuestos excepcionales en los que cabe apreciar la prevalencia del vínculo societario frente al vínculo laboral. El primero de ellos se refiere al supuesto de prácticas abusivas, que lo comentaré en el apartado siguiente a propósito de sus efectos en materia de protección social. El segundo tiene que ver con la influencia decisiva en la gestión de la compañía. Se valora el requisito previsto en el artículo 12, letra c), de la Directiva 2008/94, a saber, que “*los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades*” (& 46), supuesto en el que se admite que el Estado miembro pueda rechazar o reducir la aplicación de la garantía de los créditos salariales a los directivos.

El criterio para determinar la aplicación de la teoría del vínculo podría situarse, por tanto, en el control efectivo que los administradores pueden ejercer en la compañía con independencia de sus funciones. Un control que vendrá determinado fundamentalmente por la participación en el capital social de la empresa [art. 305.2.b) del 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 (LGSS)]¹⁹ y eventualmente, también, como se ha podido ver en el asunto Bosworth y Hurley, por la influencia decisiva que puede ejercer el miembro del órgano de administración cuando está en condiciones de decidir o decide efectivamente los términos del contrato y dispone 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.

En resumen, el TJUE ha cuestionado la doctrina del vínculo como criterio general en lo que atañe a la aplicación de las normas del Derecho del Unión, de forma que el administrador no deja de ser también un trabajador por cuenta ajena, y tan solo cabe

¹⁸ NÚÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, op cit., p.53.

¹⁹ *Ibidem* p. 55.

concebir la prevalencia de la relación mercantil como una excepción cuando se dispone de una influencia decisiva en la gestión de la compañía.

VII. La proyección de la teoría del vínculo sobre la Seguridad Social

La teoría del vínculo despliega también sus efectos en materia de Seguridad Social con relación al encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social de los consejeros, e interesa conocer de qué manera la doctrina del TJUE puede afectar a la conocida doctrina casacional del vínculo.

1. Encuadramiento en la seguridad social de consejeros y administradores

La situación de consejeros y administradores de las sociedades de capital en el sistema de Seguridad Social se halla regulada en el art. 136.2.c) de la LGSS.

A los consejeros y administradores se les declara expresamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social *“como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, ..., siempre que no posean su control en los términos previstos por el art. 305.2.b), cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma”*.

Su inclusión en el campo de aplicación de la Seguridad Social no es plena porque *“(e)stos consejeros y administradores (quedan) excluidos de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial”*.

Según dispone el art. 305.2.b) LGSS, se entiende que *“una persona posee el control efectivo de una sociedad “cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan al menos la mitad del capital social” (50% de las acciones o participaciones).*

Asimismo, se presume *que tiene el control efectivo de la sociedad cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:*

- a) *Que al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado (50% del capital sumando todas las participaciones).*
- b) *Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo (33% del capital social de la empresa).*
- c) *Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad (25% del capital más funciones de dirección y gerencia).*

El mero nombramiento como administrador sin desempeño efectivo de las funciones inherentes a tal condición, no determina el encuadramiento en el sistema de Seguridad Social, ni en el Régimen General, ni en el Régimen de Trabajadores Autónomos.

Los administradores se encuadran en la Seguridad Social en función de tres variables: a) el control efectivo (el porcentaje de participación que tengan en sus empresas); b) las funciones que realicen en ellas (si realiza también funciones de dirección y gerencia); y c) la percepción de la retribución (si es gratuito o tiene carácter retribuido).

1.1. Administradores con control efectivo

Cuando el administrador es socio y posee control efectivo en los términos del art. 305.2.b) LGSS (es decir, alcanza los porcentajes de participación indicados más arriba), no puede estar incluido en el Régimen General (ni como asimilado). Su encuadramiento solo será posible en el RETA en los siguientes supuestos²⁰:

- Si el socio administrador ejerce dicho cargo de forma activa, realizando funciones de dirección y gerencia, a cambio de retribución, estará obligatoriamente incluido en el RETA.
- Si es un administrador que ejerce dicho cargo, y realiza funciones de dirección y gerencia por tener, además, relación de alta dirección, a cambio de retribución, estará obligatoriamente incluido en el RETA.
- Si es un administrador que ejerce dicho cargo de forma activa, realizando funciones de dirección y gerencia y no percibe retribución, debe estar igualmente incluido en el RETA, por cuanto se entiende que su cargo es retribuido al obtener dividendos²¹.
- Si el socio administrador ejerce el cargo de forma pasiva y a la vez trabaja para la empresa (por ejemplo, como director financiero) solo deberá cotizar en el RETA.
- Si se trata de administrador pasivo y no realiza, por tanto, funciones de dirección y gerencia, (esto es, se limita solo a convocar juntas y firmar las cuentas), y percibe retribución por el cargo, estará excluido del Sistema de Seguridad Social. Deberá acreditar, no obstante, que otra persona se hace cargo de las tareas de dirección y gerencia.
- Si se trata de administrador pasivo y no ejerce labores de dirección y gerencia, ni percibe retribución, quedará excluido del Sistema de la Seguridad Social.

1.2. Administradores sin control efectivo

Cuando el administrador es un socio que no tiene el control efectivo de la sociedad en los términos del art. 305.2.b) LGSS (es decir, no alcanza los porcentajes de participación indicados más arriba) quedará encuadrado en la Seguridad Social de la siguiente manera:

²⁰ INDICATOR, GRUPO GRANCIS LEFEBVRE: “¿Cómo cotizan los socios y los administradores?”, *LaboralPro*, año I, nº1, oct. 2015, pp. 4-5.

²¹ STS 7 de mayo de 2004 (R. 1683/2003).

- Si el administrador ejerce el cargo de forma activa realizando labores de dirección y gerencia y es retribuido por ello, se incluirá en el Régimen General como asimilado. Solo quedará excluido de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial.
- Si se trata de administrador activo que realiza funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuido por su vinculación simultánea a la sociedad mediante una relación laboral de carácter especial de alta dirección, deberá cotizar en el Régimen General como asimilado.
- Si es un administrador activo que ejerce labores de dirección y gerencia pero no percibe retribución alguna por el cargo, y no realiza otras funciones para la empresa, queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social
- Si se trata de administrador pasivo, es decir, si el desempeño de su cargo de administrador no conlleva realización de funciones de dirección y gerencia, pero es retribuido, se queda fuera del sistema de la Seguridad Social.
- Si es un administrador pasivo que no ejerce funciones de dirección y gerencia y tampoco percibe retribución por el cargo, se queda asimismo fuera del sistema de la Seguridad Social.
- Si se trata de un administrador pasivo, pero si además trabaja para la empresa (por ejemplo, director comercial). En este caso cotizará en el Régimen General ordinario (sin exclusiones)

2. Implicaciones de la doctrina del TJUE

Expuesta la situación de Seguridad Social de consejeros y administradores, procede preguntarse en qué medida la sentencia última del TJUE, asunto Ministerio de Trabajo de la República Checa (TJUE 5 de mayo de 2022, C101/21), incide en el régimen especial de encuadramiento de los administradores en el sistema de la Seguridad Social.

Hemos de recordar que se refiere a un arquitecto que, cuando la empresa es declarada insolvente, solicita el pago de las prestaciones de garantía salarial. Tales prestaciones, sin embargo, le fueron denegadas en vía administrativa por no ser trabajador al haber “ejercido, en el marco de sus funciones de presidente del consejo de administración y de director de AA, una misma y única actividad, a saber, la dirección comercial de dicha sociedad, y que, por tanto, no podía considerarse que estuviera vinculado por una relación laboral con esa sociedad” (&21).

En ella se analiza si la normativa Checa según la cual una persona que desempeña al mismo tiempo las funciones de director general y de miembro del Consejo de Administración no puede ser considerada trabajador, ya que quedan absorbidas las funciones laborales por las de administrador, es adecuada a la 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, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015

El TJUE concluye en su sentencia que tal normativa es contraria a “los artículos 2, apartado 2, y 12, letras a) y c), de la Directiva 2008/94/CE , porque “la circunstancia de que una persona que ejerce la función de director de una sociedad mercantil sea también miembro del órgano estatutario de esta no permite, por sí sola, presumir o excluir la existencia de una relación laboral ni la calificación de dicha persona como trabajador asalariado, en el sentido de la Directiva 2008/94” (& 36).

En ella declara que, si bien es verdad que el art. 12.a) de la Directiva permite a los Estados miembros excluir a determinadas personas de la protección únicamente en casos específicos por constituir una medida necesaria con el fin de evitar abusos (&27), “dicha disposición debe interpretarse de forma restrictiva” (& 40). No puede convertirse en una “una presunción general de existencia de un abuso que no pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular” (§ 43). Otra cosa son los casos en los que “los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades” (& 45).

El caso enjuiciado en la STJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa, C-101/21, guarda bastante semejanza con la situación de determinados administradores en materia de protección social. Como se ha referido anteriormente, los administradores sin control efectivo, tanto cuando ejercen el cargo de forma activa (realizando funciones de dirección y gerencia) y son retribuidos por ello, como cuando ejercen el cargo de administrador activo no siendo retribuidos por ello sino por su condición de trabajador de la empresa, quedan incluidos en el Régimen General como asimilados. La especialidad del encuadramiento implica en tales casos la exclusión “de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial”. No pueden disfrutar de las garantías o prestaciones de que goza cualquier otro trabajador incluido en el Régimen General.

Sin embargo, aplicadas al caso que nos ocupa las argumentaciones del TJUE, no parece que quepa negar a los referidos administradores, por el hecho de formar parte del órgano de administración, los derechos y protecciones que la normativa laboral y de Seguridad Social concede a los incluidos en el Régimen General, en concreto la protección del Fondo de Garantía Salarial. Porque si la justificación para hacer de peor condición a estos administradores reside en que “la presunción implícita de que el trabajador asalariado que, simultáneamente, tenía una participación esencial en la empresa afectada y ejercía una influencia considerable en sus actividades puede, en consecuencia, ser en parte responsable de la insolvencia” (& 46), habría que afirmar, como refiere la STJUE citada, que nada impide que “una presunción general de existencia de un abuso ... pueda ser destruida en función de los elementos característicos de cada caso particular” (& 43). Nótese, además, que en el caso de los administradores aquí considerados carecen de control efectivo, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, de manera que no parece que puedan ejercer una influencia considerable en sus actividades.

De alguna manera, la STJUE de 5 mayo 2022, asunto República Checa, C-101/21, pone en evidencia que el art. 136.2.c) de la LGSS bien pudiera infringir el Derecho de la UE , y que, tal vez, haya que revisar la exclusión de la protección salarial de aque-

llos administradores que a su vez sean también trabajadores, aceptando, como apunta GOERLICH PESET, al menos que puedan acceder a la protección que brinda el sistema de seguridad social, “si no existen trazas de fraude”²².

VIII. La teoría del vínculo en materia fiscal y la doctrina del TJUE sobre de la deducibilidad de las retribuciones

La teoría del vínculo proyecta también sus efectos en el orden fiscal sobre la retribución de los administradores. Hacienda venía negando la deducibilidad de las retribuciones de los administradores con base en la referida teoría del vínculo, dado que considera que las funciones de administrador “absorben” la de dirección o gerencia. Así solo consideraba deducibles dichas retribuciones si, según los estatutos, el cargo de administrador es remunerado.

Sin embargo, la referida sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022, asunto República Checa C-101/21, ha puesto en cuestión la teoría del vínculo como criterio para negar la retribución de administradores.

Ha servido al Tribunal Supremo para defender que las retribuciones satisfechas por funciones directivas deben tratarse de forma separada de las del administrador. Y, en consecuencia, para considerar que son deducibles en el Impuesto de Sociedades de las entidades las retribuciones satisfechas a los trabajadores con contrato laboral de alta dirección que, al mismo tiempo, formen parte de los Consejos de Administración, siempre y cuando correspondan con una prestación de servicios reales y efectivos.

En efecto, el TS (Contencioso administrativo) en la sentencia de 2 de noviembre de 2023 (R. 3940/2022), da por zanjada la cuestión, al oponerse a la pretensión del Abogado del Estado de la no deducibilidad de la retribución satisfecha a los Directores Generales de las sociedades con contrato laboral de alta dirección que al mismo tiempo formen parte como vocales de los Consejos de Administración en la aplicación de la teoría del vínculo, y negar que deba reputarse dicha retribución como una liberalidad.

Afirma el TS que “... estamos en presencia de una retribución por la prestación de unos servicios que son reales, efectivos y no discutidos en el proceso, en virtud de un contrato laboral de alta dirección que, en modo alguno, se solapa con la prestación de servicios que corresponde a la función de vocal del Consejo de Administración de la Sociedad. Estos servicios cuya prestación, como se ha dicho, es real, efectiva y no discutida, cualquiera que sea la naturaleza, no puede ser una liberalidad, una donación. En efecto, como ya ha expuesto esta Sala, sea o no aplicable la llamada doctrina del vínculo —esto es, que la condición de administrador absorba cualquier otra relación de signo laboral, al margen de todas las circunstancias concurrentes—, lo que resulta indiscutible es que la retribución satisfecha al Director General de la sociedad, con contrato laboral de alta dirección, cuyas notas de dependencia y ajenidad no ofrecen dudas, que, al mismo tiempo, forma parte como vocal del Consejo de Administración,

²² GOERLICH PESET, J. M^a: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, *Foro de Labos*, 25/05/2022. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>.

y que, además, no es socio de la socio de la sociedad, no puede calificarse de liberalidad, en ninguno de los posibles sentidos del término...”

Añade que resultaría absurdo que los administradores que, además de llevar a cabo funciones o tareas encomendadas por la empresa, real y efectivamente realizadas y al margen de la función de administrador social, tuvieran que acometer su desempeño de un modo también gratuito o, cuando menos, sin posibilidad para el pagador de deducir el gasto correspondiente, lo cual, llevado al extremo la teoría del vínculo esgrimida por el Abogado del Estado, conduciría a conclusiones absurdas.

En suma, señala la Sala Tercera del TS que nada impide que los administradores de algunas sociedades puedan percibir otras retribuciones por causa distinta de la propia condición de administrador, en este caso, por ser trabajador con contrato laboral de alta dirección, sin restricciones por el tipo de sociedad, de forma que las funciones de alta dirección por las que se le retribuye –en este caso como director general– resultan perfectamente diferenciables de las que corresponden por su mera pertenencia al consejo de administración²³.

IX. Conclusiones

La sentencia del TJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C-101/21) parece haber asestado un duro golpe a la consolidada doctrina casacional de la teoría del vínculo, según la cual prevalece la relación mercantil y no la laboral cuando la persona está integrada en el órgano de administración, siempre que las funciones que realice sean directivas y de gerencia. El TJUE concluye, sin embargo, que no cabe negar a una persona que ejerce la función de director, y sea miembro de órgano de administración de una compañía, los derechos o protecciones que la normativa comunitaria reconoce a los trabajadores, por el mero hecho de formar parte del órgano de administración.

Ello obliga a nuestros tribunales del orden social a reconsiderar la posición apriorística que vienen observando, en contra del sentido y la finalidad de la referida doctrina del TJUE. Los tribunales califican, de forma sistemática, la relación como mercantil impidiendo considerar una vinculación laboral de carácter especial²⁴, pero, conforme a la referida jurisprudencia del TJUE, el vínculo laboral no se desvanece por absorción del vínculo mercantil, por lo que debe ser aplicado en aquello que le sea favorable al trabajador.

Esto tiene implicaciones no solo en el ámbito laboral sino en materia de Seguridad Social con relación a la protección social de los administradores que no poseen el control social que están excluidos de la protección del desempleo y del FOGASA, así como en materia fiscal respecto de la deducibilidad del gasto en que consiste su retribución.

No obstante, no debemos dar por eclipsada completamente la doctrina del vínculo, porque el propio TJUE admite excepciones. En la sentencia TJUE 11 de abril de

²³ Asimismo, la STS (3ª) de 18 de enero de 2024 (R. 4378/2022), siguiendo el criterio de la STS 875/2023, de 27 de junio, y aplicando la doctrina de la STJUE de 5 de mayo de 2022 (asunto República Checa, C-101/21).

²⁴ Así la más reciente del STSJ Madrid de 7 de julio de 2023, R. 809/2023.

2019 (asunto Bosworth y Hurley, C-603/17), ha llegado a excluir la relación laboral por falta de subordinación, en un caso en que los CEO eran quienes redactaron el contrato y controlaban sus propias funciones.

El TJUE considera que se deben “*examinar las condiciones en las que el miembro del consejo fue contratado*”, y valorar “*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*”. Por tanto, la clave de la posible aplicación residual de la teoría del vínculo radica en el alcance de las facultades del interesado y el control de que es objeto en el seno de la sociedad.

En este sentido, podría resultar aplicable la teoría del vínculo y, en consecuencia, calificarse la relación como mercantil y no laboral, cuando la persona integrada en el órgano de administración que ejerce simultáneamente funciones directiva goza de influencia decisiva, esto es, cuando posee el control efectivo de la sociedad.

En cualquier caso, el Tribunal Supremo (Sala Social) haría bien en acoger, como ha hecho la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS en el terreno tributario sobre la deducibilidad de las retribuciones²⁵, la doctrina del TJUE desplegando sus efectos respecto de derechos y garantías previstas por la normativa europea, porque no cabe aceptar la teoría del vínculo como criterio único para negar el carácter laboral a un consejero o administrador que, además tenga un vínculo laboral de directivo con la empresa.

Bibliografía consultada

- DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: *Administradores sociales, altos directivos y socios trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- GOERLICH PESET, J. Ma: “¿Crisis de la «teoría del vínculo»? STJUE de 5 de mayo de 2022”, *Foro de Labos*, 25/05/2022. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2022/05/crisis-de-la-teoria-del-vinculo-stjue-de-5-de-mayo-de-2022/>.
- INDICATOR, GRUPO GRANCIS LEFEBVRE: “¿Cómo cotizan los socios y los administradores?”, *LaboralPro*, año I, nº1, oct. 2015.
- LIMON LUQUE, M.A.: *Administradores y directivos de las sociedades mercantiles capitalistas: su configuración como relación laboral y su encuadramiento en el Seguridad Social*, Cizur Menor, Thomson, Aranzadi, 2004.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: *El personal de alta dirección, concepto y características*, Madrid, CES, 1995.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: “Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho del Unión Europea: A propósito de la laboralización de los administradores y consejeros”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, nov.-abril 2023, núm. 6, pp. 63-88.

²⁵ STS 18 de enero de 2024, R. 4378/2022.

NUÑEZ VARGAS, J.: “La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm.170/2023, pp. 33-59.

RIZZO LORENZO, G (2024): “Un concepto comunitario de trabajador para un derecho europeo del trabajo”, *LABOS, Revista De Derecho Del Trabajo y Protección Social*, 5, (1), pp. 185-199.

El recargo de prestaciones y su laberinto

The benefit surcharge and its labyrinth

José Delgado Ruiz*

*Doctor en Derecho. Profesor Asociado Derecho del Trabajo
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 28/12/2023

Aceptado: 2/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8742

Resumen: Un complejo aroma tiene el recargo de prestaciones de la Seguridad Social, encerrado en su propia naturaleza y en un juego de palabras que no cesa. El deber de seguridad del empresario es concepto elástico que se ajusta a los numerosos factores que intervienen en la producción del daño y sufre graves alteraciones cuando se mezcla con la imprudencia de otro trabajador o de un tercero ajeno al entorno laboral. Para deshacer el enredo de la figura sería necesario separar su origen infractor del verdadero rostro que presenta como prestación singular destinada a prevenir e indemnizar el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.

Palabras clave: Accidente de trabajo, recargo de prestaciones, despido, responsabilidad, imprudencia.

Abstract: A complex aroma has the surcharge of Social Security benefits, enclosed in its own nature and in a play on words that does not cease. The employer's duty of safety is an elastic concept that adjusts to the many factors involved in the production of the damage and undergoes serious alterations when mixed with the recklessness of another worker or a third party outside the work environment. In order to undo the entanglement of the figure, it would be necessary to separate its infringing origin from the true face that it presents as a singular benefit aimed at preventing and compensating accidents at work and occupational diseases.

Keywords: Work accident, benefit surcharge, dismissal, liability, imprudence.

1. Planteamiento de la cuestión

Las sentencias dictadas en suplicación recientemente por nuestros tribunales ponen al descubierto el elástico e inestable concepto de imprudencia profesional en el contexto

*jdelgado@der-pr.uc3m.es

del deber de seguridad del empresario¹. Sobre todo, cuando el accidente de trabajo se produce con la intervención de terceros, sean o no trabajadores de la empresa, que se muestran como objetivo y blanco perfecto para descargar o desviar la responsabilidad en la producción del daño².

Las distintas resoluciones hacen referencia a la línea jurisprudencial que sigue la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2019 (Rº. 508/2017) en un supuesto de accidente de trabajo por electrocución que provoca el despido del jefe de equipo por negligencia, toda vez se había comprometido a crear una zona de seguridad que no llegó a establecerse. Su compañero, a resultas del accidente, sufrió quemaduras en ambas manos, iniciando una situación de incapacidad temporal que, tras un largo peregrinaje procesal, acaba eximiendo de toda responsabilidad a la empresa y privando de recargo al accidentado³.

Aunque evidentemente no vamos a reflexionar sobre este pronunciamiento en particular, se hace necesario partir de los ejes del supuesto que trata, centrados en el reconocimiento inicial de recargo en la prestación de incapacidad temporal por infracción grave del empresario que viene a coincidir con del despido del jefe de equipo, señalado como exclusivo responsable del accidente. La sentencia que dicta el juzgado en primera instancia estima la imposición del aumento, pero es anulada por el Tribunal Superior de Justicia porque la responsabilidad del siniestro se hace recaer en la persona que incumple el protocolo de actuación y no ejecuta la tarea que estaba a su cargo. Dicha conducta se entiende por la Sala de suplicación como una grave imprudencia que antes ya había justificado su despido y viene a romper el nexo causal entre el accidente y la infracción del empresario, sentando con determinación los límites del deber de vigilancia de éste⁴.

Este elástico criterio determina con frecuencia tensiones entre los agentes responsables de la seguridad en la empresa, siendo a menudo independiente la suerte que tome

¹ La dictada por el TSJ de Galicia el pasado 21 de abril de 2023 (Rº. 4973/2022) imputa responsabilidad al empresario en el accidente que sufre el trabajador al atraparse el brazo en una máquina plegadora de chapa metálica, concediendo el aumento de la prestación por no haber adoptado *cuantas medidas son necesarias* para garantizar la seguridad en el trabajo. Y en sentido contrario se sitúa la del TSJ de Andalucía, Granada, de fecha 13 de abril anterior (Rº. 899/2022), que rechaza el recargo por la imprudencia del conductor cometida cuando repara el camión en terreno pendiente y se desbloquea el sistema de frenado causando el accidente.

² El asunto que estudia la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en sentencia del pasado 9 de febrero de 2023 (Rº. 505/2022), parte de la caída de una puerta metálica sobre una trabajadora y que no impide la responsabilidad del recargo de prestaciones pese a estar acreditado que el accidente tuvo lugar por la defectuosa instalación de la misma a cargo de un tercero. La Sala no atiende los argumentos de la empresa recurrente, centrados en ese factor ajeno a la relación de trabajo y, sobre todo, en el propósito de desviar la culpa hacia el encargado que dio la orden a la accidentada.

³ El supuesto de hecho se corresponde con el tratado en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 28 de febrero de 2019 recaído en el recurso para la unificación de doctrina número 508/2017.

⁴ La STS de 30 de junio de 2003 (Rº. 2403/2002) reconoce el recargo por falta de vigilancia en el desempeño de un trabajo con explosivos por la ausencia de técnico o encargado que supervisaran la tarea, entre otras irregularidades. Las actividades peligrosas exigen el máximo rigor en la adopción de medidas preventivas, al objeto de impedir *las distracciones o imprudencias no temerarias que pudieran cometerse* (artículo 15.1.i LPRL), no bastando con ajustarse al requisito formal de la existencia de plan o reglamento específico.

el recargo de prestaciones de la que siga el procedimiento penal contra el autor de los hechos por imprudencia temeraria. Así, la inobservancia del responsable de las medidas de seguridad establecidas por no cortar la tensión de la red o por dar una orden sin comprobar que estaba neutralizada comporta una premisa elemental que sitúa la negligencia en el centro del debate. Y ello al margen del procedimiento abierto por el recargo de prestaciones de la Seguridad Social y de su resultado.

Por tanto, los elementos propios del recargo se incorporan al debate jurídico que produce: primero, la infracción del deber de seguridad, que después se extiende al resultado lesivo que afecta al trabajador, determinante de la prestación de Seguridad Social; y por último, se muestra concluyente en la relación de causalidad entre ambos factores. En este esquema formal se mueve el debate de fondo que ahora examinamos, con un resultado tan peculiar como sorprendente⁵.

2. Los hechos y la infracción

El recargo debe vincularse a una infracción del empresario que implique incumplimiento de su deber de protección y la necesaria vulneración de una regla o la omisión de un compromiso explícito; éste es el presupuesto inexcusable de la sanción. En su nacimiento, pues, se hace precisa la existencia de falta que, entendida como noción vinculada al régimen sancionador, en el orden laboral encuentra su máximo exponente legislativo en el texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto⁶. Por ello la infracción del empresario se alimenta de fuentes inagotables que vienen no sólo a regar los escenarios propios del contrato de contrato sino a inundar cuantos territorios acompañan su recorrido. Y ello es así porque el concepto de *falta*, que aparecía en el artículo 123 del texto refundido de Seguridad Social vigente durante más de veintidós años (y con igual sentido literal sigue en el actual 164), se ha visto desplazado por el más general de *infracción* que contiene la LISOS; su artículo 5 en el apartado primero llega a extender su significado a las *acciones y omisiones de los empresarios contrarias a las normas legales, reglamentarias y convencionales tipificadas y sancionadas conforme a dicha ley*, para en el segundo centrar las referidas en materia de prevención de riesgos laborales sólo al incumplimiento de normas legales, reglamentarias y cláusulas normativas de los convenios colectivos *en materia de seguridad y salud en el trabajo* sujetas a responsabilidad.

⁵ Tal esquema de partida en realidad no resulta ajeno a una institución que, a juicio del profesor Mercader, se ha visto obligada a pagar un alto precio al verse convertida en un *monstruo de tres cabezas* por ser al mismo tiempo sanción, indemnización y prestación social, *naturaleza trina que aparece y desaparece según los casos en el debate judicial* y que a su vez conduce a una compleja e imprevisible respuesta (MERCADER UGUINA, p. 579).

⁶ Obviamente entre sus garantías se encuentran las que el artículo 1.2 del citado texto legal establece: ninguna sanción puede imponerse si con carácter previo no se ha tramitado el oportuno procedimiento administrativo especial, quedando además sometida al filtro que en intensidad y jerarquía imponen la naturaleza del deber infringido y la entidad del derecho afectado, conforme al apartado 3 del citado precepto.

Al hilo de este despliegue conceptual puede entenderse que el recargo exige de una norma concreta y expresa. Esta visión se refuerza en el mismo precepto, que da por existente la infracción cuando se produce cualquier suerte de quebranto normativo en toda su generalidad y amplitud. No cabe, por tanto, incurrir en contradicción cuando de un lado se sostiene no solo que existe *infracción de normas de seguridad* sino que además se perpetra; y por otro, de forma sorprendente, que llegue luego a neutralizarse tan rotunda afirmación con matizaciones restrictivas que terminan por hacerla desaparecer mediante la invocación de una normativa general no infringida por el empresario, dicho sea en términos puramente voluntaristas, y cuya inobservancia se desvía hacia la persona de un tercero. Y ello, aunque medie el criterio en contra de la Inspección de Trabajo entendiendo vulnerado tanto esas disposiciones de carácter general⁷ como otras, de carácter mínimo y específico, en materia de protección de la salud y seguridad de los trabajadores⁸. Pero estas concretas faltas del empresario también pueden desconocerse cuando en el protocolo de actuación se atribuye una tarea preferente a un determinado trabajador que, aunque cualificado y formado, sin embargo obra negligentemente en la ejecución de la misma.

3. El deber general de seguridad

En la lógica del recargo se parte de la existencia de alguna norma de seguridad, concreta o previsible, cuya infracción sea imputable a la empresa. Y a partir de esa premisa la cuestión queda reducida a determinar si hay culpa del empresario infractor y si cabe su exculpación por hecho cometido por un tercero, aunque no sea ajeno a la empresa. Pero no es un tránsito fácil, como vemos a continuación.

Para acometer esta delicada tarea debe considerarse el marco general en el que se mueve la noción de culpa, primero el determinado por la doctrina constitucional⁹ que excluye la responsabilidad objetiva y que al menos la requiere en su expresión mínima, aunque sea levísima, para poder sancionar; después cabe invocar el artículo 5 de la Directiva 89/391 CE que con todo rigor entiende que ni siquiera el error o la imprevisión la excluyen *porque el patrono debe conocer su industria y prever los diferentes riesgos*. A tal punto es relevante la incidencia de este criterio que incluso podría sostenerse que el

⁷ El Anexo 1, punto 1-16, del Real Decreto 1215/1997 incorpora las disposiciones mínimas que deben aplicarse a los equipos de trabajo, siendo que el apartado infringido, conforme al autorizado criterio de la Autoridad de Trabajo, alude literalmente a la adecuación que deben reunir *para proteger a los trabajadores expuestos contra el riesgo de contacto directo o indirecto con la electricidad*.

⁸ Así, en el artículo 2 del RD 614/2001, en relación con el apartado A-1 del Anexo II del mismo. Por ello resulta especialmente llamativa la obligación, absolutamente contundente, de adoptar las medidas necesarias que propicien riesgos para la salud y la seguridad de los trabajadores mediante su oportuna evaluación conforme al artículo 16 de la LPRL; y después porque, dando por sentado que la operación de desconexión corresponde realizarla al trabajador autorizado conforme detalla el Anexo II-A, es manifiesto que tal ejecución ni anula ni puede esconder la última responsabilidad del empresario en el diseño y cumplimiento de su exclusivo deber de protección.

⁹ STC 76/90 de 26 de abril de 1990, entre otras.

deber de cuidado del empresario alcanza la vigilancia exhaustiva de la actuación de los empleados para de este modo prever las imprudencias profesionales, conforme mantiene la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo¹⁰.

En suma, la doctrina sobre la culpa queda enmarcada en el contexto de los accidentes de trabajo que refieren tanto el artículo 96.2 de la vigente Ley de la Jurisdicción Social como la STS de 4 de mayo de 2015 (Rº. 1281/2014), sentando un principio indiscutido en esta materia: el deber de seguridad del empresario sólo cede en los supuestos de temeridad del trabajador y en los supuestos del artículo 1.105 del Código Civil¹¹.

No olvidemos que en la línea de jurisprudencia que venimos comentando se parte abiertamente de considerar si concurre o no culpa del empresario infractor y si puede eximirle de responsabilidad *el hecho culposo de un tercero*, incluido si reviste la condición de compañero de la víctima. Es decir, se califica como *infractor* al empresario y se le atribuye culpa; pero de ésta le libera la que en un tercero se aprecia ¿Y por qué no aplicar un criterio de ponderación o reducción del porcentaje como sucede en el supuesto de concurrencia? Porque con esta decisión está claro qué clase de consecuencias se producen: se deja fuera de toda responsabilidad a la empresa con perjuicio exclusivo de los dos trabajadores, uno sin recargo y el otro sancionado con despido procedente, convirtiendo a este último en chivo expiatorio de un planteamiento de culpabilidad ya superado, favorable a entender el recargo como sanción y no como verdadera prestación de Seguridad Social.

Ello no impide que, conforme al marco contractual, y en aplicación del artículo 1.101 del Código Civil, sea preciso determinar un comportamiento culpable del empresario en relación con los actos de los auxiliares que hayan provocado un daño a otros trabajadores. Pero la exoneración solo puede venir por vía del caso fortuito, la fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima que en los supuestos de riesgo eléctrico resulta, a priori y en términos de estricta honestidad, a todas luces impensable¹². No se trata de imponer al empresario una exigencia de control mediante el conocimiento exhaustivo de cada movimiento de sus trabajadores o la aprobación de cada uno de los actos en que intervienen, llegando a la desmesura, sino sencillamente de supervisar el escenario previendo sus riesgos. Sin duda la aplicación de este modelo, cuasi objetivo de la responsabilidad

¹⁰ No se agota la deuda de seguridad cuando a un menor se le prohíbe el uso de una sierra cortadora y contraviniendo esa orden se accidenta, porque la empresa *viene obligada a la adecuada vigilancia del contenido de sus instrucciones*. En efecto esta doctrina que contiene la referida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, condensada en la sentencia de 3 de marzo de 1998 (recurso de apelación 8809/1992), significa que es preciso ir más allá de la simple declaración, toda vez lo importante es precisamente *cuidar que tengan realidad* con adopción de las medidas precisas para su efectivo cumplimiento.

¹¹ El precepto no deja resquicio alguno para mantener este principio con toda rotundidad: el procesal porque así lo proclama expresamente; y el sustantivo porque el accidente es manifiesto que forma parte de los que pueden considerarse evitables.

¹² En su obra *El escándalo del daño moral* el profesor Luis Díez-Picazo nos aproxima al concepto de *riesgo tolerable* mediante la noción de *riesgo general de vida*, aportándonos un criterio de adecuación muy razonable al caso estudiado, toda vez resulta irrelevante –nos dice con determinación– que el resultado aparezca como previsible o probable (.../...) de manera que *deben quedar excluidas aquellas conductas o condiciones que se corresponden con la regla de la vida*. Es decir, *el actuar dentro del marco del riesgo permitido limita la responsabilidad por imprudencia*.

por hecho ajeno, satisface la reparación del daño sin que en ningún momento pueda hablarse de ruptura del nexo de causalidad. Además, eventualmente, cabe ejercer la acción de repetición del empresario frente a los dependientes por cuyos incumplimientos deba responder a tenor del artículo 1.904 del Código Civil¹³.

No se entiende que una contrata de alta tensión delegue en un operario tan alto grado de responsabilidad asignándole una labor que puede llegar a comprometer su propia vida y la de sus compañeros. Porque al fin y al cabo siempre predominará su condición de mero miembro de un equipo de trabajo y tal encomienda no dejará de evidenciar la falta de medios (o el mero descuido) en la supervisión de una tarea peligrosa¹⁴. Y menos se entiende aún la inmisericorde respuesta de quien puede perder el contrato con una empresa principal que se limita a esconder su responsabilidad tras el escudo de aquélla. El comportamiento de ambas es abiertamente censurable; y la ausencia de respuesta equilibrada, más aún.

La peligrosidad de estas actividades merece mayor prevención y más reproche a las empresas, no a quienes sólo son emisarios y cortafuegos de una mala práctica: la de ahorrar en recursos que impidan el siniestro. Desde un elemental prisma ético y jurídico no cabe aceptar que quien es titular del deber de seguridad termine premiado, sancionado con desmedido rigor quien haya podido causarlo por mera negligencia profesional y, a modo de epílogo lacerante, que la víctima del daño sea privada de su legítimo derecho a incrementar la prestación.

4. La delgada línea entre negligencia y temeridad

La gravedad de la falta determina el porcentaje del recargo, siendo la concurrencia de culpa su principal criterio delimitador. Y en este punto confluyen la impudencia del trabajador y la responsabilidad final del empresario, que resulta excluida por la temeridad de aquel. El problema puede surgir al abordar la calificación de la imprudencia, porque la llamada *profesional*, basada en la confianza que el desempeño del trabajo infunde, también puede ser causa de accidente. Esta modalidad es objeto de protección expresa y cabe su extensión al compañero que causa el accidente.

La imprudencia profesional no puede exonerar al empresario de la responsabilidad por recargo a no ser que se aplique desde una visión restrictiva y sancionadora que

¹³ La sentencia del TSJ de Canarias de 31 de marzo de 2006 (Rº. 221/2003) incorpora este mismo razonamiento al supuesto que estudia: la imprudencia de un compañero del trabajador accidentado que le ocasiona graves lesiones por derribar una instalación metálica que cae sobre el mismo por la manipulación incorrecta de una carretilla autoelevadora. La consecuencia no puede ser mas lógica y concluyente: se impone el recargo de prestaciones porque la responsabilidad de la empresa es clara *por no haber elegido adecuadamente a la persona que tenía que manipular la carretilla autoelevadora, por no formarla debidamente para ello o por falta del preciso control en su uso.*

¹⁴ El artículo 24 de la LPRL dispone en su apartado 3 que las empresas que contraten con otras obras o servicios de su propia actividad y que se desarrollen en sus centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales.

quiebre la relación de causalidad¹⁵. Es, pues, la temeridad concepto cabal y trascendente que no admite ningún resquicio de duda. Cuando es la propia confianza en la tarea, o el simple descuido, el factor que conduce al daño, debe prevalecer la imposición del recargo porque en este punto la ley es rotunda y en su interpretación no caben medias tintas: el artículo 15.4 LPRL obliga a prever incluso las distracciones o imprudencias no temerarias que el trabajador pudiera cometer. Ese *exceso de imprudencia que arrostra peligros* (tal es la definición literal en el Diccionario de la Academia Española) no puede predicarse de quien integra un grupo de trabajo y omite (naturalmente de forma involuntaria) la desconexión de una zona de seguridad para el trabajo de alta tensión, toda vez resulta impensable que haya intención de producir daño a sí mismo o sus compañeros.

Cuando expresamente se sostiene que determinada conducta no llega a ser temeraria, esto es, que *no existe patente menosprecio del riesgo*, resulta inadmisibles dejar fuera de protección a quien no haya asumido *riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves, ajenos al usual comportamiento de las personas*, conforme exige la reiterada jurisprudencia del Alto Tribunal en este punto¹⁶. Así sucede cuando en un grupo de trabajo corresponde al jefe de equipo como *principal misión* la de desconectar la tensión, atribución que no implica necesariamente hacerle responsable del accidente que pueda sufrir un compañero ni tampoco determina un comportamiento temerario¹⁷, máxime si la empresa estaba obligada a elaborar un plan de prevención y evaluación de riesgos conforme a los artículos 14 y 15 LPRL.

La liberación del empresario de toda infracción requiere partir de un presupuesto de dolo y culpa del sujeto infractor como elemento necesario para la imposición de la sanción. Es claro que, conforme queda expuesto, para sancionar se requiere al menos culpa levísima. Así lo requiere la Directiva 89/391 que en su artículo 5¹⁸ sienta que ni siquiera el error o la imprevisión liberan de culpa leve, *porque el patrono debe conocer su*

¹⁵ La relación de causalidad se refuerza cuando en un accidente en alta mar se extiende al trabajador que pierde la vida en un acto encomiable al lanzarse a las aguas para socorrer a compañero que había caído por omisión de medidas de seguridad debido a la defectuosa instalación de barandas protectoras. Así lo entiende la sentencia del TSJ de Galicia de 9 de febrero de 2010 (Rº. 4531/2006) que termina reconociendo el recargo de prestaciones en favor de sus familiares, descartando toda suerte de imprudencia en la tarea de salvamento del fallecido así como la falta de conexión con el accidente laboral origen del fatal desenlace.

¹⁶ Así, entre otras muchas, la STS de 25 de febrero de 2016 (Rº. 846/2014, Sala de lo Social).

¹⁷ La concurrencia de culpas entre la imprudencia no temeraria del trabajador y el incumplimiento de normas básicas de seguridad por parte del empresario no impide ni la infracción ni el consiguiente recargo de prestaciones, conforme lo entiende el TSJ Madrid de 30 marzo de 2012 (Rº. 679/2012). Igualmente es responsable el empresario que, en una obra de instalación de electricidad, no comprueba la retirada de materiales, herramientas y trabajadores en el momento de reposición de la tensión, causando el accidente, conforme declara la STSJ Asturias de 11 mayo de 2012 (Rº. 861/2012).

¹⁸ La responsabilidad del empresario en garantizar la seguridad y salud de los trabajadores queda determinada mediante el artículo 5.1 de la mencionada Directiva que abierta y literalmente dispone tal deber *en todos los aspectos relacionados con el trabajo*. De manera expresa sienta dicho precepto en su apartado 4 que la responsabilidad del empresario podrá excluirse o aminorarse por la concurrencia de *hechos derivados de circunstancias ajenas, anormales o imprevisibles, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de la diligencia desplegada*. La conclusión es tajante: el empresario solo se libera cuando pueda demostrar que ha adoptado todas las *medidas razonablemente viables* con el fin de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores.

industria y prever los diferentes riesgos. Además, este deber empresarial viene corroborado por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Alto Tribunal sobre la materia que así lo resuelve mediante la sentencia de la Sala de lo Social de 30 de junio de 2003 recaída en el recurso 4123/2008¹⁹, en un supuesto de accidente sufrido por un aprendiz al ser arrastrado por la estructura de una instalación que estaba desmontando en altura. Tan elemental aspecto de la responsabilidad por omisión en las medidas de seguridad ha sido puesto de relieve en la sentencia que poco después dicta el Tribunal Superior de Justicia de Madrid con fecha de 4 de junio de 2019 (recurso 708/2018) que impone el recargo solidariamente a las empresas principal y contratista pese a la actitud negligente del trabajador accidentado, al constatarse tanto una manifiesta falta de previsión como la ausencia física del coordinador de seguridad y salud en el lugar del accidente²⁰.

Pero no se trata de hacer comentarios inconexos invocando doctrinas sobre la culpa con referencias genéricas a la responsabilidad civil y sus causas de exclusión. Tampoco cabe aludir a la exigencia de culpa flexibilizada²¹ por la jurisprudencia conforme a los principios de la responsabilidad *cuasi objetiva*, la teoría del riesgo o la inversión en la carga de la prueba, con citas de autoridad como la sentencia del propio Tribunal Supremo de 30 de junio de 2010 (R.º. 4123/2008): el empresario es deudor de seguridad quedando liberado si concurre fuerza mayor o caso fortuito, negligencia exclusiva del trabajador o culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (1.105 CC y 15.4 LPRL). Y ello porque resulta paradójico, aún más, coronar este itinerario argumentativo haciendo alusión al artículo 96.2 de la Ley de la Jurisdicción Social que literalmente y con toda la fuerza expresiva proclama que *no exonera la culpa no temeraria del trabajador*, principio éste que también recoge la sentencia del Alto Tribunal de 4 de mayo de 2015 (R.º. 1281/2014)²². Es decir que, *a sensu contrario*, solo la temeridad del trabajador libera

¹⁹ En este caso el trabajador adolecía de formación adecuada toda vez su tarea habitual era la de almace-nero careciendo de experiencia previa en el desmontaje de estructuras de altura.

²⁰ Es evidente que los requisitos mínimos de seguridad deben ser no solo cumplidos sino supervisados cuando se trata de actividad peligrosa. El Anexo III del Real Decreto 614/2001, sobre riesgo eléctrico, regula los trabajos en tensión y llega a tal punto de exigencia en la prevención que impone que los métodos de trabajo deban prever *tanto los defectos razonablemente posibles de los aparatos como la posibilidad de que se efectúen maniobras erróneas* en la apertura de carga o cierre en cortocircuito, determinando que incluso deben tomarse las precauciones necesarias en los supuestos de retroalimentación intempestiva de la tensión eléctrica.

²¹ A este particular se refieren los profesores García-Perrote y Mercader cuando entienden que la STS de 28 de febrero de 2019 (R.º. 149/2019), objeto de nuestro comentario, viene a construir un criterio de responsabilidad *cuasi-objetiva reforzada*, distinguiendo entre la responsabilidad civil que se contrae por el acto de un empleado de la estrictamente penal y administrativa, cuya sanción requiere en todos los casos la culpa del infractor.

²² Sorprende la cita de esta sentencia, que estudia el accidente por atrapamiento de una máquina que no se detiene al introducir el brazo, determinando una conducta que puede calificarse como imprudencia profesional, que no temeraria. El razonamiento no puede ser más contundente. La empresa no agotó todos los recursos a su alcance ni protegió a la trabajadora frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias, lo que implica el *fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable)*. Y recuerda un aspecto clave: la vigilancia sobre el cumplimiento por parte de los trabajadores de las normas de prevención *no son una mera obligación formal que se cumpla justificando poseer unos detallados planes de seguridad y salud si no se constata que los mismos son eficaz y efectivamente aplicados*.

de responsabilidad *a los deudores de seguridad y a los concurrentes en la producción del resultado lesivo*. Llegados a este punto, cabe preguntar de qué forma, en base a qué título y con qué clase de fundamento se puede negar el recargo de prestaciones cuando incluso se parte de una declaración previa de imprudencia temeraria del jefe de equipo²³.

Este golpe de timón podría mantenerse entendiendo que la garantía de seguridad debe integrar medidas que sean razonables y factibles conforme a la expresión *entorno laboral seguro* que fija el Convenio 155 OIT y la Directiva 89/391/CEE; además, la existencia de culpa sería constatable si se argumenta que la objetivación de responsabilidad podría desmotivar el gasto en prevenir siniestros, conectando la de terceros al deber general del artículo 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que de forma contundente remacha el 96.2 de la ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social. En efecto, es la temeridad el criterio diferenciador.

Lo expresado hasta este punto conduce a una inevitable y forzosa imputación de responsabilidad empresarial; sin embargo, puede saltar la sorpresa si se argumenta primero que, en efecto, la calificación concreta de temeridad no procede hacerse, para seguidamente dejar constancia de un severo reproche a la conducta del tercero que obra con omisión de las más elementales normas de prudencia que deben observarse cuando existe riesgo para la integridad física de otros y propia. Este cuadro, completado con la procedencia del despido sufrido por un compañero, inevitablemente conduce a reforzar e insistir en que sólo la imprudencia temeraria puede liberar al patrono de responsabilidad²⁴. Y aunque se reconozca abiertamente que tal clase de imprudencia no ha existido, siempre puede darse la paradójica excepción de evitar la imposición del recargo a la empresa que tomó las medidas de prevención necesarias y centrar la culpa en la negligencia grave del empleado.

Este intrincado juego de ramificaciones dibuja un tránsito inesperado que nace de la culpa con responsabilidad para, al mismo tiempo y al amparo de igual fundamento legal, ignorar primero toda culpa por falta de vigilancia y conceder después una indemnización por hecho ajeno.

5. El recargo es prestación y tiene naturaleza reparadora

La referida contradicción se sostiene en que la culpa *in vigilando* del artículo 1.903 del Código Civil genera una responsabilidad vicaria que, desprovista de culpa, sólo se extien-

²³ Contrariamente, en la sentencia del Alto Tribunal de 25 de abril de 2018, en el recurso de casación para la unificación de doctrina número 711/2016 y con la misma ponencia, sí se parte de una declaración previa y expresa de temeridad acordada en sentencia firme que se incorpora a las actuaciones produciendo efecto de cosa juzgada a tenor del artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁴ Este principio aparece de forma constante en la doctrina del Tribunal Supremo de la que es muestra relevante la STS número 4595/2010 (Rº. 3516/2009) con ponencia de Aurelio Desdentado, que sienta que incluso concurriendo culpa de la víctima no se rompe el nexo causal y debe determinarse la responsabilidad del empresario, por cuanto *a partir de una generalización de la regla del artículo 1.103 del Código Civil, hay que ponderar las responsabilidades concurrentes moderando en función de ello la indemnización a cargo del agente externo* (MONEREO PÉREZ, J.L. p. 144).

de al acto de otro por no haber controlado debidamente su actividad y que en todo caso podría justificar la reclamación de daños y perjuicios. Para llegar a esta conclusión cabe distinguir entre la responsabilidad civil por el acto de un empleado y la que nace por la comisión de infracciones penales o administrativas, cuya sanción requiere la culpa del infractor. Y esta mención conduce a la vertiente sancionadora del recargo de prestaciones, lo que obliga a entender la responsabilidad de la empresa de forma distinta, más estricta y rigurosa según el ámbito afectado (STC 81/1995)²⁵.

Sin embargo, la dicotomía de planos entre las responsabilidades civil, de una parte, y penal y administrativa, de otra, no es aplicable al recargo de prestaciones de la Seguridad Social²⁶, que como su propio nombre expresa no cabe identificar con sanción alguna al articularse como un mero aumento prestacional. Por eso, contrariamente a lo que sostiene esa línea de jurisprudencia, no procede hacer aplicación de criterio restrictivo alguno ni de buscar a la figura un forzado rigor de tratamiento, contrario a los más elementales principios de protección social²⁷.

Tampoco el Convenio 155 OIT en sus artículos 4-2, 12-A y 16.1 y 2 puede constituirse en el fundamento de tal versión, pues las medidas *razonables y factibles* de que habla la norma internacional deben darse siempre por satisfechas. Pero ello también obliga a realizar un ejercicio de sensatez evitando llevar la obligación a límites de pura fantasía o de imposible cumplimiento. En efecto, *sería diabólico exigir al titular de la empresa el don de la ubicuidad para estar presente en todos los lugares en que se desarrollan actividades de peligro*. Pero más perverso y terrible resulta construir una ficción de conveniencia, a sabiendas de su realidad imposible para huir del escenario y salirse del guión con el argumento, contrario al criterio técnico de la Inspección de Trabajo, de que la empresa en

²⁵ En esta nuclear sentencia se estudia el alcance del concepto *empresario infractor* en lo tocante a las medidas de seguridad, siendo que el Tribunal lo extiende al propietario del poste del tendido eléctrico en que se produce el accidente mortal de un trabajador de la contrata. Deja claro que la responsabilidad en la vigilancia de las medidas de seguridad no solo corresponde al empresario del trabajador sino también al arrendador de la obra o servicio para cuya realización contrató a un tercero con sus propios operarios. No cabe una solución simplista que libere por sistema a la empresa principal para considerar como anclaje de este razonamiento el concepto mismo de culpa extracontractual del 1.902 del CC. Resulta relevante advertir que esta sentencia no entra a pronunciarse *ni tertia en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica* del recargo y solo hace referencia a su componente sancionador por remisión a la STC 158/1985 de 26 de noviembre de 1985, dando a la misma un soporte incidental.

²⁶ REGLERO CAMPOS distingue entre culpa (reproche) y antijuridicidad (juicio de desvaloración). En este marco sitúa el recargo DUQUE GONZÁLEZ cuando establece que hay un espacio para lo objetivo y otro donde sí interviene la culpa para obtener la reparación mediante la indemnización civil (*El recargo de prestaciones como manifestación de la acción de regreso de l Seguridad Social (I)*). Nota 40).

²⁷ La compleja naturaleza de la figura hace que desde la propia judicatura se cuestione la propia institución a partir de la errática y constante postura que vienen adoptando nuestros tribunales, en función de que se adopte una perspectiva u otra; así, para un relevante sector de aquella las soluciones aparentemente contradictorias en que incurre el Alto Tribunal responden al valor y prioridad que se otorgue a cada uno de sus componentes, concluyendo de forma destacada que las vicisitudes propias de la figura comprometen seriamente el principio de seguridad jurídica y que sus cualidades preventivas y reparadores pueden abordarse con eficacia desde otros mecanismos ya existentes que vengán a reforzar el sistema tanto de sanciones como el propiamente resarcitorio por daños y perjuicios (VILLAR DEL MORAL, p. 173).

absoluto ha infringido los Decretos 1215 y 773 del año 1997, sobre equipos de trabajo y medios de protección.

Es manifiesto que tal concepción unitaria del recargo de prestaciones de la Seguridad Social responde a un modelo ya superado, toda vez no distingue los planos, perfectamente diferenciados, de la figura: uno, el origen infractor que con toda evidencia tiñe su partida de bautismo; y otro que, palmariamente también, la distingue y caracteriza como una institución plena y esencialmente reparadora²⁸. La prohibición radical de aseguramiento del recargo, que se recoge en el artículo 164.2 del texto refundido de Seguridad Social, constituye un marco cada vez más cuestionado y decreciente como lo demuestra la posibilidad de asegurar las medidas preventivas del accidente de trabajo. Sin duda aquel impedimento, que curiosamente se estableció por vía reglamentaria en el año 1955 en contra de su original naturaleza resarcitoria, tiene un marcado acento circunstancial en la historia de la institución que se asocia a su rasgo punitivo para lograr del empresario la mejora de condiciones y el cumplimiento de las medidas de seguridad en el trabajo.

Por ello resulta arriesgado comprender y juzgar la figura solo desde su componente sancionador porque el reproche a la conducta del empresario admite una elástica gama de matices que, como queda expuesto, transita desde la exculpación del infractor a la protección de la víctima y desde el rigor disciplinario al simple infortunio²⁹.

Bibliografía

- DÍAZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *El escándalo del daño moral*. Cizur Menor, Aranzadi-Civitas 2008.
- DUQUE GONZÁLEZ, M., *El recargo de prestaciones como manifestación de la acción de regreso de la Seguridad Social: su incardinación en el sistema de protección social y su coordinación con el sistema de responsabilidad civil*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 220 y 221/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2019.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., *Revisitando (una vez más) el recargo de prestaciones*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 241/2021. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2021.

²⁸ La STS de 25 de febrero de 2016 (Rº. 846/2014, Sala de lo Social), recaída en supuesto de sucesión en el recargo a propósito de las prestaciones causadas por asbestosis, deja bien clara su naturaleza y la postura del Alto Tribunal: con remisión a la sentencia de Pleno de 23 de marzo de 2015 (Rº. 20157/2014, Sala de lo Social) se refiere al *definitivo posicionamiento en la materia* que pasa por superar la precedente doctrina mixta para confirmar, *pese a que seguimos manteniendo la existencia de aquella faceta preventivosancionadora en el marco de una naturaleza compleja* por presentar tres finalidades diversas *que deben articular su gestión –reconocimiento, caracteres y garantía– en forma prestacional*. La sentencia y doctrina precedentes ha sido ratificada por la de 18 de mayo del mismo año (Rº. 1042/2014) que mantiene la naturaleza plural del recargo, primando la faceta resarcitoria sobre la preventivo/sancionadora, en cuanto a su transmisibilidad.

²⁹ En el supuesto que estudia la sentencia, también de la Sala de lo Social del Alto Tribunal, de fecha 14 de marzo de 2017 (Rº. 1083/2015), el accidente de trabajo se centra en las consecuencias de una explosión sin advertencia alguna sobre el riesgo de manipulado de la máquina, careciendo ésta de detectores de presión y de válvulas de seguridad, a lo que se unía un incorrecto mantenimiento del aparato.

- LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., *La repercusión de la imprudencia del accidentado en el recargo de prestaciones*. Revista Española de Derecho del Trabajo núm. 206/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2018.
- MERCADER UGUINA, J.R., *El sistema de responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo: un modelo en transición*, en AA.VV. *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria*. Laborum, 2020, Murcia (pp. 571 a 592).
- MONEREO PÉREZ, J.L., *El recargo de prestaciones por incumplimiento de medidas de prevención en Aurelio Desdentado. Las sentencias sobre pensiones europeas del magistrado Aurelio Desdentado*. Revista de Derecho de la Seguridad Social número extraordinario. Laborum, 2021, Murcia (pp. 139-159).
- REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.) *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor. Aranzadi 2014.
- VILLAR DEL MORAL, F.J. ¿Un motivo más para la desaparición en nuestro derecho de la institución del recargo de prestaciones? Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF nº. 443, febrero 2020 (pp. 164-174).
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil por accidentes de trabajo* en REGLERO CAMPOS, L.F. y BUSTO LAGO, J.M. (Coords.) *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor. Aranzadi 2014.

¿Son los árbitros deportistas profesionales? A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJM 1789/2024)*

Are referees professional athletes? Regarding the Justice Supreme Court of Madrid judgment (STSJM 1789/2024)

Ángel Guillén Pajuelo**

*Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos
Director Académico del Máster Universitario en Dirección en la Gestión Pública de UNIR
y Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

ORCID ID: 0000-0003-0226-1661

Recibido: 12/4/2024

Aceptado: 3/5/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8743

Resumen: El colectivo arbitral deportivo ha venido sufriendo una evolución en los últimos años en cuanto a su nivel de dedicación y profesionalidad. En consecuencia, ha sido necesaria una actualización de su régimen jurídico-laboral para regular su prestación de servicios. Al mismo tiempo, se ha venido dilucidando un debate tanto doctrinal como jurisprudencial que ha desembocado en distintas posturas jurídicas en torno a la laboralidad o no de los árbitros deportivos en nuestro país.

Es así como se ha llegado a la última resolución judicial, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el cual no solo reconoce la laboralidad de los árbitros de fútbol, en particular, sino que, además, los considera como deportistas profesionales con las implicaciones jurídicas que eso conlleva.

Palabras clave: Árbitros, deportistas, profesional, laboral.

Abstract: The sport refereeing community has been undergoing an evolution in recent years in terms of its level of dedication and professionalism. Consequently, an update of its legal-labour regime has been necessary to regulate its provision of services. At the same time, a doctrinal and jurisprudential debate has been

* Esta publicación forma parte de la estancia de investigación posdoctoral del autor en la Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho del Deporte de la Universidad de Granada.

** angel.guillen@unir.net

Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Deportivo (DDEPOR) de la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

elucidated that has led to different legal positions regarding the employment or not of sports referees in our country.

This is how the latest judicial resolution was reached, from the Superior Court of Justice of Madrid, which not only recognizes the work of soccer referees, in particular, but also considers them as professional athletes with the legal implications what that entails.

Keywords: Referees, athletes, professional, labour.

I. Introducción

El deporte profesional se ha convertido en un auténtico fenómeno de masas generando una gran actividad económica a su alrededor.¹ La proliferación de nuevas profesiones en el deporte, así como el grado de profesionalización que han adquirido el conjunto de deportistas, técnicos y también árbitros y jueces deportivos. Y no solo en las competiciones denominadas como profesionales,² también en el estrato deportivo más modesto o en aquél a medio camino entre lo profesional y lo aficionado, denominado como deporte profesionalizado³ donde pueden convivir deportistas que se dedican profesionalmente a ello y otros que, simplemente, o no perciben ningún tipo de ingreso o una mera compensación de gastos.⁴ La delimitación de las fronteras, en muchas ocasiones, entre la

¹ En este sentido, el deporte en nuestro país genera un 3,3% del Producto Interior Bruto (PIB) anual y más de 400.000 empleos vinculados en 2020, tal y como indican los datos tanto de compañías privadas como de los organismos oficiales. Disponible en Informe PwC, 23/11/2020, disponible en <https://www.pwc.es/es/publicaciones/entretenimiento-y-medios/termometro-ecosistema-deporte-espana.html> y en el Anuario de Estadísticas Deportivas 2023 del Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deporte. Disponible en <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:c623c493-de28-4973-8f8a-62ed8b8f9b03/aed-2023.pdf>

² En España, las competiciones deportivas profesionales deben ser calificadas de tal manera por el Consejo Superior de Deportes (CSD) tal y como establecen los artículos 78 y ss. de la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte: “*Las competiciones deportivas se clasifican, a los efectos de esta ley, de la siguiente forma: por su importancia económica y naturaleza de sus participantes, en profesionales o aficionadas (...) Son competiciones oficiales las que se califiquen como tales por las federaciones deportivas españolas dentro de sus competencias, y por el Consejo Superior de Deportes cuando se trate de competiciones profesionales.*” En la actualidad, las competiciones profesionales reconocidas por el CSD son cuatro: Primera y Segunda División de Fútbol masculino (Liga de Fútbol Profesional), Primera División de Fútbol Femenino (Liga F) y ACB (Primera División de Baloncesto). Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-24430>

³ PÉREZ ARIAS, José Carlos, El deporte profesionalizado en el anteproyecto de Ley del Deporte de 1 de febrero de 2019. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 69, 2020, pág. 6. y RODRÍGUEZ TEN, Javier, El papel de la Administración Pública ante los retos del deporte profesional y profesionalizado, en: JIMÉNEZ SOTO, Ignacio y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luís, Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual, Madrid, Reus, 2017, págs. 63 y ss.

⁴ Denominada esta situación comúnmente como *amateurismo marrón*. Sirva como ejemplo, por todos, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, Amateurismo marrón. Los profesionales del deporte encubiertos. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 19, 2007, págs. 25 y ss.

profesionalidad (relación laboral) en el deporte es la tarea más complicada tanto para la doctrina⁵ como para jueces y tribunales.⁶

En cualquier caso, el deporte, es una realidad social que está sujeta e inciden en ella diferentes normas de ordenamientos jurídicos distintos⁷ que ayudan a configurar las relaciones laborales que se dan en el ámbito deportivo. Un ejemplo de ello es la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte⁸, que aun teniendo un origen eminentemente administrativo, también ofrece algunas pistas sobre la laboralidad⁹ de los vínculos deportivos; máxime cuando en su artículo 21, dentro del título II relativo a los actores del deporte, se refiere a deportistas profesionales y no profesionales en los siguientes términos: “*son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Esta condición es personal e independiente de la calificación de la competición respectiva*” y prosigue, en el mismo inciso “*las personas deportistas profesionales a que se refiere este apartado están sujetas a la relación laboral especial prevista en el artículo 2.1.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y en su normativa de desarrollo.*”

Por tanto, podría afirmarse que la Ley del Deporte incide, de alguna manera, y condiciona la calificación laboral de los deportistas introduciéndose, como norma de

⁵ Por todos, ROQUETA BUJ, Remedios, *Los deportistas profesionales. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 99; GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés, Acerca del carácter retributivo o compensador de las percepciones económicas de los deportistas profesionales. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 2, 2002, págs. 77 y ss. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, Una vez más sobre las difíciles, y no resueltas fronteras entre el profesional del deporte y el falso amateur. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 15, 2005, pp. 269 y ss.

⁶ Por primera vez se reconoce la laboralidad en el deporte a través de la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 24 de junio de 1971, el llamado caso *Pipi Suárez*. En años posteriores, la discusión jurisprudencial continua con, entre otras, las siguientes resoluciones: STC 3953/1984 de 3 de mayo de 1984, STS de 2 de abril de 2009 (Rº. 4391/2007, Sala de lo Social), STSJ de Galicia, de 23 de marzo de 2005 (JUR 79958/205) y STSJ del Principado de Asturias de 6 de julio de 2007 (Rº. 253/2007).

⁷ CARDENAL CARRO, Miguel. *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*. Madrid, Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, 2009, págs. 63 y ss.

⁸ Todavía a falta de desarrollo reglamentario, por todos, PALOMAR OLMEDA, A. La Ley del Deporte y ¿su desarrollo? *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 79, 2023.

⁹ Véase, en este sentido, por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, El enfoque laboral de la nueva Ley del Deporte: marco laboral de los deportistas profesionales y de los profesionales del deporte. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid, Iustel, núm. 65, 2023; ROQUETA BUJ, Remedios, El contenido laboral de la Ley del Deporte. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 79, 2023 y ROJO TORRECILLA, Eduardo, 2023, Notas sobre el contenido laboral de la nueva Ley del Deporte. En *Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/notas-sobre-el-contenido-laboral-de-la.html> Consulta: 10 de abril de 2024.

Derecho Administrativo, en el marco del Derecho del Trabajo.¹⁰ Sin embargo, lo anteriormente expuesto acerca de la Ley del Deporte se circunscribe, únicamente, a relaciones laborales deportivas por cuenta ajena.

Respecto a los deportistas por cuenta propia¹¹, el propio artículo 21 en su apartado segundo indica que “*también tendrán la consideración de deportistas profesionales aquellas personas que se dediquen voluntariamente y de manera habitual a la práctica deportiva por cuenta propia, sin perjuicio de su pertenencia a cualesquiera entidades deportivas recogidas en esta ley, perciban por dicha actividad profesional por cuenta propia retribuciones económicas, que sean en todo caso procedentes de terceros diferentes a las entidades deportivas a las que pertenezcan no destinadas a la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva o premios por la participación en competiciones nacionales o internacionales y estén o deban estar afiliadas y de alta, por razón de dicha actividad profesional, en el correspondiente régimen del sistema de la Seguridad Social.*”

Esto supone la total invasión de la normativa deportiva general en el ámbito laboral¹² y, por consiguiente, debe tenerse en cuenta lo establecido en la Ley del Deporte para determinar, o no, el carácter laboral de una relación contractual en el deporte. No solo los principales protagonistas de la práctica deportiva, es decir, los deportistas, son objeto de debate acerca de su vínculo laboral, también los técnicos (entrenadores, preparadores físicos, directores deportivos, etc.) y el colectivo que atañe a la resolución judicial que posteriormente se va a analizar: los árbitros y jueces deportivos, siendo los tribunales de justicia¹³ los encargados de ir perfilando su encaje laboral.

Ciertamente, la perspectiva de inclusión en el deporte profesional ha sido amplia, salvo, hasta la resolución objeto de análisis, para los árbitros, ya que se han integrado dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985¹⁴, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, a entrenadores¹⁵

¹⁰ No solo las normas de carácter administrativo influyen en las relaciones laborales en el deporte, también los reglamentos internos de carácter estrictamente federativo, véase GARCÍA RUBIO, María Amparo, Incursiones de las normas federativas en las relaciones en el deporte. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 74, 2022.

¹¹ Entendiendo como tales aquellos deportistas que cumplen con el requisito de la habitualidad, es decir, “*con continuidad en el desarrollo de la prestación*” en GOERLICH PESSET, José María, *Trabajo autónomo: nueva regulación*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pág. 31.

¹² ESPARTERO CASADO, Julián, Los actores del deporte: clasificación y definiciones (Artículos 18 a 20), en: MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, Reus, 2022, págs. 103 y ss.

¹³ Sobre la evolución de la jurisprudencia en torno al colectivo arbitral, véase ALBARRAL BORREGO, Antonio José, 2024. Los árbitros, ¿deportistas profesionales? Así ha evolucionado la jurisprudencia, 29 de marzo de 2024. *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130686/los-arbitros-deportistas-profesionales-asi-ha-evolucionado-la-jurisprudencia> Consulta: 11 de abril de 2024.

¹⁴ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12313>

¹⁵ Sirva de ejemplo, por todos, el criterio doctrinal: IRURZUN UGALDE, Koldo, La prestación laboral del entrenador. *Revista Española de Derecho Deportivo*. Madrid, Reus, núm. 4, 1994, pág. 225; CARDENAL CARRO, Miguel, El entrenador de un equipo de fútbol, ¿es alto cargo? *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 2, 1998, págs. 764 y ss. y SALA FRANCO, Tomás,

y otros “*técnicos adyacentes*.”¹⁶ Ergo, puede decirse que aquellos que contribuyen a la preparación técnica, táctica o física del deportista, participando activamente de la dinámica de entrenamiento y competición, sí tienen la calificación de deportista profesional.¹⁷ Por otro lado, quedarían al margen de los técnicos deportivos considerados como deportistas profesionales el personal de oficina deportivo, es decir, directores deportivos¹⁸, *scouting* y ojeadores¹⁹ o el caso particular de la relación entre los seleccionadores nacionales y las federaciones deportivas.²⁰

En definitiva, los árbitros y jueces deportivos han quedado para el último lugar (véase la Sentencia analizada en este estudio), después del reconocimiento e inclusión de los propios deportistas y de técnicos, en el debate sobre su consideración o no como deportistas profesionales una vez ya se ha reconocido la laboralidad de su prestación. Probablemente, podría decirse que esta no será la última resolución de jueces y tribunales al respecto, habida cuenta de la jurisprudencia dictada desde los años 90 a la actualidad. ¿Tendrá la Sala de lo Social del Tribunal Supremo la última palabra, en unificación de doctrina, sobre tal cuestión?

II. Los deportistas profesionales en la actualidad y el posible encaje del colectivo arbitral

Las relaciones laborales especiales se deslindan de la norma laboral común, esto es, del Estatuto de los Trabajadores, debido a que sus características y peculiaridades hacen nece-

La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona de 18 de septiembre de 1996, acerca de la relación que unía a Johan Cruyff con el Fútbol Club Barcelona. *Revista Actualidad Laboral*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 1, 1997, págs. 39 y ss. Como criterio jurisprudencial, entre otras, SSTS de 20 de septiembre de 1988 (RJ 9102, Sala de lo Social), de 5 de diciembre de 1997 (Rec. 5142/1992, Sala de lo Social) y STSJ de Andalucía de 28 de enero de 1998 (Rec. 103/1996).

¹⁶ Término acuñado para referirse a segundos entrenadores, preparadores físicos, preparadores de porteros y demás técnicos considerados como deportistas profesionales, en GUILLÉN PAJUELO, Ángel, Rescisión unilateral del contrato de entrenador e indemnización por despido improcedente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, núm. 678/2022, de 3 de marzo). *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*. Madrid, Reus, núm. 17, 2023, pág. 184.

¹⁷ En el caso de los segundos entrenadores y ayudantes: STS de 14 de febrero de 1990 (RJ 1087, Sala de lo Social); y, en el caso de los preparadores físicos: STS de 14 de mayo de 1985 (RJ 2710, Sala de lo Social).

¹⁸ No exento de debate jurisprudencial, pero, en ningún caso, dentro del deporte profesional: defiende la relación laboral común la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2014 (Rec. 5023/2014) y, en sentido contrario, defiende la relación de alta dirección la STSJ del País Vasco de 23 de diciembre de 2008 (Rec. 2671/2008).

¹⁹ Relación laboral común, véase la STS de 21 de octubre de 2010 (Rec. 3843/2009, Sala de lo Social).

²⁰ STSJ de la Comunidad de Madrid de 16 de marzo de 1992 (AS 1992/1619) y, en este sentido, MONEREO PÉREZ, José Luís, Participación en las selecciones nacionales, en: CARDENAL CARRO, Miguel y MONEREO PÉREZ, José Luís, *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2010, pág. 376.

saría una regulación *ad hoc*²¹ para este tipo de trabajadores. Las especialidades del deporte profesional obedecen a las señaladas por el Tribunal Constitucional: especialidad objetiva, subjetiva y espacial y, por tanto, su calificación como especial resulta plenamente admisible²² debido a la propia naturaleza del trabajo a prestar. Todo ello amén de la dualidad normativa²³ aplicable a los deportistas profesionales.

Realizando un sucinto análisis del conjunto de especialidades²⁴ que configuran el deporte profesional, la especialidad objetiva puede definirse como aquella sujeción de los deportistas profesionales tanto a la normativa laboral como deportiva. Cualquier modalidad cuenta con las reglas establecidas que deben seguir y, especialmente, el colectivo arbitral como encargado de hacer cumplir, interpretarlas y aplicarlas durante el desarrollo del juego.

Por otro lado, la especialidad subjetiva es la habilidad técnica y física que deben tener los deportistas para llegar al nivel profesional. La aptitud física necesaria para la competición profesional que, evidentemente, no puede darse *ad eternum* conlleva la limitación de la carrera deportiva²⁵ a un tiempo determinado. Un ejemplo de ello son futbolistas o jugadores de baloncesto que cuentan, aproximadamente, con unos 20 años de carrera deportiva (aproximadamente, de los 18 a los 38) donde la edad es, por supuesto, un factor que influye en el rendimiento²⁶ pero no determinante.

Finalmente, la especialidad espacial. Y es que la prestación laboral que desarrolla un deportista, también los árbitros, se da en un recinto deportivo ante el público²⁷ y tam-

²¹ En palabras del Tribunal Constitucional, STC 56/1988 de 24 de marzo: “*las especiales características del trabajo que cada norma viene a regular, bien por la cualidad de las personas que lo prestan, bien por la sede donde se realiza el trabajo, bien por el tipo de funciones que realizan.*”

²² ROQUETA BUJ, Remedios, *Derecho Deportivo Laboral*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 27.

²³ En este sentido, los deportistas profesionales están sujetos a la normativa laboral (RD 1006/1985 y, supletoriamente, al Estatuto de los Trabajadores) y a la normativa deportiva-federativa (Estatutos federativos, Reglamento General y Reglas del Juego), véase sobre la distinción entre el vínculo laboral y el vínculo federativo de los deportistas profesionales GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, La extinción del contrato: la especialidad federativa, en: GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, *Novedades laborales en el fútbol profesional*, Cizur Menor (Pamplona) Aranzadi, 2021, pág. 141 y ss. y DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, Sobre la confluencia de ordenamientos en el trabajo de los deportistas. *Revista Actualidad Laboral*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 4, 2007.

²⁴ Sobre el encaje del colectivo arbitral dentro de la especialidad del deporte profesional, véase GUILLÉN PAJUELO, Ángel, *El marco deportivo-federativo de los árbitros de fútbol en España*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, 2024.

²⁵ También para los árbitros deportivos. Recientemente el Comité Técnico de Árbitros ha eliminado el límite de edad de los árbitros en España, véase FUENTES DE JUAN, Ramón, El CTA elimina el límite de edad de los árbitros españoles. *Diario Sport*. Disponible en <https://www.sport.es/es/noticias/futbol/cta-elimina-limite-edad-retirada-arbitros-espanoles-7887669> Consulta: 12 de abril de 2024.

²⁶ Doctrina judicial, entre otras: STSJ de Andalucía de 29 de junio de 2001 8AS 2001/2978); y doctrina, por todos: HIERRO HIERRO, Francisco Javier, La “especialidad” de la Seguridad Social de los futbolistas: una mirada a través de la doctrina de los tribunales, en: GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, *Novedades laborales en el fútbol profesional*, Cizur Menor (Pamplona), 2021, pág. 218.

²⁷ Interesante el debate sobre si los deportistas profesionales podrían encajar en la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, véase, sobre ello, ALZAGA RUIZ, Iciar, La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. *Revista Trabajo y Derecho*. Las Rozas (Madrid), La Ley, núm. 95, 2022.

bién es retransmitido, en muchas ocasiones, a través de medios de radiodifusión. En este sentido, el lugar de trabajo podría denominarse como itinerante, incluso cambiando de país (tenistas, por ejemplo) teniendo un lugar de entrenamiento, eso sí, fijo. Esta es una de las principales características que diferencian al deporte profesional con una relación laboral común: el lugar de trabajo.

En esta dirección, las reclamaciones de los futbolistas a inicios de los años setenta²⁸ hizo que el legislador adaptase la norma laboral a la realidad del fútbol,²⁹ teniendo, los deportistas profesionales de otras modalidades, que asimilarse a los futbolistas. La primera regulación de la relación laboral especial de los deportistas profesionales data de 1981, a través del Real Decreto 318/ 1981, de 5 de febrero para, posteriormente, evolucionar y dar lugar al Real Decreto 1006/1985 vigente en la actualidad.

El ámbito de aplicación de la norma laboral especial lo establece el apartado segundo del artículo 1: “*Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución*” excluyendo de forma explícita a “*aquellas personas que se dediquen a la práctica del deporte dentro del ámbito de un club percibiendo de éste solamente la compensación de los gastos derivados de su práctica deportiva.*”

Precisamente, en torno al ámbito de aplicación y a la delimitación de la consideración de profesionalidad de un deportista³⁰ ha girado la principal discusión y debate doctrinal. Pues, estar sujeto a la relación laboral especial de los deportistas profesionales implica una serie de consecuencias jurídico-laborales establecidas en el RD 1006/1985 y que obedecen a la propia especialidad del deporte profesional.

Una de las principales características, claramente diferenciada de la relación laboral común y de la orientación actual del legislador³¹ en cuanto a la contratación temporal, es la obligatoriedad de que la relación laboral del deportista profesional se constituya por tiempo determinado (artículo 6) “*pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva.*”

²⁸ Vid. La Sentencia del Tribunal Central del Trabajo de 24 de junio de 1971 provocó un cambio en la orientación de la doctrina jurisprudencial anterior excluyente en términos laborales, donde se valoraba la posibilidad de que un club de fútbol pudiera ser empresario y la concurrencia en un futbolista profesional de las notas de laboralidad.

²⁹ GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés, *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*. Pamplona, Aranzadi, 2008, pág. 46.

³⁰ Entre otros, LUJÁN ALCARAZ, José, Las fronteras del deporte profesional. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi, vol. 1, núm. 3, 2008, pág. 12; HERNANDO ESPADA, David, A vueltas en la diferenciación entre el deportista aficionado y el deportista profesional. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 47, 2015, págs. 393 y ss.

³¹ Se promueve la contratación fija (aunque sea discontinua) a raíz de la entrada en vigor del 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. Sobre la contratación fija discontinua, véase SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Sobre la contratación fija discontinua. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 8, 2022.

En particular, sobre el colectivo arbitral, en un primer lugar se trata de dilucidar si la relación contractual con su correspondiente federación es de naturaleza administrativa, civil o laboral³² como principal punto de partida. Para determinar que un árbitro deportivo es trabajador por cuenta ajena es fundamental analizar si confluyen en su labor arbitral las notas de laboralidad: voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia.

Se puede afirmar con certeza que los árbitros deportivos desarrollan su prestación de forma voluntaria, habida cuenta, además, que para empezar en la profesión deben colegiarse en el colegio de árbitros que corresponda por razón de su domicilio. En todo caso, la renovación anual de la colegiación y su prestación de servicios se realiza de forma libre y voluntaria para con su federación.

Que los riesgos y los frutos de la competición en la que dirigen los encuentros no son propiedad de los propios árbitros, así como los deportistas, también es evidente, por lo que su prestación de servicios se realiza por cuenta ajena. Los organizadores de la competición, como las asociaciones de clubes deportivos profesionales o las federaciones deportivas que correspondan según la modalidad deportiva, son las encargadas de gestionar los gastos y beneficios de dichos campeonatos y los árbitros actores sin capacidad de decisión en términos de gestión.

La retribución también parece clara puesto que los árbitros, eso sí, en categorías profesionales y del deporte profesionalizado, perciben una retribución por su labor. Cosa distinta es en aquellas competiciones aficionadas o de base que, únicamente, podrían recibir una compensación de gastos. En cualquier caso, en lo relativo al deporte profesional los árbitros deportivos sí que cuentan con unos emolumentos equiparables a los propios deportistas profesionales que participan en la misma competición.

Quizás, con mayor probabilidad, la cuestión de la dependencia es la que más debate jurídico-doctrinal pudiera generar. En este sentido, y una vez la legislación laboral especial indica que pueden ser empleadoras las entidades deportivas (inclusive federaciones) los árbitros pueden ser trabajadores por cuenta ajena de federaciones deportivas. El órgano de gobierno y gestión del colectivo arbitral en las federaciones deportivas en nuestro país son los Comités Técnicos de Árbitros, de los cuales dependen los colegiados, en términos de directrices internas, clasificación, ascensos, descensos, promoción a categorías internacionales, preparación y exámenes físicos y técnicos o en la designación de los partidos o campeonatos que deben dirigir.

Es indudable, por tanto, que el colectivo arbitral depende del Comité Técnico de Árbitros³³ y, en ningún caso, podría decirse que dicho comité es independiente de la

³² Sobre la laboralidad o no de la relación jurídica del árbitro, por todos: TODOLÍ SIGNES, Adrián, La relación jurídica de los árbitros deportivos desde la perspectiva comparada. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 49, 2015; GARCÍA ROS, José Luis y ROMERO RÓDENAS, María José, La ausencia de laboralidad en la relación contractual de los árbitros de fútbol y la RFEF y LALIGA. *Revista española de Jurisprudencia laboral*. Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, núm. 8, 2019; y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Pablo, Árbitros y jueces de partido: debate acerca de la laboralización de una figura jurídica controvertida en el ordenamiento jurídico español. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 52, 2016.

³³ Por ejemplo, sobre los árbitros de fútbol, véase el Reglamento General de la Real Federación Española

federación, en tanto que el propio presidente del Comité Técnico de Árbitros (CTA) es elegido por quien ostenta la presidencia de la federación deportiva. Además, el CTA es uno de los órganos técnicos de las federaciones, al igual que sucede con el Comité Técnico de Entrenadores.

Una vez determinado que, a mi juicio, el árbitro es un trabajador por cuenta ajena, el siguiente paso es analizar si cumple con las condiciones para ser considerado como deportista³⁴: ¿realiza una actividad física y, a su vez, competitiva?³⁵ ¿Qué se entiende por deportista?³⁶ Partiendo de la base que, anteriormente, se utilizaba para la inclusión de los entrenadores como deportistas profesionales.

Esto es, los entrenadores y otros técnicos no realizan un esfuerzo físico en su labor, sin embargo, y a través de esta perspectiva amplia de inclusión, sí que son considerados como deportistas profesionales. Obviamente todos los árbitros y jueces deportivos no son iguales, ni realizan la misma labor, ni utilizan los mismos medios ni tampoco hacen el mismo esfuerzo físico.

La labor arbitral, por tanto, en las modalidades deportivas donde el árbitro realiza un esfuerzo físico sí que cumpliría con el condicionante de práctica deportiva y, además, pocos argumentos contrarios cabrían (por ejemplo, en el fútbol) cuando los entrenadores y técnicos se han asimilados.

Por otro lado, y respecto a la competición *versus* otros deportistas, podría afirmarse que, debido a la clasificación final arbitral donde, además, existen consecuencias tanto negativas como positivas dependiendo del resultado final, los colegiados sí compiten³⁷ entre sí a través de los propios equipos arbitrales. El objetivo final es lograr la mejor clasificación posible para ostentar, por ejemplo, la categoría de árbitro internacional.

de Fútbol, título IV, de los árbitros, y título VII, del Comité Técnico de Árbitros. Disponible en <https://rfef.es/sites/default/files/pdf/circulares/RG%201314.pdf> Consulta: 13 de abril de 2024.

³⁴ Existen diferentes interpretaciones. Se defiende, por ejemplo, que los árbitros no son deportistas en los siguientes términos: “*en definitiva, tal y como hemos señalado en otras ocasiones, no puede concluirse que exista una homogeneidad o uniformidad en el vínculo existente entre los jueces y árbitros deportivos con sus federaciones (o, en ocasiones, con organizadores de competiciones o eventos deportivos), por lo que habrá que tener en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso para poder llegar a determinar si nos encontramos ante una relación laboral por cuenta ajena o, en algunos supuestos, trabajadores autónomos, sin descartar la figura legal de los trabajadores autónomos económicamente dependientes. Lo que sí está claro, a nuestro juicio, es que los árbitros y jueces deportivos no son deportistas, por más que una determinada federación haya querido aferrarse a la temporalidad inherente al trabajo de los –auténticos– deportistas profesionales*”, véase RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, Los árbitros no son deportistas: son árbitros, 2024. *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130687/los-arbitros-no-son-deportistas-son-arbitros> Consulta: 12 de abril de 2024.

³⁵ En este sentido, véase PÉREZ TRIVIÑO, José Luís, La definición de deporte: una vuelta de tuerca, 2021. *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/archive/66826/la-defnicon-de-deporte-una-vuelta-de-tuerca> Consulta: 13 de abril de 2024.

³⁶ Por todos, JOZAMI DELIBASICH, José Emilio, 2024. Qué significa ser deportista en la actualidad (a propósito de los árbitros). *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130692/que-significa-ser-deportista-en-la-actualidad> Consulta: 13 de abril de 2024.

³⁷ Todo ello sin perjuicio de que pueda existir debate en torno a dicha afirmación con argumentos contrarios.

Es cierto que hasta que la Ley del Deporte, así como la normativa laboral especial y la jurisprudencia de los tribunales no unifiquen una postura clara, el debate, tanto judicial como doctrinal alrededor del encaje laboral, de la relación jurídica y de la naturaleza del vínculo contractual de los árbitros seguirá estando vivo.

Más aún cuando existen distintos tipos de categorías deportivas y están surgiendo al albur de las nuevas tecnologías nuevos árbitros con otras especialidades como, por ejemplo, los árbitros de fútbol específicos de VAR³⁸ con características y peculiaridades totalmente distintas de los árbitros “de campo.”

III. Evolución jurisprudencial en torno al asunto: de una relación de carácter administrativo al reconocimiento como deportista profesional

Al hilo de lo descrito con inmediata anterioridad, por la falta de claridad y la confusión que genera la confluencia de normas (administrativas, laborales y propias deportivas) aplicables al colectivo arbitral, y también al de deportistas profesionales, ha sido la doctrina judicial la que ha ido, en la medida de lo posible, arrojando algo de luz sobre las vicisitudes jurídicas que rodean a los árbitros y jueces deportivos.

Después del reconocimiento doctrinal de los deportistas profesionales como trabajadores, se inició el proceso, por parte del legislador, de adaptar la norma laboral a la realidad deportiva, en especial, tal y como se ha señalado con anterioridad, del fútbol. Una vez se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, surgen controversias aplicativas que, en este caso, se encargan de resolver las resoluciones de jueces y magistrados.

La primera de ellas se dio a finales de los años 90 con la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de febrero de 1999 (Rec. 5239/1998). En dicha resolución, la primera acerca de la relación entre árbitros y federaciones deportivas, el tribunal gallego arguye que la jurisdicción social no es competente para conocer de tal litigio debido a la falta de concurrencia de las notas de laboralidad en la figura del árbitro.

Por consiguiente, dicho tribunal califica el vínculo entre el árbitro y la federación deportiva como administrativo, debido a las competencias públicas delegadas que ejerce la federación. La naturaleza administrativa, por tanto, del vínculo entre federación y árbitro no permite incardinar la actividad arbitral como, primero, una relación laboral, y, segundo, como deportista profesional.

Con anterioridad al caso Mitjana, probablemente la controversia más mediática entre un árbitro y, en este caso, una liga profesional (ACB), es la propia administración

³⁸ En referencia a tal cuestión y a la propia herramienta como hacedora de nuevas características específicas de los árbitros VAR, véase, VICANDI GARRIDO, Iñaki, *Estudio transversal del Árbitro Asistente de Video (VAR)*. Lleida, INEFC, 2023 y PALOMAR OLMEDA, Alberto, Una perspectiva adicional del VAR: su incidencia en la delimitación de la interpretación de las reglas del juego y las consecuencias disciplinarias. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 61, 2018.

pública la que se pronuncia al respecto de la relación entre árbitros y federaciones deportivas. La Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social³⁹, en el año 2012, y a raíz de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1999, emite un informe donde indicaba que la relación entre árbitros y federaciones deportivas no podía ser laboral, al no concurrir en esta las notas de laboralidad por cuenta ajena. Añade, además, que los árbitros no se darán de alta en la Seguridad Social, ni en el régimen general, ni tampoco en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos por lo que, de forma tácita, no considera al colectivo arbitral como trabajadores por cuenta propia.

Con posterioridad a este informe, en 2014 y años siguientes, se sucede el debate judicial en torno a la relación del árbitro de baloncesto Juan Carlos Mitjana con la ACB. En instancia, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona en su Sentencia de 14 de marzo de 2014 (REC/AS/ 7335/2014), no solo se declara competente para conocer de tal asunto, sino que, además, en la propia resolución indica que se dan las notas de laboralidad y que, por tanto, la relación es de carácter laboral. Y prosigue dejando entrever que cabría la posibilidad de que dicha relación laboral por cuenta ajena cumpliera con los requisitos establecidos para considerarse una relación laboral de carácter especial en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985 de los deportistas profesionales.

Sin embargo, la instancia superior, un año después, mediante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sentencia de 20 de mayo de 2015, Rec. 7335/2014) corrige al Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona argumentando que la relación existente entre el árbitro y la ACB no reviste el carácter de laboral. Especialmente, hace referencia a la falta de dependencia del árbitro con la ACB, pues la patronal de clubes no interviene en su actuación profesional, clasificación, promoción o formación. Y, ciertamente, así es, se debe plantear la dependencia de los árbitros no a las agrupaciones de clubes profesionales si no de las federaciones.

Así pues, el tribunal que recoge el testigo del TSJ de Cataluña es el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 5 de julio de 2019 (Rec. 175/2019). Precisamente, la discusión jurídica radica en el vínculo entre un árbitro y la Real Federación Española de Fútbol (RFEF) sosteniendo, el tribunal, que no concurren las características propias de una relación laboral por cuenta ajena. Nuevamente los magistrados acuden a las funciones públicas que realizan las federaciones deportivas para determinar que no es posible la existencia de un contrato de trabajo entre ambas partes.

Finalmente, es en el año 2023 cuando se produce la resolución judicial que da lugar al recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desemboca en la decisión objeto de estudio en el presente artículo. La Sentencia de 17 de mayo de 2023 del Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid invalida el contrato de deportista profesional suscrito por la RFEF y un árbitro en septiembre de 2020. Pues esta resolución obedece a la denuncia interpuesta por parte de un grupo de árbitros por despido improcedente

³⁹ Criterio de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de 12 de septiembre de 2012, que recoge a su vez el criterio de la Dirección General de Empleo.

como consecuencia de la no renovación de un contrato de duración determinada de deportista profesional.

En primer término, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Madrid entiende que se dan las notas características de la relación laboral por cuenta ajena, lo que es ya un punto de inflexión en relación con otras resoluciones judiciales anteriores. A mayor abundamiento, el juzgador de instancia entra a valorar la calificación de la relación laboral como especial, en el marco del deporte profesional, entre la RFEF y el árbitro. En este caso considera que el árbitro no practica deporte y que su función no es prestar servicios para un club o entidad o participar de una competición deportiva. La función, en consecuencia, de los integrantes del colectivo arbitral es desempeñar el papel de juez y supervisar la aplicación de las reglas del juego función, por tanto, que el juzgador no equipara a la práctica deportiva como principal actividad.

De este modo, y con este bagaje jurisprudencial, se ha llegado hasta la decisión del TSJ de Madrid que, por primera vez, considera a los árbitros como deportistas profesionales al hilo de la nueva Ley del Deporte. Regulación, precisamente, de carácter administrativo; cosa que no es óbice para que un Tribunal de la jurisdicción social lo utilice en una resolución tan relevante y novedosa.

Este recurso del tribunal del orden social es una muestra que ejemplifica e ilustra, más si cabe, la veracidad de la tesis de la pléyade de normas de distintas ramas del ordenamiento jurídico que inciden en el régimen laboral de los deportistas y, en particular, de los árbitros y jueces deportivos: de carácter administrativo (Ley del Deporte), laboral (Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 1006/1985) y deportivas (Estatutos federativos, reglamentos generales federativos, reglas de juego, etc.).

IV. La Sentencia del TSJ de Madrid: ¿sienta un precedente?

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, 153/2024 (Rec. 1058/2023) de 20 de febrero de 2024 ha supuesto un antes y un después en la dispar doctrina judicial alrededor del régimen jurídico-laboral de los árbitros deportivos en nuestro país. Por primera vez, un tribunal considera deportistas profesionales a los árbitros, cosa que supone, a mi juicio, una doble victoria (moral y fáctica) para el colectivo: la primera es que se reconoce expresamente que son trabajadores por cuenta ajena, es decir, que mantienen una relación laboral con la federación deportiva; y, la segunda, para aquellos árbitros (en este caso de fútbol) que participan y desarrollan su profesión en las categorías del fútbol profesional, son considerados, además, como deportistas profesionales por su dedicación, entrenamiento y especialidad técnica y física.

Lo hace, ciertamente, basándose en una norma novedosa como es la nueva Ley del Deporte de, todavía, reciente aprobación: 30 de diciembre de 2022. Lo hace, del mismo modo, aprovechando no pocos vericuetos y lagunas que deja al albur de la interpretación la propia norma, como es el caso de las definiciones atribuidas a los deportistas, a los deportistas profesionales y a los propios árbitros. En este sentido, el redactado de los artí-

culos clave para el TSJ de Madrid correspondientes a la Ley del Deporte permiten que se integren bajo el paraguas de deportistas profesionales a un amplio paraguas de deportistas. Ahonda, por tanto, en la perspectiva amplia de inclusión en el deporte profesional⁴⁰ al considerar como tales, también, a entrenadores y técnicos deportivos.

Analizando los antecedentes de hecho que nos permiten hacer una composición de lugar, el primero de ellos, determinante para valorar la dependencia del colectivo arbitral, es el sexto antecedente de hecho donde señala lo siguiente: *“El Comité Técnico de Árbitros es el órgano que atiende directamente el funcionamiento del estamento arbitral nacional, y le corresponde, con subordinación al Presidente de la RFEF, su gobierno, representación y administración.”* Para vislumbrar que el CTA es un órgano federativo, resulta importante prestar atención al inciso que señala que el propio órgano depende de la presidencia de la RFEF. Además, añade el mismo antecedente de hecho las funciones encomendadas al CTA, entre las que se encuentran, por ejemplo, las de *“clasificar técnicamente a los árbitros a tenor de las correspondientes evaluaciones, y proponer al Presidente de la RFEF los ascensos (...) Designar a los equipos arbitrales o Proponer a la RFEF las normas sobre uniformidad y publicidad de los árbitros de categoría nacional.”*

Bien, uno de los puntos de inflexión sucede en septiembre de 2020, fecha en la que se suscribe entre la RFEF y los árbitros un contrato de trabajo dentro del ámbito de aplicación del Real Decreto 1006/1985 como deportistas profesionales. Con anterioridad, tal y como estipula el antecedente de hecho octavo, *“la prestación de servicios se desarrolló sin existir contrato por escrito. El demandante desempeñaba la función arbitral durante los partidos para los cuales era convocado, y la Federación abonaba cantidades distintas de un mes a otro por los conceptos de honorarios, gastos fijos y dietas, asumiendo la RFEF todos los gastos de desplazamiento y alojamiento del colectivo arbitral a través de la contratación de agencia de viajes”* así como *“la retribución era decidida unilateralmente por la RFEF.”*

Aún y no mediando contrato de trabajo entre ambas partes, dispone el mismo antecedente de hecho que el desempeño de la función arbitral se regulaba mediante las circulares que publicaba el CTA, que la RFEF evaluaba y puntuaba la actuación de los árbitros y que debían superar unas pruebas físicas y técnicas obligatorias para las que tenían que realizar unos entrenamientos y actividad física regular.

Al hilo de la nota laboral de dependencia y del entrenamiento físico que debían realizar los árbitros, cabe mencionar lo siguiente relativo al mismo antecedente de hecho octavo: *“al inicio de la temporada, cada colegiado tenía que remitir al responsable del rendimiento del área física del CTA sus planes de entrenamiento, así como el lugar y nombre del preparador. Durante al menos los años 2018 y 2019, los árbitros tenían que utilizar una plataforma que*

⁴⁰ Así lo hizo el Tribunal Supremo en 1985 a través de la STS de 14 de mayo de 1985. Y, refuerza el TSJ de Madrid, en el fundamento de derecho décimo de la resolución, la interpretación, en este sentido, del Tribunal Supremo en su Sentencia 173/2024 (Rec. 1044/2023) de 29 de enero de 2024 en los siguientes términos: *“contempla la relación laboral especial de los entrenadores como sometida al Real Decreto 1006/85, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y ello de acuerdo con la jurisprudencia del Alto Tribunal, que ya desde la sentencia de 14-05-1985, considera que los técnicos y los entrenadores son deportistas profesionales y su relación laboral es la especial regulada por dicho Real Decreto.”*

habilitaba el dispositivo 'Polar' para subir sus entrenamientos y permitir su control por el CTA. También debían describir el trabajo físico y utilizar un monitor del ritmo cardiaco."

Y, además, en la temporada siguiente, 2019/2020 *"la comisión técnica del CTA puso en marcha la plataforma Spodha para la monitorización y control efectivo de los entrenamientos y preparación física de los árbitros, teniendo el uso de tal herramienta carácter obligatorio e inexcusable.*

A través de la misma, la Federación controla la ubicación de los colegiados en tiempo real, la frecuencia y duración de sus entrenamientos, las actividades físicas que realizaban durante los mismos y el grado de cumplimiento de los mínimos establecidos por el Comité, que consistían en: 4 entrenamientos a la semana más un partido o entrenamiento complementario; 5 tipos de entrenamiento cada semana incluyendo partido o entrenamiento complementario, recuperación activa, alta intensidad, y fuerza y velocidad; un mínimo de 12 minutos de trabajo de alta intensidad."

Parece razonablemente probado que la dependencia de los árbitros con el CTA es total en cuanto a sus instrucciones, uniformidad, designaciones y, especialmente, en términos de monitorización de la preparación física y técnica, como se puede apreciar en los párrafos anteriores.

El antecedente de hecho noveno reproduce el proceso de negociación que inició la RFEF para abordar la forma de contratación de los árbitros de categorías profesionales, que desembocó en un acuerdo para la firma con los árbitros una relación laboral especial de deportistas profesionales aplicando el RD 1006/1985. La duración, necesariamente determinada, fue de una temporada comunicando la federación al demandante la finalización de su contrato por expiración del plazo pactado en el mismo con un pago del finiquito muy inferior a lo esperado.

Este último extremo es el motivo que lleva al árbitro a demandar a la RFEF. La razón principal estriba en que, con anterioridad a la firma del contrato de deportista profesional, también venía prestando servicios en las mismas condiciones y, por tanto, debía tenerse en cuenta la totalidad de la antigüedad del árbitro para determinar la cuantía total del finiquito.

Para argumentar la revisión de la resolución de instancia, el TSJ de Madrid realiza una serie de fundamentaciones jurídicas, entre las que destacan las siguientes para su análisis individualizado:

- Fundamento jurídico cuarto: *"ambas partes consideran que reúnen los requisitos para suscribir una relación laboral especial con carácter regular, dentro de la práctica del deporte profesional, entre un deportista profesional, como es el árbitro profesional que se dedica a esta práctica deportiva, de forma voluntaria, con habitualidad y regularidad para una entidad deportiva, como es la RFEF, y bajo su dependencia a través del CTA, y su prestación específica dentro del ámbito del deporte profesional, pues con su intervención en la práctica deportiva del fútbol colaboran y son necesarias para la realización de dicha actividad, al amparo de lo establecido en el RD 1006/1985."*

Y, en su cláusula quinta, se establece: “La duración de este contrato será siempre temporal, dada su naturaleza de relación especial de deportista profesional, de conformidad con lo establecido en el art. 6 del RD 1006/1985, de 26 de junio, y se extenderá desde el día 1 de septiembre de 2020 al día 30 de junio de 2021. Llegada la fecha de su vencimiento el presente contrato quedará extinguido, por expiración del término convenido, a todos los efectos, no pudiendo ser prorrogado a su finalización, ni expresa ni tácitamente por las partes, sin perjuicio de la posibilidad de suscribir un nuevo contrato si así lo acordaran.”

En esta primera argumentación jurídica el tribunal reproduce lo que las partes han consignado voluntariamente en el contrato de trabajo suscrito en el marco de la relación laboral especial de los deportistas profesionales. Se puede observar que concurren las características de la laboralidad y que, además, el contrato tendrá una duración temporal hasta final de temporada, por lo que el árbitro (demandante) conocía la fecha de finalización del contrato que firmó con la RFEF. Finalmente, en el último inciso se señala que el contrato quedará extinguido y que la única posibilidad para continuar con el vínculo entre ambas partes es la suscripción de un nuevo contrato, previo acuerdo. Importante el último punto relativo al acuerdo ya que, se presupone, este deberá ser con el visto bueno de ambos.

– Fundamento jurídico quinto: *“efectivamente, del relato de probados resulta que, tanto antes, como después de la suscripción del contrato, las funciones del actor reunían todas las notas que configuran el contrato de trabajo conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores:*

- *Voluntariedad: siendo claro que el árbitro de fútbol presta sus servicios de forma libre y consensual.*
- *Carácter personalísimo: teniendo el actor que arbitrar personalmente los partidos que se le atribuían, sin poder delegar en ningún otro árbitro*
- *Ajenidad: porque en todo momento ha utiliza los medios económicos y materiales que le suministraba la RFEF, y asume los riesgos derivados de su actuación y no el demandante, que era retribuido con independencia del resultado de su actividad.*
- *Retribución: teniendo determinada una remuneración económica por el servicio, que ha venido dada por la RFEF que hacía el pago.*
- *Dependencia: en todo momento el actor ha prestado sus servicios dentro del ámbito y organización dela RFEF, que le ha fijado los partidos que debía arbitrar, cuya asistencia ha sido siempre obligatoria, salvo justificación, así como ha organizado sus desplazamientos, contratado sus alojamientos, etc., utilizándolos uniformes que se le indicaban, plataforma informática, base de datos, etc. estando sometido a las instrucciones del CTA, siendo la Federación la que indica al árbitro dónde y cuándo debe acudir a los partidos, pudiendo ser sancionado en caso de no asistir de forma injustificada, decidiendo las prendas deportivas uniformadas que había de*

vestir, sometiéndole a las pruebas físicas establecidas y teniendo que acudir a entrenamientos, seminarios y encuentros, siendo evaluado y puntuado al final de cada partido y de cada temporada, según los criterios establecidos por el CTA, a través de los delegados-informadores del mismo y dependiendo del resultado de la evaluación, se decidía el descenso o ascenso de categoría y la continuidad o no del colegiado la temporada siguiente, y ostentando la RFEF la potestad disciplinaria, sancionando al árbitro que incumplía en su asistencia a los partidos o a los entrenamientos, etc.”

Con especial interés revisa el tribunal todas y cada una de las notas que deben concurrir para calificar una relación como laboral, con un mayor grado de profundidad en el asunto de la dependencia. Se detiene en que el árbitro se incardina dentro del ámbito de organización y dirección de la RFEF señalando las funciones que corresponde al CTA y que también se traían a colación en la resolución de instancia.

- Fundamento jurídico octavo: *“hemos de determinar si el árbitro profesional es o no un deportista profesional y para ello, acudimos a la reciente Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte, que, si bien no estaba en vigor cuando se inició la relación laboral entre las partes, ni cuando se suscribe el contrato por escrito, es esclarecedora en tanto fija las definiciones que son intemporales y han de servirnos de base en este procedimiento.*

Así, establece, en lo que aquí interesa, lo siguiente: se considera deportista cualquier persona física que, de forma individual o en grupo, practique actividad física o deporte. Artículo 2. Se entiende por práctica deportiva a efectos de esta ley todo tipo de actividad física que, mediante una participación, individual o colectiva, organizada o no, profesional o no profesional, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones o actividades deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos saludables o con la ocupación activa del tiempo de ocio, realizada en instalaciones públicas o privadas, o en el medio natural.

Artículo 20. Deportistas de alto nivel y de alto rendimiento. Son personas deportistas de alto nivel las que sean reconocidas como tales por el Consejo Superior de Deportes, de oficio o a propuesta de las federaciones deportivas españolas, en función del cumplimiento de los requisitos deportivos que se determinen reglamentariamente.

Artículo 21. Deportistas profesionales y no profesionales. Son deportistas profesionales, quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dedican voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución. Esta condición es personal e independiente de la calificación de la competición respectiva. Las personas deportistas profesionales a que se refiere este apartado están sujetas a la relación laboral especial previsto en el artículo 2.1.d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.”

Artículo 37. Profesionales del arbitraje de alto nivel. Los árbitros y jueces deportivos podrán ser declarados de alto nivel cuando, ejerciendo las funciones en competiciones deportivas internacionales o estatales en las que participen deportistas y técnicos o entrenadores de alto nivel, cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente.”

Este fundamento jurídico octavo es de sumo interés por la utilización por parte de un tribunal del orden social de una norma de carácter administrativo con la finalidad de (ayudar a) resolver una controversia y discusión de carácter laboral. Efectivamente, como se ha mencionado con anterioridad, el Derecho del Deporte bebe de distintas fuentes del ordenamiento jurídico y lo conforman el conjunto de normas de carácter laboral, administrativo, tributario o de extranjería que inciden en el mismo. Y, además, el régimen laboral y contractual de los deportistas está claramente condicionado por las características que atribuye a los deportistas la norma general en materia deportiva, esto es, la Ley del Deporte. A mi juicio, nuevamente, acierta el tribunal en hacerse propia la argumentación legal de la norma deportiva y trasegarla al ámbito laboral; máxime cuando en la Ley del Deporte se pueden encontrar definiciones relativas a deportistas, deportistas profesionales y profesionales del arbitraje de alto nivel.

- Fundamento jurídico décimo: *“Si bien no hay jurisprudencia respecto de los árbitros, su función es perfectamente incardinable en la definición de deportista del artículo 19.1 de la Ley del Deporte, y de deportista profesional, del artículo 21, que, en este caso es indudable, dado que estamos ante una relación establecida con carácter regular, dedicándose el actor voluntariamente a la práctica deportiva por cuenta y dentro del ámbito de organización de una entidad deportiva, como es la RFEF, conforme a lo establecido en el artículo 1 de sus estatutos, transcrito en el hecho probado segundo, y en el 40 de la Ley del Deporte, a cambio de una retribución y, finalmente esta ley se refiere los árbitros de alto nivel equiparándolos a los técnicos y entrenadores de alto nivel, por lo que hemos de concluir que el demandante es un árbitro, deportista profesional, de alto nivel.*

Consecuentemente, el contrato suscrito entre las partes, el 1 de septiembre de 2020, no es fraudulento, porque la prestación de servicios del actor para la RFEF está sujeta ineludiblemente a lo establecido en el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Deportistas Profesionales, tal y como determina el artículo 2.d) del Estatuto de los Trabajadores.”

Estamos, en este fundamento jurídico décimo, ante el verdadero *quid* de la cuestión. Una vez el tribunal ha realizado la comparación entre la prestación de servicios de los árbitros y las notas características de su relación laboral y la definición de deportista (y deportista profesional) que aparecen en la Ley del Deporte, concluye, de forma bastante certera⁴¹ y acertada, también, a juicio de quien suscribe.

⁴¹ Se desprende de las expresiones que utiliza en este FJ 10º como *“perfectamente incardinable”, “indudable”* o *“ineludiblemente.”*

Del recorrido tanto por los antecedentes de hecho como de los argumentos jurídicos puestos encima de la mesa por el tribunal, podría extraerse que, efectivamente, la STSJ de Madrid objeto de análisis ha sentado un precedente respecto de la exigua doctrina judicial anterior sobre el asunto que, veremos en el futuro, si lo siguen otros tribunales o si valida dicha interpretación la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Una objeción: esta resolución no es del todo precisa cuando, al inicio (segundo párrafo) del fundamento jurídico décimo realiza la afirmación de “*si bien no hay jurisprudencia respecto de los árbitros*” pues, como se ha visto en el apartado anterior de este estudio, si existe, aunque parva, interpretación de los tribunales al respecto.

En cualquier caso, la nueva Ley del Deporte ha dado lugar a una nueva visión del árbitro como deportista amén de la evolución contractual y de dedicación profesional que ha venido experimentado el conjunto del colectivo arbitral que participa de las categorías profesionales, tanto del fútbol como del baloncesto.

V. A modo de conclusión: una propuesta de clasificación laboral arbitral

Todos los trabajadores por cuenta ajena no son iguales, algunos de ellos tienen características especiales. Véase el caso d e los directivos: dependiendo de sus funciones y nivel jerárquico pueden encajar en la relación laboral especial de alta dirección⁴² si cumplen con los requisitos de la norma especial, esto es “*aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad.*”

Sin embargo, también existen otro tipo de directivos que se enmarcan en una relación laboral común, aún y teniendo un puesto de responsabilidad en una compañía o entidad. Siempre se debe valorar, pues, el grado de responsabilidad, autonomía y cumplimiento de la especialidad laboral requerida. Sucede lo mismo en el ámbito deportivo, es decir, aquellos deportistas profesionales que practiquen deporte al más alto nivel y cumplan con la especialidad deportiva serán incluidos dentro del ámbito de aplicación del RD 1006/1985. Por otro lado, aquellos que practiquen deporte en categorías no profesionales, pero perciban una remuneración que no pueda considerarse como compensación de gastos (que sea mayor) y no cumplan con la especialidad deportiva profesional deberán regirse por la normativa laboral común, es decir, el Estatuto de los Trabajadores.

Partiendo de la consideración como deportistas de los árbitros por parte del TSJ de Madrid en la resolución judicial objeto de análisis, estos podrían clasificarse laboralmente, según las particularidades de su prestación, de la siguiente forma:

⁴² Regulada por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

- Árbitros deportistas profesionales: aquellos que, tal y como indica la Sentencia del TSJ de Madrid, participan de las competiciones calificadas por el CSD como profesionales y, además, han suscrito con sus propias federaciones un contrato bajo el paraguas jurídico-laboral de la relación especial de los deportistas profesionales. Por el nivel de responsabilidad que ostentan, por las características técnicas y físicas con las que deben contar los árbitros del máximo nivel, así como por desempeñar su labor ante el público, del mismo modo que hacen los deportistas.
- Árbitros trabajadores ordinarios: los que conforman el colectivo arbitral del deporte profesionalizado, siendo aquellos que perciben una contraprestación que supera la compensación de gastos pero que, a su vez, no cumplen con la especialidad del deporte profesional, encajarían dentro de la norma general como trabajadores comunes por cuenta ajena. En este sentido, el debate se abriría en torno al modelo de contratación de estos pudiendo valorarse la posibilidad, debido a la propia temporalidad deportiva, de hacerlo bajo la modalidad del contrato fijo-discontinuo. Asimismo, el régimen de dedicación también debería ir en consonancia con la preparación física y técnica necesaria, por lo que lo más adecuado sería una contratación a tiempo parcial.
- Árbitros aficionados: entrarían dentro del voluntariado deportivo, tal y como establece la Ley del Deporte, por falta del cumplimiento de la totalidad de las notas de laboralidad, ya que no se cumpliría la retribución percibida. En este caso, se compensarían los gastos de la práctica deportiva, como el desplazamiento, por ejemplo, sin llegar a ser una retribución por su propia labor.

En definitiva, esta Sentencia marca una novedosa interpretación que permite asimilar al colectivo arbitral a los deportistas profesionales, con las implicaciones positivas que eso conlleva en términos de derechos laborales y de protección social, entre otras cuestiones. Sin embargo, y teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales históricos en esta materia, podría decirse que *pro futuro* existen posibilidades de que otros jueces y magistrados puedan realizar una interpretación diferente.

Sin duda, una discusión con muchas aristas, con influencia de varios tipos de normas y lo que se podría definir como un asunto poliédrico en términos jurídico-laborales. Veremos si esta interpretación será el punto de partida para otros tribunales y la secundarán; o, por el contrario, darán una nueva vuelta de tuerca a la controversia.

Bibliografía

ALBARRAL BORREGO, Antonio José, 2024. Los árbitros, ¿deportistas profesionales? Así ha evolucionado la jurisprudencia, En *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130686/los-arbitros-deportistas-profesionales-asi-ha-evolucionado-la-jurisprudencia> Consulta: 11 de abril de 2024.

- ALZAGA RUIZ, Iciar, La reforma de la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos. *Revista Trabajo y Derecho*. Las Rozas (Madrid), La Ley, núm. 95, 2022.
- CARDENAL CARRO, Miguel. *Deporte y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional*. Madrid, Cátedra de Estudios e Investigación en Derecho Deportivo, 2009, págs. 63 y ss.
- El entrenador de un equipo de fútbol, ¿es alto cargo? *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 2, 1998, págs. 764 y ss.
- CAZORLA GONZÁLE-SERRANO, Pablo, Árbitros y jueces de partido: debate acerca de la laboralización de una figura jurídica controvertida en el ordenamiento jurídico español. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 52, 2016.
- DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo, Sobre la confluencia de ordenamientos en el trabajo de los deportistas. *Revista Actualidad Laboral*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 4, 2007.
- ESPARTERO CASADO, Julián, Los actores del deporte: clasificación y definiciones (Artículos 18 a 20), en: MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Comentarios al Proyecto de Ley del Deporte*, Madrid, Reus, 2022, págs. 103 y ss.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, Amateurismo marrón. Los profesionales del deporte encubiertos. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 19, 2007, págs. 25 y ss.
- FUENTES DE JUAN, Ramón, El CTA elimina el límite de edad de los árbitros españoles. *Diario Sport*. Disponible en <https://www.sport.es/es/noticias/futbol/cta-elimina-limite-edad-retirada-arbitros-espanoles-7887669> Consulta: 12 de abril de 2024.
- GARCÍA ROS, José Luís y ROMERO RÓDENAS, María José, La ausencia de laboralidad en la relación contractual de los árbitros de fútbol y la RFEF y LALIGA. *Revista española de Jurisprudencia laboral*. Madrid, Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, núm. 8, 2019
- GARCÍA RUBIO, María Amparo, Incursiones de las normas federativas en las relaciones en el deporte. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 74, 2022.
- GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés, Acerca del carácter retributivo o compensador de las percepciones económicas de los deportistas profesionales. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 2, 2002, págs. 77 y ss.
- *La extinción de la relación laboral de los deportistas profesionales*. Pamplona, Aranzadi, 2008, pág. 46.
- GOERLICH PESSET, José María, *Trabajo autónomo: nueva regulación*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, pág. 31.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, El enfoque laboral de la nueva Ley del Deporte: marco laboral de los deportistas profesionales y de los profesionales del deporte. *Revista*

- General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid, Iustel, núm. 65, 2023.
- La extinción del contrato: la especialidad federativa, en: GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, *Novedades laborales en el fútbol profesional*, Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi, 2021, pág. 141 y ss.
- GUILLÉN PAJUELO, Ángel, Rescisión unilateral del contrato de entrenador e indemnización por despido improcedente (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, núm. 678/2022, de 3 de marzo). *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*. Madrid, Reus, núm. 17, 2023, pág. 184.
- *El marco deportivo-federativo de los árbitros de fútbol en España*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, 2024.
- HERNANDO ESPADA, David, A vueltas en la diferenciación entre el deportista aficionado y el deportista profesional. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 47, 2015, págs. 393 y ss.
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier, La “especialidad” de la Seguridad Social de los futbolistas: una mirada a través de la doctrina de los tribunales, en: GONZÁLEZ GARCÍA, Sergio, *Novedades laborales en el fútbol profesional*, Cizur Menor (Pamplona), 2021, pág. 218.
- IRURZUN UGALDE, Koldo, La prestación laboral del entrenador. *Revista Española de Derecho Deportivo*. Madrid, Reus, núm. 4, 1994, pág. 225.
- JOZAMI DELIBASICH, José Emilio, 2024. Qué significa ser deportista en la actualidad (a propósito de los árbitros). *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130692/que-significa-ser-deportista-en-la-actualidad> Consulta: 13 de abril de 2024.
- LUJÁN ALCARAZ, José, Las fronteras del deporte profesional. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*. Cizur Menor (Pamplona), Aranzadi, vol. 1, núm. 3, 2008, pág. 12.
- MONEREO PÉREZ, José Luís, Participación en las selecciones nacionales, en: CARDENAL CARRO, Miguel y MONEREO PÉREZ, José Luís, *Los deportistas profesionales: estudio de su régimen jurídico laboral y de Seguridad Social*, Granada, Comares, 2010, pág. 376.
- PÉREZ ARIAS, José Carlos, El deporte profesionalizado en el anteproyecto de Ley del Deporte de 1 de febrero de 2019. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 69, 2020, pág. 6.
- RODRÍGUEZ TEN, Javier, El papel de la Administración Pública ante los retos del deporte profesional y profesionalizado, en: JIMÉNEZ SOTO, Ignacio y PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, José Luís, *Los retos del deporte profesional y profesionalizado en la sociedad actual*, Madrid, Reus, 2017, págs. 63 y ss.
- RUBIO SÁNCHEZ, Francisco, Los árbitros no son deportistas: son árbitros, 2024. *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/art/130687/los-arbitros-no-son-deportistas-son-arbitros> Consulta: 12 de abril de 2024.
- PALOMAR OLMEDA, A. La Ley del Deporte y ¿su desarrollo? *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 79, 2023.

- Una perspectiva adicional del VAR: su incidencia en la delimitación de la interpretación de las reglas del juego y las consecuencias disciplinarias. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 61, 2018.
- PÉREZ TRIVIÑO, José Luís, La definición de deporte: una vuelta de tuerca, 2021. *Iusport*. Disponible en <https://iusport.com/archive/66826/la-definicion-de-deporte-una-vuelta-de-tuerca> Consulta: 13 de abril de 2024.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, 2023, Notas sobre el contenido laboral de la nueva Ley del Deporte. *En Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/01/notas-sobre-el-contenido-laboral-de-la.html> Consulta: 10 de abril de 2024.
- ROQUETA BUJ, Remedios, *Los deportistas profesionales*. Régimen jurídico laboral y de Seguridad Social. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, pág. 99.
- El contenido laboral de la Ley del Deporte. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 79, 2023.
- *Derecho Deportivo Laboral*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2022, pág. 27.
- SALA FRANCO, Tomás, La naturaleza jurídica de las relaciones que unen a los entrenadores y clubes deportivos (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 7 de Barcelona de 18 de septiembre de 1996, acerca de la relación que unía a Johan Cruyff con el Fútbol Club Barcelona. *Revista Actualidad Laboral*. Cizur Menor (Pamplona), La Ley, núm. 1, 1997, págs. 39 y ss.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, Sobre la contratación fija discontinua. *Revista Aranzadi Doctrinal*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 8, 2022.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, La relación jurídica de los árbitros deportivos desde la perspectiva comparada. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*. Las Rozas (Madrid), Aranzadi La Ley, núm. 49, 2015.
- VICANDI GARRIDO, Iñaki, *Estudio transversal del Árbitro Asistente de Vídeo (VAR)*. Lleida, INEFC, 2023.

Ley alemana sobre la Prueba de las Condiciones Esenciales aplicables a una Relación Laboral como freno a la transformación digital: Cómo Alemania se está retrasando en la digitalización del ámbito del derecho laboral

German Act on the Notification of Conditions Governing the Employment Relationship as a brake on digital transformation: How Germany is falling behind on digitization in labour law

Julian Walter Maurer

Colaborador-Asistente de Investigación. Cátedra de Derecho y Seguridad de la Transformación Digital Universidad Técnica de Múnich (TUM), Alemania

ORCID ID: 0000-0001-7691-5352

Recibido: 31/10/2023

Aceptado: 18/4/2024

doi: 10.20318/labos.2024.8744

Resumen: El 1 de agosto de 2022 entraron en vigor en Alemania amplias modificaciones de la *Ley alemana sobre la prueba de las condiciones esenciales aplicables a una relación laboral* (“*Nachweisgesetz*” – *NachwG*; *Ley de Prueba*). Además de los ajustes en el contenido del que el empresario debe informar al trabajador al inicio de la relación contractual (de acuerdo con la Directiva 2019/1152/UE), estas modificaciones también incluyeron, contrariamente a la recomendación de la legislación europea, un endurecimiento del requisito de la forma escrita en la legislación laboral mediante la introducción de disposiciones sancionadoras. El presente artículo examina las circunstancias que rodean el requisito de la forma escrita en el Derecho laboral alemán asociado a la nueva ley y muestra por qué Alemania se está quedando atrás en la digitalización por falta propia.

Palabras clave: Alemania, digitalización, relación laboral, contrato laboral, forma escrita.

Abstract: On 1 August 2022, extensive modifications of the Act on the Evidence of Conditions Essential to an Employment Relationship (*Nachweisgesetz* - *NachwG*) became effective in Germany. In addition to adaptations regarding the content of which the employer must inform the employee at the beginning of the contractual relationship (in accordance with Directive 2019/1152/EU), these modifications also included, contrary to the European recommendation, a tightening of the written form requirement in labour law by introducing sanction provisions. The present paper highlights the circumstances surrounding the

written form requirement in Germany and illustrates how Germany is lagging behind in the digitalisation process.

Keywords: Germany, digital transformation, employment relationship, employment contract, written form.

I. Introducción

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 Unión Europea, establece una amplia armonización de las normas de derecho laboral en toda la Unión Europea. Uno de los objetivos de la directiva es obligar a los Estados miembros a exigir a los empresarios que informen a sus empleados sobre los aspectos esenciales de la relación laboral.

El artículo 3 de la Directiva establece que los empresarios deben proporcionar a cada trabajador las condiciones esenciales del contrato por escrito, aunque aclara que las disposiciones en papel pueden sustituirse expresamente por medios electrónicos, siempre y cuando la información sea accesible para el trabajador, pueda almacenarse e imprimirse y el empresario reciba una prueba de su transmisión o recepción.

Con motivo de la trasposición de la Directiva a la legislación nacional en Alemania, se modificó la Ley alemana sobre la prueba de las condiciones esenciales aplicables a una relación laboral (“*Nachweisgesetz*” – *NachwG*; Ley de Prueba¹) una de las numerosas leyes laborales² en las que se basa la normativa laboral en la República Federal de Alemania.

La Ley de Prueba, introducida en 1995, se corresponde en su finalidad normativa con el artículo 8 de la Ley de Estatuto de los Trabajadores del Reino de España en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo. Desde hace años las autoridades del Gobierno federal, de los *Länder* y de los municipios alemanes se han esforzado por reducir la carga administrativa y la burocracia, tanto para los ciudadanos como para las empresas en Alemania. El Estado alemán es consciente de que la burocracia dependiente del papel requiere ser racionalizada. No sólo por motivos intrínsecos, sino también porque Alemania lleva décadas de retraso en materia de digitalización en comparación con el resto de Europa.

¹ En adelante, se utilizará la denominación „*Ley de Prueba*“ para referirse a „*Nachweisgesetz*“ o su abreviatura común „*NachwG*“. A juicio del autor, el término „*Ley de Prueba*“ es la traducción más adecuada y también se ve recogida en otras publicaciones, por ejemplo, de RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO, Rosa María, Nota jurídica contextualizadora de la ley alemana sobre la prueba de las condiciones esenciales aplicables a la relación laboral, de 20 de julio de 1995, y su traducción castellana, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, A Coruña, UDC, Vol. 13, 2009, pp. 1075-1077. También se podría utilizar el término „*Ley de Comprobación*“, mientras que en obras de habla inglesa se puede utilizar „*Notification Act*“ o „*Law on Notification of Condition*“, como por ejemplo en ELERT, Nicole & BROOKS, Christopher T., *German Employment Law*, Berlin, Editorial Gruyter, 2014, p. 32.

² A diferencia de España, no existe ley amplia que corresponda a la *Ley del Estatuto de los Trabajadores*. En Alemania, las normas de derecho laboral se regulan en el *Código Civil alemán* (“*Bürgerliches Gesetzbuch*” – *BGB*) y en numerosas leyes complementarias, como la mencionada *Ley de Prueba*.

Las Cámaras de Industria y Comercio de Alemania llevan años exigiendo la reducción de los deberes de documentación para disminuir el aumento de la burocracia y evitar posibles desventajas competitivas.³

La competitividad en el mundo administrativo es alta y si Alemania no actúa podría perder la condición de lugar atractivo de inversión, por lo que es de vital urgencia promover la digitalización en todos los ámbitos del derecho. Varios estados federales ya han aprobado sus propias leyes de administración electrónica o de digitalización, la más reciente la del Estado Libre de Baviera con su innovadora *Ley Digital*⁴. También a nivel federal, la *Ley de Gobierno Electrónico*⁵ y la *Ley de Accesibilidad en Línea*⁶ obligan al menos a la administración pública a crear y garantizar el acceso abierto a la administración electrónica. Proyectos de revisión de normas (“Normenscreening”) por parte de ministerios e institutos de investigación analizan las leyes y reglamentos administrativos alemanes en cuanto a los requisitos de forma escrita como barreras para la digitalización.⁷ En el marco de su estrategia digital el gobierno federal tiene previsto examinar futuras leyes federales para comprobar la posibilidad de soluciones digitales, ya en la fase previa a un procedimiento legislativo, con un „chequeo digital“ y, de este modo, reducir específicamente los requisitos de forma escrita en la legislación alemana.⁸

Por lo tanto resulta aún más sorprendente que Alemania no aproveche la modificación de la Ley de Prueba como una nueva oportunidad para tener en cuenta la transformación digital y el cambio de las condiciones del entorno del trabajo digital también en el derecho laboral.

Aunque en un principio se supuso que los obstáculos involuntarios a la digitalización se corregirían en el momento oportuno, hasta ahora no hay ningún ajuste de la ley a la vista.⁹

³ INDUSTRIE – UND HANDELSKAMMER FÜR MÜNCHEN UND OBERBAYERN, 2017. Bürokratie abbauen: IHK-Positionen zur Bundestagswahl 2017. En: *IHK München* [en línea]. Disponible en: https://www.ihk-muenchen.de/ihk/documents/Standort/IHK-Position_Bu%CC%88rokratie-abbauen.pdf [consulta: 18 de agosto de 2023].

⁴ Ley Digital de Baviera, „Bayerisches Digitalgesetz“ (BayDiG).

⁵ Ley de Gobierno Electrónico, “E-Government-Gesetz“ (EGovG).

⁶ Ley de Accesibilidad en Línea, “Onlinezugangsgesetz” (OZG).

⁷ por ej. TUM CENTER FOR DIGITAL PUBLIC SERVICES, So unterstützen wir die digitale Verwaltung von morgen, Projekt „Normenscreening“, En: *TUM-CDPS* [en línea]. Disponible en: <https://www.tum-cdps.de/projekte/> [consulta: 18 de agosto de 2023]; BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN UND FÜR HEIMAT, 2018. Maßnahme gemäß Aktionsplan des IT-Planungsrats „Begleitung des Normenscreenings“. En: *IT-Planungsrat* [en línea]. Disponible en: www.it-planungsrat.de/fileadmin/beschluesse/2018/Beschluss2018-14_18_I_Normenscreening.pdf [consulta: 18 de agosto de 2023].

⁸ BUNDESMINISTERIUM DES INNEREN UND FÜR HEIMAT, 2022. Digitales Deutschland – Souverän. Sicher. Bürgerzentriert. Digitalpolitische Ziele und Maßnahmen bis 2025 des Bundesministeriums des Innern und für Heimat. En: *BMI* [en línea]. Disponible en: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/it-digitalpolitik/digitalprogramm.pdf?__blob=publicationFile&v=2. [consulta: 18 de agosto de 2023].

⁹ En respuesta a numerosas críticas, el Ministerio Federal de Justicia está estudiando actualmente la posibilidad de promulgar una „Ley de Alivio Burocrático (“Bürokratieentlastungsgesetz”), que podría, entre otras

II. La nueva *Ley de Prueba* alemana

La Ley alemana sobre la prueba de las condiciones esenciales aplicables a una relación laboral se remonta a la trasposición de la Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre de 1991 sobre información al trabajador de sus condiciones contractuales, que fue sustituida por 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 Unión Europea. En el marco de la transposición a la legislación alemana se realizó una amplia modificación de la Ley de Prueba, yendo más allá de las modificaciones obligatorias de la Directiva.

Desde el punto de vista del empleado la nueva Ley de Prueba contiene algunas novedades, como la ampliación de la información obligatoria que debe comunicar el empresario (condiciones contractuales esenciales) y la adaptación a las normas europeas de Derecho laboral. Sin embargo, al mismo tiempo, no se elimina ni se flexibiliza el requisito de forma escrita existente para la información sobre los términos esenciales del contrato y el carácter vinculante del requisito de forma escrita se endurece aún más con la introducción de disposiciones sancionadoras.

III. La importancia de la forma escrita en las relaciones laborales según la nueva normativa

1. Anterior situación legal hasta el 31 de julio de 2022

En Alemania, el establecimiento de una relación laboral (perfección de un contrato laboral, § 611a BGB (“Bürgerliches Gesetzbuch” – Código Civil alemán) se realiza, conforme a la teoría general del contrato, mediante el acuerdo entre el empresario como futuro empleador y el futuro empleado como partes contratantes, de acuerdo con las normas de los §§ 145 BGB. Un contrato laboral conforme al § 611a BGB puede, pero no tiene por qué, celebrarse por escrito. Existen excepciones, por ejemplo, en el caso de los contratos temporales, cuya limitación sólo tiene efectos legales en virtud del § 14 Abs. 4 de la Ley alemana sobre el trabajo a tiempo parcial y los contratos laborales temporales (“Teilzeit- und Befristungsgesetz” – TzBfG). También son igualmente válidos los contratos de trabajo celebrados verbalmente o a través de medios telemáticos.

No obstante hay que señalar que en ausencia de un contrato de trabajo por forma escrita, el empresario tenía que comunicar al trabajador las condiciones esenciales del contrato por escrito en el *plazo máximo de un mes* a partir del inicio acordado de la relación laboral y hacerle entrega de la correspondiente declaración firmada. Esto también se aplicaba a los contratos laborales escritos, a no ser que el contrato laboral escrito cumpliera con las obligaciones de información de la Ley de Prueba.

medidas, también poner remedio a las consecuencias que conlleva la modificación de la ley comentada. Sin embargo, aún no se dispone de planes más detallados, ni de un proyecto de ley [31.10.2023].

El contenido de estas notificaciones, que se rigen por el § 2.1 NachwG, era, como mínimo, el nombre y la dirección de las partes contratantes, la fecha de inicio de la relación laboral, la duración previsible de la relación laboral, en su caso, el lugar de trabajo, la remuneración, la jornada laboral acordada, los días de vacaciones anuales, los plazos de preaviso para la finalización de la relación laboral y una referencia en términos generales a los convenios colectivos, acuerdos de trabajo o acuerdos de servicio aplicables a la relación laboral.

La posibilidad del cumplimiento de la obligación de notificar al empleado sobre las condiciones esenciales del contrato por vía electrónica ya estaba excluida antes de la última modificación de la NachwG. Dicha disposición estaba destinada principalmente a informar al trabajador y a satisfacer la necesidad de asegurar que el empleado este informado sobre el contenido de la relación contractual.¹⁰

Por lo tanto los contratos laborales podían celebrarse en principio, de manera informal y, en consecuencia, también a través de medios telemáticos. Sin embargo, para cumplir con las obligaciones de verificación del empleador en virtud de la NachwG, este mismo tuvo que proporcionar a sus empleados transcripciones en papel firmadas a mano.

No obstante, el incumplimiento del requisito de la forma escrita con arreglo al § 2.1 NachwG tuvo poca relevancia práctica, ya que la NachwG no previno ninguna consecuencia jurídica inmanente en caso de incumplimiento debido a que el § 2.1 NachwG no era en sí mismo un requisito formal para la perfección del contrato.¹¹ Sin embargo, el incumplimiento de los deberes atribuibles en el caso de una relación laboral temporal a base de una cesión de trabajadores podría ser un indicio de la falta de fiabilidad del cedente.¹²

Por tanto, en la mayoría de los casos, ni los empleadores ni los empleados tenían que temer la consecuencia legal de la nulidad del contrato prevista en el § 125 BGB. En teoría cabía la posibilidad de que el trabajador reclamara una indemnización por daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación del empresario de facilitarle la notificación correspondiente, pero en la práctica dicha reclamación fracasaría por falta de daños y perjuicios existentes.¹³

¹⁰ BENECKE, Martina, Drittes Kapitel: Abschluss des Arbeitsvertrags, En: KIEL, Heinrich, LUNK, Stefan & OETKER, Hartmut, *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2021, § 36, consid. n° 63; PREIS, Ulrich, 510. Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz – NachwG), En: MÜLLER-GÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich, SCHMIDT, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2022, § 2, consid. n° 1, 2.

¹¹ NORDA, Henriette, STOECKER, Felix, WILDE, Niklas, Der Arbeitsvertrag in elektronischer Form im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Múnich, Editorial C.H. Beck, n° 1, 2022, p. 9.

¹² MENGEL, Anja, Erläuterungen zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, In: THÜSING, Gregor, *Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Kommentar*, Múnich, Editorial C.H. Beck, § 11 consid. n° 5; WANK, Rolf & ROLOFF, Sebastian, 140. Gesetz zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG), En: MÜLLER-GÖGE, Rudi, PREIS, Ulrich, SCHMIDT, Ingrid, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Band 51*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2022, § 11, consid. n° 2.

¹³ NORDA, Henriette, STOECKER, Felix, WILDE, Niklas, Der Arbeitsvertrag in elektronischer Form im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Múnich, Editorial C.H. Beck, n° 1, 2022, p. 9.

Hasta el momento de la modificación de la Ley de Prueba el incumplimiento de la obligación de notificación en virtud de la Ley de Prueba no dio lugar a ninguna sanción directa contra el empresario, si bien el trabajador tenía siempre derecho a reclamar judicialmente el cumplimiento de la obligación de notificación.¹⁴

2. Situación legal desde el 1 de agosto de 2022

Sin embargo, con la adopción de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles en la Unión Europea, el Gobierno Federal finalmente tuvo la oportunidad para aprovechar la necesidad de modificación y así allanar el camino para una digitalización, al menos parcialmente, del derecho laboral en el marco de los ajustes ya necesarios de la Ley de Prueba para cumplir con los requisitos del derecho europeo. La Directiva incluso establece explícitamente esta posibilidad y estipula que, en vista del creciente uso de los medios de comunicación digitales, la información que debe proporcionarse por escrito puede transmitirse también electrónicamente. La modificación de la Ley de Prueba conlleva un gran número de amplios cambios, incluso en lo que respecta al contenido de la relación laboral, sobre el que el trabajador debe ser informado por separado a menos que se celebre un contrato de trabajo por escrito del que se desprenda el contenido mínimo. Además, la Ley de Prueba modificada aclara en su § 2.1 tercera frase NachwG que sigue excluyéndose la posibilidad de facilitar la documentación electrónica de los términos esenciales del contrato.

El mantenimiento del requisito de la forma escrita para poder cumplir con la obligación de informar al empleado es algo sorprendente, ya que no se veía ninguna necesidad en la legislación europea para ello. Más bien, se podía suponer anteriormente que tarde o temprano la modificación retiraría el requisito de la forma escrita o incluso se pronunciaría claramente a favor del uso de los procedimientos de firma electrónica en la legislación laboral alemana.¹⁵ Es cierto que el § 126.3 BGB establece ya desde hace dos décadas que la forma escrita puede ser sustituida por la forma electrónica, salvo que la ley establezca lo contrario. Sin embargo, hay que asumir que la redacción deliberada del legislador en la nueva NachwG representa un compromiso para reforzar el requisito de la forma escrita y que no se haya previsto explícitamente una posible excepción. Esto también se ve respaldado por el

¹⁴ HÖFER, Reinhold, *Kommentierung allgemeiner rechtlicher Teil, Kapitel 4: Rechtsbegründungsakte für Versorgungszusagen und Zusammentreffen mehrerer Versorgungszusagen*, En: HÖFER, Reinhold, EVKE DE GROOT, Simone, KÜPPER, Peter, *Betriebsrentenrecht (BetrAVG), Band I Arbeitsrecht, Kommentar*, Múnich, Editorial C.H. Beck, 2022, consid. n° 17.

¹⁵ NORDA, Henriette, STOECKER, Felix, WILDE, Niklas, *Der Arbeitsvertrag in elektronischer Form im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, Múnich, Editorial C.H. Beck, n° 1, 2022, p. 11.

hecho de que el legislador se decide en contra de un régimen distinto pese a las varias críticas por mantener el requisito de la forma escrita.¹⁶

En lugar del plazo de un mes que se aplicaba anteriormente para el cumplimiento de la obligación de informar, la nueva Ley de Prueba establece además un sistema de plazos dividido en tres etapas.

La información sobre el nombre y la dirección de las partes, la remuneración, el tiempo de trabajo y las pausas debe presentarse ya el primer día laborable de la ejecución del trabajo.

En un plazo máximo de siete días naturales tras el inicio acordado de la relación laboral, se debe hacer constar por escrito la información sobre la fecha de inicio, en su caso sobre la temporalidad, el lugar de trabajo, la actividad laboral, el período de prueba, posibles servicios de guardia y el régimen de horas extraordinarias.

Al cabo de un mes como máximo, el empresario debe proporcionar al empleado información sobre vacaciones, programas de formación continua, planes de pensiones, procedimientos de despido, convenios colectivos, los acuerdos de empresa y otras materias relacionadas. No obstante, la obligación de informar también puede cumplirse en su totalidad el primer día laborable.

2.1 Sanciones graves en caso de uso de procedimientos electrónicos

Ahora bien se podría suponer que la no retirada del requisito de la forma escrita constituye un mero e insignificante error de redacción y que la disposición, al igual que antes, no tiene ninguna repercusión práctica significativa para los empresarios y los empleados. Sin embargo, este no es el caso. Al modificar la Ley de Prueba, el gobierno federal decidió deliberadamente no permitir el cumplimiento de las obligaciones empresariales mediante procedimientos electrónicos.

El nuevo § 4.1 n° 1 NachwG establece, entre otras disposiciones, que los empresarios que, en contra de lo dispuesto en el § 2.1 primera frase NachwG, no hagan entrega de una cláusula material del contrato a la que se refiere el § 2.1 segunda frase NachwG ya sea de forma incompleta, incorrecta, *en otra forma que la prescrita* o fuera de su plazo, cometen una infracción administrativa. De acuerdo con el § 4.2 NachwG, esta infracción administrativa puede ser castigada con una multa de hasta dos mil euros.

En general, el establecimiento de una cláusula sancionadora sería beneficiosa para los trabajadores, especialmente cuando el empresario no se enfrentaba a ninguna conse-

¹⁶ Por ejemplo por parte de *GESAMTMETALL* (Asociación de Empresarios de la Industria Metalúrgica y Eléctrica), *BVAU* (Asociación Federal de Juristas Laborales en Empresas), *BDA* (Asociación Federal de Empresarios Alemanes), o también *BRA* (Confederación de Magistrados Laborales). Una recopilación de las manifestaciones de la consulta previa que se han tenido en cuenta en el procedimiento legislativo se puede consultar en la página web del *Bundestag* (Parlamento alemán). Disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/899464/851754bbbcb3f7b667b5c7d59be3778/Materialien-EU-Richtlinie-data.pdf> [consulta: 18 de agosto de 2023].

cuencia significativa bajo la legislación anterior si violaba deliberadamente su obligación de documentación. Sin duda, muchos empleados no son conscientes de que el empresario está obligado a proporcionar información y probablemente no la exigirán, lo que da lugar a un mayor desconocimiento de los derechos del trabajador.

No obstante, parece poco razonable ampliar el alcance de la disposición sobre las multas al cumplimiento del requisito de la forma escrita. Hoy en día, con la firma electrónica, ya existen formas y posibilidades comprobadas eficaces para la creación de documentos digitales de forma jurídicamente segura. Esta es una de las razones por las que, desde el 1 de agosto de 2022, incluso es posible constituir empresas en Alemania en el procedimiento notarial en línea mediante una firma electrónica cualificada.

El legislador alemán debería haber actuado aquí y haber creado la posibilidad de hacer uso de la firma electrónica para la firma del documento en cuestión.

2.2. Consecuencias prácticas para la gestión de las relaciones laborales

En la práctica las disposiciones de la nueva Ley de Prueba hacen imposible organizar el proceso de contratación e incorporación sin sufrir de *media discontinuity*¹⁷. La celebración de un contrato de trabajo a través de medios telemáticos, que en principio sigue siendo posible, queda prácticamente obsoleta por las disposiciones de la Ley de Prueba, ya que el empresario debe, al menos seguir facilitando la información sobre las condiciones contractuales importantes por escrito. Dado que la gran mayoría de los contratos laborales suelen contener la información necesaria de todos modos, la carga administrativa se duplicaría.

Aunque el incumplimiento todavía no conlleva la invalidez de la relación laboral, el empresario tiene ahora que temer sanciones muy graves en caso de incumplimiento con la normativa establecida. En particular, las empresas con un elevado número de empleados y, por tanto, con una alta rotación de personal, se enfrentan a importantes sanciones.

De forma concreta la perspectiva de sanciones de hasta 2.000 euros en casos individuales impedirá que los empresarios sigan impulsando de forma eficaz y eficiente los esfuerzos de digitalización en el ámbito de los recursos humanos en el futuro.

Sin embargo un aspecto más positivo es que las normas más estrictas, que obligan a los empresarios a tomar la iniciativa, solo se aplican a los nuevos contratos laborales creados de forma posterior al 1 de agosto de 2022. No obstante, cabe señalar que los trabajadores cuyos contratos se celebraron antes del 1 de agosto de 2022 también tienen derecho a recibir una notificación de los elementos del contrato por escrito si lo exigen explícitamente al empresario. A continuación, el empresario debe realizar esta notificación por escrito en un plazo de 7 días después de la solicitud del empleado.

¹⁷ El término inglés *media discontinuity* (o *media disruption*) se refiere al cambio entre diferentes medios dentro del mismo proceso de procesamiento o adquisición de información.

En este contexto cabe mencionar, sin embargo, que cambios en las relaciones laborales existentes también se ven afectados después del 1 de agosto de 2022 por la nueva normativa. Por lo tanto, se constituye un requisito de forma escrita para la información del empleado sobre cambios tales como aumentos de sueldo, ascensos, cambios de lugar de trabajo, etc., que hasta ahora en la práctica suelen ejecutarse por vía electrónica.¹⁸

2.3. Doble media discontinuity en la conservación de expedientes electrónicos de personal

La gestión digital de los expedientes de personal es ya una práctica habitual, sobre todo en las grandes empresas con actividad internacional. Todos los documentos y la información que surgen en el contexto de la relación laboral se hacen accesibles digitalmente, lo que facilita, entre otros aspectos, la rápida consulta de dichos documentos y la mejora de la eficacia de los respectivos departamentos de RRHH.

Desde una histórica sentencia en materia de derecho de arrendamiento dictada por el Tribunal Federal de Justicia de Alemania en el año 2007, cuyos principios sin embargo, pretenden gozar de validez general¹⁹, sabemos que la cuestión de si un documento se ajusta o no a la forma escrita debe valorarse, en principio, desde el punto de vista del momento en que se firmó, por lo que los hechos reales posteriores (por ejemplo, el escaneo y la posterior destrucción del documento original) ya no pueden poner en cuestión la conformidad con la forma escrita de aquel documento original.²⁰

En la práctica las empresas se enfrentan ahora al problema de tener que complementar los contratos de trabajo celebrados electrónicamente y fácilmente archivables con la notificación escrita obligatoria sobre los elementos esenciales del contrato, para luego escanear esta prueba escrita, archivarla nuevamente, concluyendo con la destrucción del documento original en caso necesario. Los contratos de trabajo celebrados exclusivamente de forma electrónica que contienen todas las informaciones obligatorias no cumplen los requisitos de la Ley de Pruebas. El nuevo reglamento no sólo supone una mayor carga administrativa para la gestión de los recursos humanos, sino que abre así la puerta a un nuevo despilfarro de papel y recursos de forma innecesaria.

IV. Gestión electrónica de relaciones laborales en España *de lege lata*

Si entendemos por gestión de relaciones laborales no sólo el mero establecimiento jurídico de la relación laboral en términos jurídico-técnicos, sino también los aspectos

¹⁸ GAUL, Björn, PITZER, Saskia & PIONTECK, Alexander, Das neue Nachweisgesetz - Handlungsempfehlungen für die Arbeitsvertragsgestaltung, En: *DER BETRIEB*, Düsseldorf, Editorial Otto Schmidt, 2022, p. 1834.

¹⁹ véase LÜTHGE, Henrik, SPRINGER, Nina, Vollständige Digitalisierung von Personalakten: Rechtslage, Risiken und Sicherheitsvorkehrungen bei der Vernichtung von Unterlagen mit Schriftformerfordernis, En: *Betriebsberater*, Fráncfort del Meno, Editorial dfv, 2017, p. 1398.

²⁰ Sentencia del Bundesgerichtshof de 2 de mayo de 2007 (R° ZR 178/04, Sala duodécima de lo Civil).

administrativos asociados, también debemos tener en cuenta las demás obligaciones y requisitos administrativos vinculados, como los de información.

Como ya se ha mencionado al principio, la forma del contrato laboral se regula en España en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores (E.T.). Según el art. 8.1 E.T., el contrato de trabajo puede celebrarse por escrito o de palabra. De conformidad con el art. 8.2 E.T., deben celebrarse siempre por escrito si así lo exige específicamente la ley. En todo caso, los contratos laborales de prácticas y para la formación y el aprendizaje, los contratos a tiempo parcial, fijos-discontinuos y de relevo y los contratos para la realización de una obra o servicio determinado, así como los contratos por tiempo determinado cuya duración sea superior a cuatro semanas, deben celebrarse por escrito. Por lo tanto, esto también se aplica a los contratos de trabajo para pescadores, empleados que trabajan en el extranjero y empleados que son contratados en España para trabajar para empresas españolas en el extranjero. Sin embargo, el incumplimiento del requisito de la forma escrita no tiene consecuencias negativas para el trabajador, e incluso las consecuencias para el empresario son asumibles: si no se cumple el requisito de la forma escrita, el contrato de trabajo se considera celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo que se demuestre lo contrario, que se trata de un contrato de duración determinada o a tiempo parcial.

Sin embargo, a diferencia de Alemania, el empleador debe entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos para los que la ley estipula la forma escrita (art. 8.4 E.T.). La copia básica será entregada por el empleador –también de conformidad con el art. 8.4 E.T.– en un plazo máximo de diez días tras la celebración del contrato a la representación legal de los trabajadores, cuyos representantes la firmarán a efectos de acreditar que se ha producido la entrega. A continuación, esta copia básica se envía a la oficina de empleo. Si no existe representación legal del trabajador, también debe redactarse una copia básica y enviarse a la oficina de empleo. Si la relación laboral durará más de cuatro semanas, el empresario debe informar por escrito al trabajador de los elementos esenciales del contrato y de las condiciones más importantes para la realización del trabajo, de conformidad con el art. 8.5 E.T., en las condiciones y plazos previstos, a menos que estos elementos y condiciones figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Sin embargo, todas estas disposiciones, que a primera vista parecen obstaculizar la celebración y gestión electrónica de contratos laborales o la gestión electrónica de las relaciones laborales, no deberían plantear ningún problema práctico conforme a la situación jurídica actual. De acuerdo con el Art. 23.1 de la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información, los contratos celebrados por vía electrónica producen todos los efectos previstos en el ordenamiento jurídico si se cumplen los requisitos de consentimiento y demás necesarios para su validez. Según el art. 23.3 de la Ley 34/2002, el requisito de la forma escrita se cumple en particular también si el contrato o la información están contenidos en un soporte electrónico de datos. Por consiguiente, el requisito de la forma escrita debería cumplirse de manera suficiente con arreglo a la legislación vigente si el contrato respectivo entre empresario y trabajador se celebra utilizando medios de

comunicación electrónicos. No obstante, parece conveniente y aconsejable utilizar una *firma electrónica avanzada* o incluso una *firma electrónica cualificada*, que cumpla la normativa eIDAS.

V. Gestión electrónica de relaciones laborales en España *de lege ferenda*

En España se encuentra actualmente con el *Proyecto de Ley por la que se modifican el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, y otras disposiciones en materia laboral, para la transposición 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 Unión Europea*, un proyecto legislativo en preparación que –en su forma actual– incluye amplias modificaciones del art. 8 del Estatuto de los Trabajadores. La redacción prevista del art. 8.5 E.T. parece –entre otros aspectos– especialmente interesante: “*La empresa debe informar **por escrito** a la persona trabajadora, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales de su relación laboral, tanto en el momento en que ésta se inicie como cuando se produzca cualquier modificación de dichos elementos*”. Al igual que la Ley de Prueba alemana, se refiere a una obligación de información por escrito.

En aras de una legislación de fácil aplicación e interpretación por parte de los afectados (principalmente los empresarios); el legislador debería revisar si la normalización explícita del requisito de forma escrita para esta información contractual es realmente pertinente y necesaria. Es cierto que en España, como se ha descrito anteriormente y a diferencia de Alemania, la legislación vigente ya permite cumplir el requisito de la forma escrita por vía electrónica. Sin embargo, cabe temer que, en la práctica, los empleadores tienden a querer cumplir sus obligaciones de información mayoritariamente por escrito. El legislador podría aprovechar ahora la oportunidad y estipular en el texto normativo la posibilidad de facilitar la información mediante un documento cualificado firmado electrónicamente. La obligación del empresario de facilitar toda la información necesaria sobre los aspectos más relevantes de la respectiva relación laboral resulta especialmente importante para garantizar que los trabajadores conozcan claramente las condiciones de la misma. Al mismo modo, debe evitarse que la carga administrativa para todas las partes implicadas, aumente aún más y se burocratice en exceso. Tampoco debe subestimarse el efecto señalizador de la redacción de tales normas.

VI. Conclusiones

Dado que la forma escrita debe cumplirse como muy tarde en el momento de la comunicación del contenido esencial de la relación contractual, si no lo hace ya constancia en un contrato escrito, no es posible establecer procesos completamente digitales para la gestión de las (futuras) relaciones laborales y hacer realidad el concepto de la “*oficina sin papel*”;

puesto que esta problemática supone un inmenso freno a la digitalización y a la transformación digital en el derecho laboral alemán. Con la nueva Ley de Pruebas se promueve la sanción de su incumplimiento, que se ve combatido activamente en otros sectores del derecho alemán. Mientras que, en todos los demás países de la Unión Europea, la firma electrónica sustituye a la firma manual²¹ y la directiva en la que se basa la enmienda, deja margen para la digitalización, sin embargo, Alemania se decidió en contra de la digitalización en la legislación laboral. Queda por ver si el legislador cederá y someterá la normativa a una nueva revisión, como sería posible en el marco de una supuesta *Ley de Alivio Burocrático*. De cualquier forma, ceñirse a la entrega en papel y a la firma manual del documento informativo no parece conveniente, tampoco en lo que respecta a la finalidad de informar mejor a los empleados. En el mundo actual, existen numerosas posibilidades de informar a los empleados de forma adecuada y comprensible utilizando diversos medios electrónicos. Parece que los responsables políticos han admitido ahora este problema y pretenden contrarrestar el descontento de los empresarios afectados. En diciembre de 2023, el Bundestag alemán debatió por primera vez un correspondiente anteproyecto de ley del grupo parlamentario *CDU/CSU*²². Tras el primer debate en el Bundestag, la iniciativa se remitió a la comisión principal de trabajo y asuntos sociales para que siguiera debatiéndose. Los partidos de la oposición piden al Gobierno federal que reforme la Ley de Prueba para que permita a los empresarios facilitar y transmitir las condiciones esenciales de trabajo a los empleados por escrito o en formato electrónico. Con ello, se pretende sobre todo atender a la nueva realidad derivada del avance de la digitalización en todos los ámbitos de la vida. El Gobierno Federal parece haber respondido a este impulso de los partidos de la oposición. El 13 de marzo de 2024, la coalición de Gobierno aprobó un proyecto legislativo correspondiente de una Cuarta Ley de Alivio Burocrático. Esta ley también significaría cambios en la Ley de Prueba, que, en su versión reformada, supuestamente debería permitir aportar pruebas de las cláusulas contractuales esenciales en mera forma de texto, siempre que el documento sea accesible para los trabajadores, pueda guardarse e imprimirse y el empresario reciba una prueba de su transmisión o recepción. Esto contemplaría que los requisitos de la Ley alemana de Pruebas se podrían cumplir plenamente transmitiendo la información obligatoria al trabajador en forma de texto. Sin embargo, resulta problemático que el proyecto normativo siga exigiendo la forma escrita si los trabajadores lo solicitan explícitamente o trabajan en los sectores económicos mencionados en el artículo 2.1 de la Ley alemana de Lucha contra el Fraude Laboral, como la construcción, la restauración, el transporte de mercancías u otros. Queda por ver si la Cuarta Ley de Alivio Burocrático se aprobará efectivamente de esta forma y si la modificación de la Ley de Pruebas se hará realidad.

²¹ BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER, Neues Nachweisgesetz – Arbeitsverträge jetzt nur noch schriftlich und mit mehr Inhalt, En: *BRÄK* [en línea]. Disponible en: <https://www.brak.de/newsroom/news/neues-nachweisgesetz-arbeitsvertraege-jetzt-nur-noch-schriftlich-und-mit-mehr-inhalt/> [consulta: 18 de agosto de 2023].

²² Los partidos de oposición CDU (Unión Demócrata Cristiana de Alemania) y CSU (Unión Social Cristiana de Baviera) forman un grupo parlamentario conjunto en el Bundestag alemán. Ambos partidos pertenecen al Partido Popular Europeo (PPE).

DEBATE

La gran dimisión. Perspectivas jurídicas*

The Great Resignation. Legal perspectives

Miguel Rodríguez-Piñero Royo**

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla
Senior Counsellor, PwC

ORCID ID: 0000-0001-7926-6175

doi: 10.20318/labos.2024.8745

Resumen: La Gran Dimisión es un fenómeno propio de un momento y un lugar concretos, pero en otros países se están viviendo cosas parecidas, que pueden considerarse “pequeñas dimisiones”. No es tanto un rechazo al trabajo como a ciertos tipos de éste, los que el mercado de trabajo está generando en el siglo XXI, que no son valorados por el las personas que están llegando a éste. Hay una huida del mercado de trabajo, un auténtico Trabexit. En este trabajo se define este fenómeno desde una perspectiva legal, con especial atención a las consecuencias jurídicas de abandonar un puesto de trabajo. A partir de ahí se reflexionará sobre la existencia de un “derecho a decidir” sobre el trabajo y su impacto en la propia vida. Finalmente, se prestará atención a algunos derechos de última generación que están apareciendo en nuestro ordenamiento, que afectan a esta capacidad de decisión de las personas.

Palabras clave: Gran Dimisión; TRABEXIT, derecho a decidir; derecho al trabajo; deber de trabajar; jubilación.

Abstract: The Great Resignation is a phenomenon specific to a certain time and place, but similar things are happening in other countries, which can be considered “small resignations”. It is not so much a rejection of work as of certain types of it, those that the labour market is generating in the 21st century, which are not valued by the people who are entering it. There is a flight from the labour market, a real Trabexit. This paper defines this phenomenon from a legal perspective, with special attention to the legal consequences of leaving a job. From there, it will reflect on the existence of a “right to decide” about work and its impact on one’s own life. Finally, attention will be paid to some last-generation rights that are appearing in our legal system, which affect this decision-making capacity of individuals.

Keywords: Great Resignation; TRABEXIT; right to choose; right to work; duty to work; retirement.

*Este texto se basa en la intervención de su autor en el Seminario de Derecho del Trabajo organizado por el Departamento homónimo de la Universidad de Valencia titulado “Dos perspectivas sobre la Gran Dimisión”, celebrado en la Facultad de Derecho de esta universidad el 23 de marzo de 2024.

**Este trabajo es un resultado científico del Proyecto de Investigación “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00”, de la Convocatoria 2022 – «Proyectos de Generación de Conocimiento», en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

1. La Gran Dimisión y las pequeñas dimisiones

La Gran Dimisión es, en realidad, un fenómeno pequeño, limitado en el tiempo y en el espacio, entendible en un contexto peculiar, el mercado de trabajo estadounidense, y en un momento singular, el abandono forzoso y temporal de millones de empleos como consecuencia de la Pandemia COVID-19. Fue espectacular, sobre todo por lo inesperado y sin precedentes; supuso un enorme desafío para empleadores no preparados para afrontar estas dificultades; e igual que se vino se fue, puesto que al poco comenzó a hablarse de su desaparición.

Esta Gran Dimisión tuvo un impacto enorme en el imaginario colectivo, acuñando una expresión de uso común y llamada a quedarse en el lenguaje de quienes nos dedicamos a las relaciones laborales. Fuera o no fuera importante, su efecto sí lo fue. Sirvió para ponerle nombre a fenómenos hasta entonces sin bautizar; y centró la atención en otras realidades del mercado de trabajo, conexas a ésta, que hasta entonces pasaban desapercibidos. De esta manera, el término pasó a incluir también otras prácticas diferentes a las originales, como la “dimisión silenciosa”, en la que las personas se distanciaban de sus empresas y empleos sin llegar a formalizar una renuncia; o el “secondary employment”, la búsqueda de segundas ocupaciones que completaran lo que la primera no era capaz de satisfacer.

En España se discute si hubo o no Gran Dimisión. La realidad laboral es completamente diferente, con un mercado de trabajo mucho menos ágil que el de los Estados Unidos. Traumatizados como estamos por el paro, temerosos de perder nuestros empleos, la decisión de dejar de trabajar para dedicarnos a otras cosas no está en nuestro esquema mental. Se dio además la circunstancia de que los efectos de la pandemia se gestionaron de otra manera, evitando la salida del empleo y optando por desactivar a trabajadores y empresas. Aun así, hubo cambios que resultaron muy visibles, y por esto se acuñó una expresión para denominar a este fenómeno, la “Gran Rotación”, que venía a decir que había más transiciones que antes de la pandemia, especialmente en algunos sectores. Esta expresión es la que llegó a utilizar el Ministerio de Trabajo cuando las empresas comenzaron a dar la alarma sobre sus dificultades para contratar. Aunque también se ha acuñado la expresión (Javier Esteban dixit) de “la España que dimite”, por quienes consideran que el nivel de salidas voluntarias del empleo en nuestro país es extraordinario.

Tenemos, pues, una Gran Rotación, que difería sustancialmente de cuando ocurría en otros países. Buscamos, además, una explicación para ella, que la alejaba de éstos y de la oscura sombra de la Gran Dimisión. Se decía que los nuevos comportamientos obedecían a causas generacionales, que a su vez eran culturales: habían llegado nuevas cohortes de población al mercado de trabajo, formadas por personas de otras generaciones cuya actitud ante el trabajo era distinta. Empezaban a llegar a las empresas trabajadores con una actitud diferente ante la vida y ante el trabajo. Millennials y centennials se comportaban de otra manera, también cuando trabajaban, y esto explicaba lo que estaba pasando en el mercado laboral.

Había otra explicación, opuesta y contradictoria, que ponía el foco no en las personas si no en los trabajos. Faltaba gente en aquellos sectores que generaban puestos mal

remunerados, con malas condiciones, o ambos. Lo que está pasando es lo que pasaba ya hacía años en algunos sectores, como la agricultura, que fue desde este punto de vista pionero. Como corolario a esta visión centrada en el mercado se identificaban sectores concretos donde la causa de la alta tasa de rotación no eran las condiciones laborales, sino el desequilibrio entre oferta y demanda de trabajo. La insuficiencia de algunos perfiles profesionales empoderaba a estas personas, que se veían en condiciones de ser más exigentes y selectivos, y de diseñar carreras profesionales basadas en el cambio de empleador para mejorar y ascender.

Ambas explicaciones son razonables, y las dos explican cosas que pasan. Una y otra son insuficientes, y ni siquiera de consuno ofrecen una justificación completa de todas las corrientes en el mercado laboral. Cuando un médico o enfermero, profesional cualificado, emigra a otro país no es porque no tenga oportunidades profesionales aquí, es que no le convencen las que hay. Cuando un profesor decide adelantar la edad de su jubilación, no es un miembro de la Generación X que no valora su profesión, es un baby boomer que está harto de la suya. Cuando un profesional de consultoría busca otra empresa similar porque no se le ha dado el ascenso que esperaba o reconocido el bonus que creía merecer, es que no está dispuesto a admitir decisiones que considera injustas. Cuando actividades con empleo asegurado no encuentran sustitutos para las personas que se jubilan, es que no resulta atractivo dedicarse a esto. Cuando se abandona una empresa a los pocos años para preparar unas oposiciones, es que se asocian unas ventajas con ser funcionario que compensan el riesgo y el esfuerzo. Hay motivos diferentes, para unos efectos similares.

En España no hay Gran Dimisión, pero sí pequeñas dimisiones. El mercado ve aparecer prácticas poco frecuentes o desconocidas hasta ahora, que se traducen en abandono de puestos de trabajo o de la propia actividad profesional, en personas con perfiles de edad, cualificación e ingreso muy distintos. Estas prácticas comparten algunos elementos, como el abandono de trabajos no satisfactorios, de poca o insuficiente calidad podríamos decir. Siempre que, es claro, aceptemos que la calidad en el empleo debe ser entendida en sentido amplio, que desborda los elementos puramente contractuales con los que los iuslaboralistas solemos identificarla. Hay contratos malos, pero también trabajos malos, que no te satisfacen, que te complican la vida, que no te dejan desarrollar el modelo vital que tienes pensado.

Cada pequeña dimisión tiene sus notas, que la diferencian de las otras. No siempre supone dejar de trabajar, aunque en ocasiones el resultado es la autoexclusión de la actividad profesional. No siempre afecta a las últimas generaciones, porque las últimas cohortes de baby boomers están afrontando su jubilación de una manera diferente, no como un final sino como el principio de una vida libre de obligaciones y ataduras laborales. No siempre se es valiente o supone tomar decisiones arriesgadas.

Como conclusión creo que la experiencia española, aun negando la existencia de una Gran Dimisión, refleja que se ha producido una variación de prioridades de las personas, que ha supuesto cambios en el nivel de tolerancia que muestran hacia las exigencias de su vida laboral. Podemos señalar, como elemento común, un cierto desapego

en relación con el trabajo, una reubicación dentro del esquema de vida que se tiene, una democión en la escala de valores de las personas. Se detecta la búsqueda de un mayor control de la propia vida, que en ocasiones supone una huida del trabajo en sí, y en otras una del mercado de trabajo, de las oportunidades profesionales que éste genera. No todos quieren dejar de trabajar; todos sí quieren abandonar algunos trabajos.

Buscando ponerle nombre a esta realidad, para la que el de “Gran Dimisión” era excesivo, se nos ocurrió, a un grupo de investigadores en busca de proyecto, el de “Trabexit”, siguiendo la tendencia de denominar con la raíz “exit” a todas las salidas, fugas y rupturas que se den. Es una salida (un “exit”) y lo es del trabajo, o al menos de algunos trabajos. Porque a nuestro juicio de lo que se trata no es tanto de dejar de trabajar (aunque en algunos casos éste sea el resultado), como de dejar trabajos o situaciones profesionales concretas. Se huye de las malas condiciones laborales, de empleos insatisfactorios, de una vida agobiada por las decisiones profesionales. Por esto hemos definido el Trabexit no como una huida del trabajo, sino del mercado de trabajo. Porque es el mercado el que genera empleos que no compensan, que quieren cambiarse por otros mejores. Esta protección frente al propio mercado es muy clara en alguna de estas decisiones, como la de acceder al empleo público antes que al privado, al considerarse que el primero está más resguardado de la situación de aquél (aunque resulte especialmente vulnerable a los condicionantes presupuestarios). Lo mismo ocurre con el nomadismo digital, en el que se disocia el mercado de trabajo del lugar de residencia, para buscar una situación mejor.

El concepto tiene la utilidad de que permite dar unidad a cosas diferentes, al identificar el elemento común que todas ellas comparten. Y creemos que hace más justicia a la realidad española que la palabra “Gran Dimisión”, al menos si la interpretamos en un sentido estricto. Pensamos, pues, para terminar que lo que vemos hoy en España son multitud de pequeñas dimisiones, de muy distinto tipo, que expresan sin embargo una tendencia común: la huida del mercado de trabajo, a la que llamamos Trabexit.

2. La Gran Dimisión y la ley: ¿existe un derecho a decidir?

2.1. Analizando el ordenamiento jurídico

Analizar los aspectos jurídicos de fenómenos como el Trabexit y la Gran Dimisión exige estudiar numerosos sectores del ordenamiento jurídico, pues son múltiples sus vertientes. Es obvio que debemos centrarnos en el Derecho del Trabajo, que contiene la regulación de muchas de sus modalidades. También debemos trabajar con el Derecho del Empleo, puesto que la persona que abandona una ocupación o se niega a aceptar una es un demandante de empleo, lo que genera una serie de consecuencias importantes que condicionan su actuación. De la misma manera, el abandono de un trabajo tiene sus efectos desde el punto de vista del Derecho de la Protección Social.

El papel del Derecho del Empleo Público es claro igualmente, desde el momento en que una parte importante de estas transiciones se producen hacia el sector público,

por lo que la regulación de sus condiciones de acceso y de salida son especialmente trascendentes.

El Derecho Constitucional aporta la base fundamental para la actuación de las personas en el mercado de trabajo, que es tanto el derecho del trabajo como el deber de trabajar. Elementos ambos que han sido tradicionalmente poco valorados, pero cuya virtualidad práctica ha sido en ocasiones importante, como cuando sirvió de base para la limitación del despido (obstaculizando las propuestas de contrato único) o cuando justificó las propuestas para una renta universal que compensara la incapacidad del Estado de darle cumplimiento. En particular el deber de trabajar, tan inusual en el panorama comparado, debe ser especialmente considerado, porque interpretado literalmente puede suponer una limitación a algunas de estas transiciones profesionales.

El impacto de otras regulaciones es menos evidente. A primera vista el Derecho Mercantil tiene poco que decir. Sin embargo, si analizamos las limitaciones a la movilidad de las personas por cuestiones de competencia postcontractual, confidencialidad, secretos industriales o propiedad intelectual encontramos una conexión. De la misma manera, el Derecho de la competencia limita prácticas en materia de personal como las ofertas de contratación de empleados de otra empresa, o los pactos entre compañías para impedir el transfuguismo de profesionales cualificados. Finalmente, la huida del mercado de trabajo hacia el autoempleo, individual o colectivo, pone igualmente a las personas en la órbita de esta rama del Derecho.

El impacto del Derecho Fiscal es más visible, aunque se ciñe a aspectos concretos como el trato tributario que reciben los trabajadores autónomos (que puede incentivar o desmotivar el tránsito hacia el autoempleo), y sobre todo el tratamiento fiscal de las cantidades pagadas en supuestos de extinción del contrato, especialmente indemnizaciones.

2.2. Perspectivas de estudio

Analizar el Trabexit desde el Derecho nos plantea varias perspectivas de estudio. La primera sería el papel que tiene el Derecho en este fenómeno, cómo ha afectado la regulación laboral a la conducta de las personas en el mercado de trabajo. Parece claro que uno de los factores que la condicionan es la pérdida de calidad, en distintas perspectivas, del empleo. Es cierto que ésta es el resultado de múltiples factores metajurídicos; también lo es que el Derecho del Trabajo no ha sido capaz de detener la tendencia de la economía a producir el tipo de trabajos de los que la gente huye. Ello, a pesar de intentarlo desde hace décadas. Incluso cuando se ha abandonado, como ha pasado en los últimos años, la idea que la necesidad de generar empleos en número suficiente justificaba que se ignoraran los aspectos cualitativos de éstos, la realidad es que las reformas laborales están tardando en producir el efecto deseado. Además, hay aspectos de los puestos de trabajo, como la carga y el clima laborales, la satisfacción y la retribución, que resultan difíciles de controlar desde el ordenamiento, que sólo puede intervenir de manera indirecta promoviendo la actuación colectiva o subiendo el salario mínimo. Con todo, es preciso

ser consciente de este efecto a la hora de valorar la situación actual del marco jurídico laboral, y de proponer cambios y mejoras.

La segunda cuestión a plantearse sería cómo afectan las distintas instituciones laborales a las decisiones de las personas en el mercado de trabajo. Si estamos hablando de huir del mercado de trabajo, de lo que hablamos es de actuaciones concretas (dimitir, jubilarse, emigrar, opositar), que tienen una regulación jurídica determinada. Es preciso valorar ésta, y esto es lo que pretendo hacer en las páginas que siguen. Por un lado, identificar los límites que estas regulaciones imponen a las decisiones de las personas. Por otro, y a partir de éstos, deducir qué valoración hace el Derecho del Trabajo de cada una de éstas, si las considera dignas de tutela, promoción o restricción. Porque la actitud del ordenamiento no es la misma para una dimisión que para un despido indirecto, para una jubilación anticipada que para una retrasada, para una trabajadora víctima de violencia de género que para una persona que no sufre esta condición.

Finalmente, debemos plantearnos qué actitud debe tener el Derecho frente a estas conductas. Desde una perspectiva de *lege ferenda*, debemos reflexionar si hay que amparar las decisiones de las personas que no soportan su trabajo, en sus diversas modalidades. Si en el Derecho del Trabajo del siglo XXI una de las prioridades debe ser la libertad de las personas para organizar su vida. Para ello hay que distinguir las distintas dimensiones del trabajo y de sus efectos, que no se limitan a la satisfacción personal o felicidad, sino que alcanzan otros aspectos como la salud laboral, la satisfacción de necesidades de cuidado o la atención a dependientes.

En toda esta investigación jurídica subyace una cuestión fundamental: ¿qué capacidad de decisión tienen las personas en el mercado de trabajo? O, dicho en otras palabras, ¿existe un derecho a decidir sobre el papel del trabajo en la propia vida?

3. La decisión de dejar de trabajar

Como muestra de la actitud del ordenamiento frente a las elecciones personales analizaremos la decisión de dejar de trabajar, esto es, de abandonar un puesto de trabajo o una actividad económica de manera voluntaria. En realidad, este abandono puede producirse en múltiples contextos, lo que variaría su tratamiento jurídico: en una declaración de incapacidad también se deja de trabajar, por supuesto. De lo que quiero ocuparme es de aquellas situaciones en las que la persona, pudiendo seguir desarrollando su actividad profesional, decide de manera libre y voluntaria parar de hacerlo.

3.1. La dimisión

Cuando en el Derecho español afrontamos este tipo de situaciones, enseguida conectamos con una institución jurídica, la dimisión. Ésta es una decisión no causal, que el empleado ejercita con escasas limitaciones. Sin necesidad de alegar causa alguna, ni estar

sujeta a obligaciones formales estrictas, las únicas restricciones reales son las que el propio trabajador quiera asumir en su contrato. Sobre la base de estas características se concluye que en España las personas tienen libertad para desligarse de una relación laboral, un verdadero derecho a decidir si quieren seguir en el empleo de otro. Ahora bien, este análisis resulta a mi juicio superficial, porque lo que debemos considerar también son los costes reales de su ejercicio.

¿Cuáles son los costes de dejar de trabajar? Varían considerablemente en función de las circunstancias personales, funcionales y causales. El ordenamiento ignora, por supuesto, los costes personales en términos de sufrimiento, desarraigo o autoestima, sino que solo los aspectos económicos son valorados. Incluso cuando en los debates laborales se habla de la posibilidad de instaurar indemnizaciones reparadoras en caso de despido, este aspecto se calcula en términos estrictamente dinerarios, en función de la pérdida de ingresos o de oportunidades profesionales.

La persona que dimite por su propia decisión personal se expone a una cadena de consecuencias económicas potencialmente desastrosas: pérdida de ingresos salariales, obviamente; y pérdida de rentas sustitutorias de éstas, a las que no podrá acceder por no estar en situación legal de desempleo. Nuestro modelo de protección frente a esta contingencia se basa en diferenciar las causas que lo producen, valorándolas como dignas de protección, o como indignas de ésta, en función de aquéllas. Y si lo que genera la pérdida del trabajo es la voluntad unilateral, no justificada de la persona que trabaja, entonces se le excluye de ésta. Para el ordenamiento jurídico, y como regla general, dimitir puede ser legítimo, pero no algo que deba ser tutelado o promovido. Para el trabajador, dimitir es saltar sin red.

En la cultura española, y como consecuencia de nuestro modelo de regulación del despido, se tiende a monetarizar la antigüedad, considerando que la salida de una persona debe ser recompensada por su empresa mediante el pago de una cantidad, incluso cuando ésta se produce por mutuo acuerdo entre las dos partes, o por iniciativa del propio trabajador. Las indemnizaciones en acuerdos de salida están penalizadas en España, de tal modo que reciben un tratamiento fiscal mucho más desfavorable que las indemnizaciones por despido. Estas últimas están exentas de tributación, hasta un límite. Las cantidades pagadas cuando no hay un despido se consideran, a todos los efectos, como donaciones, quedando sujetas al pago del IRPF. De esta manera, el trabajador que dimite, en los casos en los que acuerda con su empresa el pago de una cantidad, va a recibir una cuantía sensiblemente menor a lo pactado como consecuencia del impacto fiscal.

Hay otra consecuencia que, de evidente, ni siquiera consideramos: la pérdida del puesto de trabajo, ya que damos por supuesto que la dimisión produce automáticamente este efecto, que por otra parte sería lo que el mismo trabajador querría. Pero pensemos un poco sobre ello. Hay figuras jurídicas que pretenden precisamente lo contrario, que se deje de prestar servicios sin que ello suponga perder el empleo: permisos, excedencias y similares. Su reconocimiento, al igual que ocurría con la calificación de la dimisión, depende de la presencia de unas causas y el cumplimiento de algunas condiciones; comprobadas las unas y las otras, es posible que se abandone el trabajo tempo-

ralmente, con posibilidad de regreso, con lo que se obvia el mayor coste que para una persona supone hacerlo.

Los distintos supuestos contemplados por el ordenamiento obedecen en general a motivos de política del Derecho vinculados con los cuidados o con el cumplimiento de deberes legales. Sólo en un caso parece que se admite la decisión personal de la persona, en la excedencia voluntaria, una figura con cierta presencia en el sector privado pero absolutamente común en el público, en lo que se presenta como uno de los mayores privilegios de los que disfrutamos sus empleados. Ésta presenta, así, como un instrumento ideal para hacer compatible la decisión de dejar de trabajar con un control de los costes de ésta, eliminando el que puede ser el más importante, y por tanto el más disuasorio. Un trabajador al que se reconoce ampliamente este derecho es una persona más libre.

3.2. Otras formas de extinción del contrato por el trabajador

Junto a la dimisión, institución no causal, existen otras figuras que comparten con ésta el efecto (la extinción del contrato), y el sujeto decisorio (la persona que trabaja). Difieren de ésta en elementos estructurales, pero pueden considerarse modalidades especiales de dimisión, con una regulación diferenciada, aunque cumplen una función completamente diferente. Mientras que en la dimisión se trata de impedir que una persona pueda quedar atada a un empleo que le impone servidumbres, limitando considerablemente su libertad personal, éstas tienen otros objetivos, que varían según los casos.

Cuando se trata de mujeres víctimas de violencia de género, la posibilidad de abandonar el empleo sin que ello se considere dimisión se reconoce, por un lado, para evitar el riesgo que para su seguridad puede suponer tener que acudir a su puesto de trabajo; y, por otro, para facilitarle la gestión de las consecuencias de la situación de violencia que sufre. No se está protegiendo la libertad personal, sino la seguridad e integridad física, y el equilibrio psicológico. La especialidad es que se le exime de algunas de las consecuencias más graves de la dimisión común, al poder acceder a prestaciones por desempleo y poder mantener temporalmente un derecho de reincorporación a su puesto de trabajo.

De la misma manera, cuando una persona ha visto que sus condiciones o su lugar de trabajo se han modificado unilateralmente por su entidad empleadora, generándole un perjuicio, el ordenamiento considera que está justificado que extinga su vínculo contractual con un régimen más favorable para él. Se considera que la causa que lleva a esta extinción no es la voluntad de la persona, sino un desequilibrio contractual generado por la contraparte, que ha modificado unilateralmente lo pactado. De ahí que se exija, para activar este derecho de extinción indemnizada, que el cambio afecte a elementos esenciales, y que sean sustanciales. La sustancialidad y la imposición del cambio hacen que la persona afectada que se desliga el trabajo incurra en situación legal de desempleo.

Una naturaleza diferente tiene el despido indirecto del artículo 50 TRET. Aquí el daño que sufre la persona es consecuencia de una actuación ilegítima de su empleador, lo que lleva a reconocer a estas extinciones el tratamiento y las consecuencias jurídicas del

despido improcedente. El grado de protección es máximo, lo que incluye la indemnización de mayor cuantía de las previstas en nuestro ordenamiento, y el acceso a la situación legal de desempleo. La capacidad de decisión del trabajador es completa, puesto que puede decidir o continuar en su trabajo o abandonarlo sin ninguna de las consecuencias negativas que hemos visto para la dimisión. Se limitan considerablemente, por el contrario, los supuestos en los que puede ejercitarse esta extinción, que en este caso sí sería causal.

3.3. La jubilación

La jubilación es también una decisión voluntaria de abandonar el mercado de trabajo, y para algunos colectivos es la forma natural para realizar un *Trabexit*. Ciertamente es que son muchos los supuestos en los que ésta se impone a las personas, en el sector público sobre todo, pero la tendencia es a ampliar el margen de actuación de las personas, garantizando hasta cierto punto su voluntariedad y promoviendo la flexibilidad en su ejercicio.

Sea como fuere, hablar de “derecho a jubilarse” en la España del siglo XXI es poco menos que una broma, ya que pocos pueden elegir en realidad el momento de hacerlo. Debemos distinguir, sin embargo, lo que es la jubilación que podemos considerar estándar o regular, la que se produce cuando se alcanza la edad determinada por la legislación de Seguridad Social en cada momento, para la que los espacios reales de libertad son limitados, tanto en el sector público como en el privado, ante la voluntad de empresas y administraciones de librarse del personal de mayor edad; de la jubilación adelantada, en la que sí puede haber todavía un cierto espacio para la elección de la persona.

Es indudable que la política del Derecho en materia de jubilaciones obedece a otras causas que no tienen que ver con la capacidad de elección, sino que se relacionan con la sostenibilidad del sistema público de pensiones. El efecto, sin embargo, es un rediseño de la figura, que dejaría de ser automática y determinada por un dato cronológico para permitir su prolongación hasta que la persona lo considere adecuado. A la vez se reduce el espacio para la jubilación verdaderamente libre, que es la que se produce antes de la edad ordinaria. Los efectos de las últimas reformas sobre la libertad personal, entendida desde este punto de vista, son ambivalentes.

El proceso de reforma coincide con los cambios que se han producido en la percepción de esta contingencia: de ser en sus orígenes históricos una protección frente a una incapacidad para trabajar producida por una edad avanzada, se ha llegado hasta entenderla como una liberación de la carga que supone trabajar, que abre la puerta a una nueva fase de la vida más satisfactoria. Cada vez más la jubilación sí supone un verdadero júbilo para quienes la disfrutan. Adelantarla en el siglo XXI está en manos de unos pocos, que tienen la suerte de estar en sectores económicos sólidos pero destructores de empleo, o que disfrutan de los medios económicos para ello. Lejos estamos de la prejubilación como mal menor en los procesos de reestructuración empresarial, la común en décadas anteriores.

En este caso el ordenamiento demuestra una mayor simpatía hacia la opción de la persona, y un cierto respeto a su capacidad de actuación. El ordenamiento se reconoce

como un derecho incondicionado cuando se cumplen los requisitos legales para ello, aunque se limita algo cuando aún no se ha llegado a la edad legal. En la práctica, la promoción de su retraso no supone excluir por completo el acceso a su disfrute. Aquí hay un reconocimiento del esfuerzo de cotización a lo largo de la vida laboral que no existe, como hemos visto, en el desempleo.

4. Últimas noticias desde el Derecho del Trabajo

Es sabido que el Derecho del Trabajo del siglo XXI goza de buena salud, y lo está demostrando introduciendo avances y mejoras para las personas que trabajan, aunque sólo comenzó a hacerlo cuando ya estaba bien entrada la centuria, cuando logro librarse de las cargas de la ortodoxia economicista que siguieron a la gran crisis financiera mundial de sus primeras décadas.

En este apartado voy a indicar brevemente, y desde la perspectiva del “derecho a decidir”, algunas novedades del Derecho laboral reciente que, a mi juicio, encajan con la idea de que progresivamente se va ampliando éste, y que el ordenamiento es más sensible a las preferencias de las personas en cuanto a trabajar o no hacerlo.

4.1. El derecho a rechazar

Empecemos por el que podemos denominar “derecho a rechazar”, la posibilidad que se reconoce en ciertas circunstancias a algunas personas de negarse a realizar los encargos que le hace su empleador. Algo que contradice directamente la lógica contractual del trabajo asalariado (al que se le llama “subordinado” por algo), y que hasta ahora se reconocía de forma extraordinaria y excepcional, como un *ius resistentie* frente a situaciones degradantes o peligrosas o, en casos muy excepcionales, como un derecho a la objeción de conciencia profesional. Pero que resulta coherente tanto con la aparición de modalidades contractuales muy atípicas (trabajos a demanda o trabajos en plataformas digitales) como con la promoción de la conciliación, la corresponsabilidad y los cuidados

No es, desde luego, un fenómeno muy generalizado, pero empezamos a ver algunas manifestaciones que pueden ser el inicio de una tendencia. 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 Unión Europea, ha supuesto un avance en este sentido. Su artículo 10 prevé que el empleador no podrá obligar a trabajar a menos que se cumplan dos condiciones: que el trabajo tenga lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados; y que el trabajador sea informado de la tarea asignada con un preaviso razonable. Si no se cumplen estos requisitos el empleador no podrá legítimamente exigir la prestación del trabajo, y el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello pueda tener consecuencias desfavorables. Este

derecho, sin embargo, sólo se reconoce en aquellos supuestos en los que el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible.

Resulta oportuno recordar en este punto el caso de los riders, los repartidores de comida a domicilio a través de plataformas digitales. Uno de los argumentos de las plataformas de delivery para defender la no laboralidad de estas personas era precisamente que podían no aceptar encargos que les llegaran a través de la aplicación. Pues bien, el Tribunal Supremo no se quedó en el dato de que éstos podían rechazar encargos, sino que en su sentencia de 23 de septiembre de 2020 analizó las consecuencias que podrían derivarse de una negativa a darse de alta o a aceptar un encargo, entendiendo que la conexión entre ésta y efectos económicos negativos hacía dudar de que existiera una verdadera libertad en este sentido. Este dato fue uno de los más relevantes para concluir la calificación de estos servicios como laborales. De esta manera, no existe una incompatibilidad general entre la subordinación y la posibilidad de rechazar encargos, dentro de ciertos límites.

Al margen de estas nuevas figuras laborales, hay instituciones laborales clásicas en las que un posible “derecho a rechazar” tiene sentido, y de hecho está regulado (aunque no siempre reconocido). Pensemos, por ejemplo, en las horas extras o en las horas de libre disposición del empresario del artículo 34.2 TRET. En el caso de los trabajadores fijos discontinuos, el rechazo al llamamiento tiene consecuencias graves, pudiendo equipararse a una dimisión del trabajador con lo que ello supone.

Dentro del sector público es común el recurso a la figura de la bolsa para gestionar las contrataciones temporales. La bolsa genera obligaciones para ambas partes: la administración tiene que ofrecer la oportunidad laboral a quien le toque en la lista, pero también negarse a aceptar una llamada tiene consecuencias negativas. La regulación de estas bolsas en las convocatorias de acceso y en los convenios colectivos suelen prever la posibilidad de rechazar las plazas que se ofrecen sin sufrir consecuencias negativas, exigiendo las más de las veces motivos justificados.

De esta manera, partimos de una concepción muy restrictiva del derecho a rechazar encargos u ofertas de empleo, y las leyes laborales del siglo XXI lo están ampliando, amparados en los objetivos de fomentar la conciliación y la previsibilidad. Aquí se abre un espacio para la voluntad del trabajador, que seguramente se irá ampliando progresivamente.

4.2. El derecho a trabajar menos

En esta misma línea se sitúa el derecho a reducir lo que se trabaja. Esta potestad de los trabajadores se reconoció hace mucho tiempo, y hoy aparece regulada con notable flexibilidad y amplitud. Ahora bien, el derecho a la reducción de jornada es todavía causal, debiendo existir una causa de las reconocidas por el ordenamiento para que pueda ejercitarse; y son, de nuevo, motivos vinculados con los cuidados y la conciliación los que lo justifican. No se contempla la posibilidad de reducir las horas de trabajo por la sola voluntad del trabajador, por los motivos que a él conciernen e interesan.

Esto tiene que ver con la configuración del trabajo a tiempo parcial en nuestro Derecho, percibido como una forma de empleo o incluso como una modalidad contractual. Esto, unido a una definición amplísima de este tipo de trabajo (todo el que supone una jornada menor a la de un trabajador comparable de la misma empresa), hace que cualquier disminución de las horas de trabajo suponga un cambio de tipo de contrato, que requiere la voluntad de ambas partes. Esto supone, en la práctica, negar a las personas la posibilidad de acortar el tiempo que dedican a su actividad asalariada de manera unilateral, quedando a expensas de un acuerdo con su empleador. También se limita la posibilidad de las empresas de proceder a esta reducción a través de la vía de las modificaciones sustanciales de trabajo del artículo 41 TRET.

Las últimas leyes laborales están incrementando la capacidad de decisión de las personas trabajadoras en este sentido. El artículo 34.8 TRET reconoce el derecho a solicitar adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, lo que en el mundo empresarial se le llama “trabajo a la carta”, y que se suma a las tradicionales reducciones de jornada por lactancia y cuidado de menor o persona con discapacidad.

Si se trata de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo tendrán derecho a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, ex artículo 37.7 TRET.

4.3. El derecho a mejorar de trabajo

Una figura que no es nueva, pero que no ha recibido a mi juicio la atención que se merece, es el “derecho a mejorar”, la posibilidad de las personas de acceder a otros empleos dentro de la empresa para la que ya trabajan. En las organizaciones la movilidad interna es una decisión de la empresa, pero siempre ha habido ciertos espacios para los trabajadores, a través de la participación en concursos, información sobre vacantes, etc. La generalización del trabajo atípico llevó a que se reconociera un derecho diferente, el de optar a contratos de mejor calidad cuando hubiera oportunidades para ello. Este derecho, que lo es sólo a solicitar o poder concursar, se hace posible mediante otro instrumental, el de ser informados sobre vacantes, que se reconoce a las personas con contratos considerados de peor condición o directamente mejorables, fundamentalmente los de duración determinada y los que tienen jornada a tiempo parcial.

En estos momentos la legislación unioneuropea reconoce este derecho a ser informado de vacantes y oportunidades de mejorar el empleo en cuatro supuestos: la Directiva 1999/70/CE para los trabajadores temporales; la Directiva 97/81/CE para los trabajadores a tiempo parcial; la Directiva 2008/104/CE para los trabajadores en misión; y la Directiva 2019/1152 para formas de empleo de escasa previsibilidad y seguridad.

Los convenios colectivo sí son más activos, al reconocer la preferencia por la movilidad interna frente al acceso de nuevos empleados en muchas ocasiones.

4.4. *El derecho al pluriempleo*

Si bien parece contrario a la idea del abandono del trabajo y del Trabexít, el derecho al pluriempleo resulta coherente con la idea de un “derecho a decidir” sobre lo que se trabaja. En este caso se busca trabajar más, por diversos motivos. En esta década la tendencia del mercado de trabajo apunta en esta dirección, siendo cada vez más común la presencia de un “secondary employment”. Este fenómeno obedece a diversas causas: pérdida de poder adquisitivo de los salarios; mecanismos de acceso a ocupaciones ocasionales, como las plataformas; promoción del autoempleo y el emprendimiento a tiempo parcial; aparición de nuevas formas de empleo que no completan la jornada laboral...

La postura del ordenamiento jurídico frente al pluriempleo ha sido tradicionalmente ambivalente: sin existir un deber legal de trabajar para una única empresa, se limitaba en el empleo privado por consideraciones de buena fe contractual, y se pretendía erradicar del público. La seguridad social era bastante neutral en este sentido, contemplando tanto el pluriempleo como la pluriactividad. En cuanto a su posible justificación, el reparto del empleo ha sido siempre un factor importante en un país azotado por el paro como España, siendo ésta una consideración mucho más relevante que la protección de la salud del trabajador o la garantía de tiempos para otras actividades. Es claro que los límites en el sector público responden a otras causas, como facilitar el acceso de los ciudadanos, evitar conflictos de intereses y, sobre todo en sus orígenes, garantizar el cumplimiento efectivo de las obligaciones laborales.

De nuevo ha sido la Directiva 2019/1152 la que ha señalado el camino para el reconocimiento de un mayor espacio de decisión de las personas en este punto. Siendo así que su artículo 9 dispone la prohibición de que las empresas puedan vetar a un trabajador aceptar empleos con otros empleadores, lo que denomina como “empleo paralelo”. Esta prohibición puede restringirse por los Estados miembros en razón de incompatibilidad y por causas objetivas, tales como la salud y la seguridad, la protección de la confidencialidad empresarial, la integridad del servicio público o la prevención de conflictos de intereses. En el proyecto de ley para implementar esta norma unioneuropea se le da nueva redacción al artículo 21.1TRET, que pasa a enunciar la prohibición de que la empresa obstaculice o impida a la persona trabajadora la prestación de servicios para otras empresas, así como de que esta sufra un trato desfavorable por su pluriempleo. Se admiten restricciones por incompatibilidad, que a las contempladas por la Directiva añade la suscripción de un pacto de plena dedicación, que deberá tener una compensación económica.

5. Conclusiones

El ordenamiento jurídico debe adaptarse a las condiciones de la sociedad en la que se aplica. Esto es especialmente cierto respecto del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nacido él mismo de cambios sociales, económicos y tecnológicos que hicieron

inviabile la regulación del Derecho común. Siempre señalamos su capacidad de reacción frente a circunstancias cambiantes como una de sus señas de identidad, asumiendo como propio lo que quizás no es más que una característica general de los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Nuestras leyes cambien mucho, es cierto, pero bien mirado quizás el Derecho del Trabajo experimente más ajustes que una verdadera evolución y transformación. Cuando el contexto muta de manera significativa nos cuesta reaccionar, y en determinadas instituciones acarreamos retrasos crónicos. No hacen falta muchos ejemplos, y baste con citar al modelo estatutario de representación de los trabajadores para que nos podamos hacer una idea.

Las transformaciones tecnológicas del siglo XXI están teniendo mucho eco, ante la reacción decidida del legislador. No así con las sociales, que están siendo de similar importancia. La coincidencia de varias generaciones, desde un punto de vista cultural, en un mismo momento; la crisis del Estado Social y de sus promesas; la desigualdad creciente; la paralización de los ascensores sociales; el desenmascaramiento de la meritocracia..., éstos y otros fenómenos están afectando a las personas que también son trabajadoras, y les hacen cambiar de conductas y de necesidades. A esto el Derecho del Trabajo no está dando, por el momento, respuesta, y el resultado son las actuaciones que se han ido señalando en este trabajo, que son manifestación de un “exit” en el sentido sociológico de la expresión, una reacción de escape de una situación considerada insatisfactoria, de un conflicto entre prioridades y necesidades vitales.

Del análisis jurídico que se ha desarrollado de la decisión de dejar de trabajar se concluye que estamos lejos de ofrecer un marco regulatorio adecuado para lo que las personas necesitan. Anclado en visiones y valores anteriores, que priman el deber de trabajar y la obligación de salir del desempleo, dando poco valor a las preferencias personales, no se reconocen márgenes de decisión suficientes en cuanto al trabajo y la actividad profesional, con lo que las personas deben afrontar los costes de todo tipo de sus elecciones, por muy legítimas que éstas sean.

En nuestro siglo el Derecho del Trabajo intenta volver a cumplir su misión de mejorar la vida de las personas y de garantizar su dignidad y derechos. Esto debe necesariamente llevar a acoger en su regulación estas nuevas visiones del mundo que las personas que trabajan expresan. La libertad personal debe suponer, en el mercado de trabajo, un auténtico poder de decisión sobre cómo se organiza la propia vida, y en esto darle a éste el lugar que le corresponde es fundamental.

Desde otra perspectiva, creo que debemos tener una visión más amplia de lo que es el pro operario que nos identifica, para superar las visiones tradicionales, más bien pasivas y reactivas, para incluir la satisfacción de las prioridades de cada uno en cada momento. Y si lo que se quiere es huir del trabajo, permitamos que se haga.

Break My Soul (please don't). El acontecimiento de la Gran Renuncia y la política de los afectos*

Break My Soul (please don't). The event of the Great Resignation and the politics of affectivity

Juan Evaristo Valls Boix**

ORCID ID: 0000-0001-8777-388X

doi: 10.20318/labos.2024.8746

Resumen: El propósito del siguiente artículo consiste en analizar el alcance político de la Gran Renuncia como acontecimiento social. Pese a la tendencia generalizada a relativizar la importancia de este fenómeno, este artículo defiende el valor de la Gran Renuncia como revolución afectiva y resistencia contra la explotación emocional y el gobierno del deseo que caracterizan el trabajo y la productividad en la sociedad neoliberal. Sostiene que en este acontecimiento se articula un deseo postcapitalista (Fisher) o una retirada del deseo (Berardi) que están en la base de una nueva política afectiva y una subjetividad no neoliberal, y que The New York Times ha denominado “anti-ambición”. El surgimiento de esta nueva sensibilidad se desarrolla a través de otros acontecimientos como las huelgas feministas o el movimiento chino Tan Ping, una constelación de protestas y activismos que da cuenta de un movimiento social hacia una politización del malestar y la invención de una forma de vida más allá de su diseño, no colonizada por el trabajo. Las pasiones medias como la placidez, la pereza y la calma se tornan clave en esta nueva gramática de los cuidados y el deseo postcapitalista.

Palabras clave: Capitalismo emocional, tercer inconsciente, renuncia, subjetividad neoliberal, pereza, cuidado

Abstract: The aim of this paper is to analyze the political scope of the Great Resignation as a social event. Despite the widespread tendency to relativize the importance of this phenomenon, this article argues for the value of the Great Resignation as an affective revolution and resistance against the emotional exploitation and the government of desire that characterize work and productivity in neoliberal societies. It argues that this event articulates a post-capitalist desire (Fisher) or a

*Una primera versión del presente texto se ensayó como intervención oral del Seminario de Derecho del Trabajo organizado por el Departamento homónimo de la Universidad de Valencia titulado “Dos perspectivas sobre la Gran Dimisión”, celebrado en la Facultad de Derecho de dicha universidad el 23 de marzo de 2024.

**Este artículo forma parte del proyecto de investigación PID2020-117069GB-I00 “Pensamiento contemporáneo posfundacional. Análisis teórico-crítico de las ontologías contemporáneas de la negatividad y la cuestión de la violencia del fundamento”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

withdrawal of desire (Berardi) that is at the basis of a new affective politics and a non-neoliberal subjectivity, which The New York Times has called “anti-ambition”. The emergence of a new sensibility is developed through other events such as the feminist strikes or the Chinese Tan Ping movement, a constellation of protests and activisms that account for a social movement towards a politicization of discomfort and the invention of a way of life beyond its design, not colonized by work. Medium passions such as placidity, laziness and calm become key in this new grammar of care post-capitalist desire.

Keywords: emotional capitalism, third unconscious, refusal, neoliberal subjectivity, laziness, care.

1. El acontecimiento de la Gran Renuncia

La Gran Renuncia o Gran Dimisión (*Great Resignation*) designa la oleada masiva de dimisiones que tuvo lugar en Estados Unidos entre primeros de 2020 y julio de 2022: 47,7 millones de trabajadores en 2021 y 50'5 millones en 2022 abandonaron sus empleos alegando causas de desmotivación, insatisfacción personal, burnout, sobrecarga de trabajo, estrés o cambio de prioridades (Echarri 2023; Green 2023). El confinamiento durante la pandemia del COVID sirvió para romper la fantasía del trabajo como estructura y fuente de valor de nuestras vidas y confrontó a la población con una vida material miserable que durante demasiado tiempo se había sacrificado por un trabajo que simbólicamente valía mucho más que aquella. El trueque ya no valía la pena, y la gente se puso del lado de la vida.

Las discriminaciones estructurales de la sociedad estadounidense se hicieron patentes en la Gran Renuncia, y dejaron antes sus trabajos y en mayor número quienes tenían empleos más precarios: muchas más mujeres que hombres (Hozic y Sun 2023; Green 2023), habitualmente debido a la sobrecarga de trabajos de cuidado no remunerados, y mucha más población racializada con trabajos manuales y de baja cualificación, pese a que los principales medios no incluyeran estos datos en su narrativa (Collins 2022) y pese a que, según otros medios (Aviles 2021), buena parte de la población racializada no podía permitirse dejar sus trabajos. Las tasas más altas de dimisión se produjeron en empleos de alojamiento y restauración y de venta al por menor según el Bureau of Labor Statistics (Gittleman 2022). En definitiva, la mirada de dimisiones que conforman la Gran Dimisión se han concentrado en sectores laborales de alto contacto y baja remuneración (Hozic y Sun 2023).

En el caso del territorio español, las renunciaciones aumentaron un 170% en 2022, con alrededor de 70.000 bajas registradas según los datos de la Seguridad Social. Aunque estos datos son notables y hablan de una importante oleada de dimisiones, no son comparables con el caso estadounidense, y por ello la ministra de Trabajo y vicepresidenta del gobierno español, Yolanda Díaz, no tardó en declarar que en España no había Gran Renuncia. Hay dos cuestiones aquí en juego: en primer lugar, que el mercado laboral español es mucho menos ágil que el estadounidense y premia la permanencia en el trabajo. En segundo lugar, como observa Núñez (2023), en el caso español las dimisiones podrían ser casi un privilegio de clase, a diferencia del caso estadounidense. Deja su tra-

bajo quien puede, quien tiene una red afectiva o un colchón económico, mientras que se mantiene en su trabajo quien no tiene otra alternativa.

En este sentido, se extraen dos lecturas principales de la Gran Renuncia: la primera señala que la razón principal de la Gran Renuncia es la precariedad del trabajo, aguzada por la pandemia. Así, Hozic y Sun observan que “antes que una cuestión de elección o de conciliación de la vida laboral y familiar, las estadísticas sugieren que las mujeres y las minorías han sido expulsadas del mercado laboral tras haber luchado contra las presiones de la inestabilidad laboral, los riesgos de la atención sanitaria, la necesidad de cuidados y el burnout pandémico” (Hozic y Sun 2023). La prensa ha tendido a presentar un escenario casi heroico donde quienes renunciaban hacían valer su vocación y sus inquietudes personales, así como la promesa de una mejora laboral, por encima de la estabilidad y la seguridad del empleo. Este relato tiene una evidente connotación neoliberal, pues presenta a quienes dejan el trabajo como agentes insatisfechos que buscan crecer personalmente, escalar profesionalmente o redirigir su pasión a nuevos territorios de conquista laboral, sin importar la estabilidad o la seguridad de sus condiciones materiales. Las estadísticas estadounidenses contradicen esta paradójica interpretación neoliberal anti-trabajo al mostrar que es la precariedad salvaje la causa principal de las renunciaciones, arrojando a los trabajadores a un escenario más incierto y más riesgoso que el que ya habitaban. En el caso español, la precariedad es la causa principal de no renunciar, desmintiendo cualquier otro imaginario de lealtad al trabajo o cultura del esfuerzo.

Otra lectura plausible se ofrece sobre estos datos. El Bureau of Labor Statistics observa que, si bien las dimisiones del breve ciclo 2020-2022 fueron altas, no son las más altas de la historia reciente (Glittleman, 2022), pero sí destacan por su concentración: su crecimiento ha sido mucho más rápido de lo esperado. Esta fuente no identifica la causa de este drástico cambio en el ritmo de las dimisiones, que es el factor que estadísticamente justifica el nombre de “Gran Renuncia”: quizá se deba a las preocupaciones sanitarias, a las ayudas sociales, la creciente demanda de trabajos reproductivos, pero parece que ninguno de estos elementos es suficiente para justificar la oleada. Otras voces del espacio periodístico se han aprestado en rebautizar el fenómeno con *The Great Reshuffle* (Meister 2022) o *The Great Rethink* (Gulati 2022) habida cuenta de la vuelta a la normalidad que todas las estadísticas señalaban hacia finales de la primavera de 2022: la ola de dimisiones no fue sino una reorganización o redistribución del mercado laboral, o una pausa necesaria para pensar cuál era el lugar que el trabajo ocupaba en nuestras vidas, o quizá una tendencia a ocupar trabajos más aspiracionales y apuntalar una estructura laboral neoliberal, pero desde luego no una dimisión radical: desde luego, no supuso el gran cambio en la empleabilidad que estadistas y economistas, con Paul Krugman a la cabeza, preveían, y todo el mundo volvió al trabajo tras ese incidente que el afán de espectacularidad mediática tildó de “grande” (Krugman 2022, Goldberg 2022). Esta reinterpretación tiene el propósito de relativizar el alcance de la Gran Renuncia y desmerecer su impacto en la cultura del trabajo: es un canto a la normalidad y su virtud narcótica y acomodaticia. Y, sin embargo, sigue sin quedar claro por qué, con mayor o

menor aguante, con unos trabajos u otros, tantos millones de personas decidieron, al unísono, que su trabajo no valía la pena, que la vida estaba en otra parte.

En junio de 2022, Beyoncé publicó su canción “Break My Soul”, una llamada al empoderamiento, al abandono de las opresiones del trabajo y la liberación del tiempo, la rabia, el amor y todo lo que el peso del estrés aplastaba. La lucidez de Beyoncé pasa por vincular directamente el trabajo con las pasiones, como si la productividad no fuera, hoy en día, sino una forma de gobernar el deseo, de explotar nuestra energía libidinal. El modo que elige Beyoncé para la revolución es el de la renuncia: “You won’t break my soul”, le grita con firmeza a las cargas del trabajo, en el entendido de que es el alma, y no tanto el cuerpo, aquello que el trabajo explota, el nutriente primero de la productividad contemporánea. En las siguientes páginas nos proponemos explicar el carácter acontecimental y el alcance político de la Gran Renuncia como un cambio radical en nuestra relación afectiva con el trabajo. Si la Gran Renuncia es determinante, nos aventuraremos a pensar, es como revolución de las pasiones. Quienes protestan en la Gran Renuncia, como dijera Deleuze y Guattari hace medio siglo, son los inconscientes. La Gran Renuncia se presenta, así, como una huelga afectiva, y se vincula como tal con otros acontecimientos como las huelgas feministas o el movimiento chino Tan Ping: en todos ellos comienza a germinar un deseo postcapitalista, la era de la anti-ambición.

2. El trabajo en la era del capitalismo afectivo

Una de las principales características del sistema socioeconómico contemporáneo que da en llamarse neoliberalismo es el particular rol que desempeñan las emociones. Eva Illouz ha observado el progresivo reconocimiento del impacto que su gestión tiene en el auge de la productividad desde que los experimentos Mayo que se desarrollaron en Chicago a finales de los años 20 del siglo pasado mostraron que el cuidado del vínculo afectivo del trabajador con su trabajo incrementaba su eficiencia mucho más de lo que la mejora de sus condiciones materiales en el puesto de trabajo podía hacerlo. Que las emociones sean un nuevo activo que interviene en el plusvalor supuso una progresiva revolución del espacio laboral a lo largo del siglo XX, un proceso que trató de capturar ese nuevo ingrediente de la productividad a través de departamentos de Recursos Humanos, coaches y atenciones psicológicas, team-buildings diversos y una miríada de dispositivos que entendían la comunicación como una tecnología de la gestión de las emociones que garantizaba su máximo aprovechamiento: el surgimiento del coaching ontológico y la generalización de la psicología positiva son la mejor prueba de ello (cf. Zangaro y Álvaro y Jacky Rosell en Álvaro 2023, 30-45, 77-99). Esta emotivización de la productividad en el sector laboral supone, a su vez, una productivización de las emociones en la esfera privada: el cuidado del equilibrio emocional, la búsqueda de emociones positivas y el rechazo de riesgos afectivos se tornan esenciales en la reproducción de la fuerza de trabajo, que expresa más que nunca su dimensión de reproducción emocional (Gotby 2023). Por ello Illouz observa que “el capitalismo emocional es una cultura en la que las prácticas y los

discursos emocionales y económicos se configuran mutuamente y producen lo que considero un amplio movimiento en el que el afecto se convierte en un aspecto esencial del comportamiento económico” (2007, 19-20). En esta perspectiva, la alienación laboral es también una alienación emocional: la motivación, el entusiasmo, la ilusión y, en general, el apego del trabajador por su empresa (sea por su identidad, por sus valores compartidos, porque sus colegas son “familia”, porque es su *dreamjob*, etc.) son parte de la fuerza de trabajo, la condición que marca la diferencia entre hacer y no hacer el trabajo.

Esta emotivización de la productividad está en la base de la subjetividad contemporánea, que Laval y Dardot denominan “sujeto-empresa” siguiendo los análisis de Foucault. “El blanco del nuevo poder”, observan los autores, “es la voluntad de realizarse a sí mismo [...], el deseo, bajo todos los nombres que se le quieran dar” (2013, 332). Si el sujeto ha de implicarse plenamente en su trabajo mediante un gobierno del deseo que confunde aspiraciones personales y profesionales, explotación y autorrealización, es en nombre de una libertad ilusoria que se desarrolla un vasto proceso de alienación que ya no entiende de límites entre esfera pública y privada, trabajo y no trabajo, y que estimula a los individuos a través del imperativo de lo máximo: es una economía libidinal del estrés, como podemos observar a partir de Sloterdijk (2011), y de toda una serie de dispositivos de seducción, como se mantiene el crecimiento productivo y, por tanto, la estabilidad, en la etapa actual del capitalismo. El trabajo nos pide lo máximo, lo más íntimo de nosotros: nuestra alma, nuestro amor, nuestras emociones desatadas. Son ellas las que van a garantizar nuestra velocidad, nuestra eficiencia, nuestras horas extra, la anulación de nuestro juicio crítico o cuestionamientos y protestas, la privatización de nuestro estrés para que trabajemos a todas horas y en cualquier momento, y entendamos nuestra incapacidad no como reflejo de una demanda infinita, totalmente excesiva, del espacio de producción, sino como una tara de nuestro proyecto y capacidades personales que hemos de atender (Fisher 2016).

Si en el capitalismo industrial el trabajo nos requería disciplina, ahora nos exige goce; si antes nos demandaba austeridad y obediencia, ahora nos insta al entusiasmo y a la superación; si antes valoraba la seriedad y la rectitud, ahora depreda nuestra euforia. El modelo laboral específico de la etapa actual es lo que Hong ha denominado un “trabajo apasionado”: el espacio productivo está vertebrado por una “estructura afectiva” que, a través de las tecnologías de gestión emocional mentadas, garantiza un intercambio entre trabajador y trabajo en favor de la inversión y productividad de su deseo. En el capitalismo industrial, clásicamente el trabajador vendía su fuerza de trabajo a cambio del sustento necesario para procurarse las condiciones materiales para una vida digna. Si ahora la fuerza de trabajo es, también, fuerza emocional de trabajo, deseo de sí, el retorno de este intercambio es también afectivo y contribuye a un equilibrio psíquico que no garantiza necesariamente el equilibrio material que era esencial en la etapa madura del capitalismo. Observa Hong:

These accounts share the assumption that people have, to varying degrees, been seduced into the fantasy of passionate work. The problem, following the shift from Fordism to post-Fordism, is that people have “traded” their wages, time, and job security (ideals assumed by Fordism) for a fantasy of

passionate work or self-exploitative pleasure. Terms such as “aspirational labor” (Duffy), “hope labor” (Kuehn and Corrigan), “venture labor” (Neff), and “glamorous labor” (Rosenblat) assert this dynamic, informing the ways that affect is directed toward the capture of labor power, usually through the production of false hopes. Certainly, the trade-off is more nuanced in its variations (Hong 2022, 4).

Los trabajos ofrecen aventura, prometen realización personal y garantizan crecimiento, promueven su marca a través de valores de solidaridad ética, feminista y medioambiental, nos aseguran flexibilidad y autonomía y tiempo libre. Pero tras la excitación de sus promesas se disimula un vacío y una deterioración progresiva de las condiciones materiales que procuran: sueldos peores, bonificaciones, temporalización de los contratos, falsos autónomos o “consultoría”, etc. Un intercambio afectivo (pasión por ilusión, motivación por esperanza, implicación por aventura) reemplaza al intercambio material como el principal acuerdo del espacio laboral. El trabajo agota nuestras pasiones, drena nuestras energías psíquicas, coloniza nuestros afectos, se apodera de nuestro deseo: la explotación se ha trasladado ahora al espacio afectivo, y por ello Berlant ha acuñado el término de “optimismo cruel” (2020) para designar los modos en que las personas se mantienen vinculadas a formas de vida que comprometen su malestar.

Berardi ha observado este proceso de emotivización de la productividad y el tránsito del gobierno disciplinario del cuerpo al gobierno seductivo del deseo en los siguientes términos, como un tránsito de un primer inconsciente neurótico a un inconsciente esquizofrénico:

En la era burguesa, cuando Freud fundó una disciplina destinada a comprender la dinámica del inconsciente, la neurosis gozaba (por así decirlo) de primacía, como patología inseparable de la civilización. La represión del deseo sexual, la obligación moral y social de vivir en condiciones que reprimieran la pulsión erótica produjo reacciones de tipo neurótico en sujetos incapaces de compensar la frustración de la libido con actividades supuestamente superiores [...] Más adelante, a finales del siglo XX, la dinámica psíquica cambió, cuando a la represión de la libido le sucedió una especie de desencadenamiento de las energías deseantes en condiciones de competencia y aceleración constante de la máquina psicoestimulante de los medios de comunicación globalizados. Durante cierto tiempo, la esquizofrenia ocupó, entonces, el centro de la atención de los psiquiatras, y pareció extenderse como una patología, pero también como un estilo existencial. (2024, 142-143)

Berardi retoma la perspectiva que inauguraran autores como Lyotard o Guattari hace medio siglo y se pregunta por la economía política libidinal del tardocapitalismo, para reconocer un estadio del espacio laboral que se caracteriza por la captura de la afectividad. El trabajo en las últimas décadas se torna trabajo afectivo; el agotamiento y la fatiga son, ante todo, cansancio afectivo, cansancio hedónico: no hay deseo que abarque tanto placer. De ahí que el estrés, entendido como la excitación máxima y sostenida de nuestro deseo, y su contracara, el *burnout* tal y como lo atienden autores como Han (2010) o Rosa (2019), sean al mismo tiempo el síntoma y la condición del trabajo en la era neoliberal. La violencia que siempre ha encarnado el trabajo es ahora ante todo una ofensiva sensible. En esta situación, el clamor de Beyoncé cobra todo su potencial anti-trabajo: no romperás mi alma.

3. La era de la anti-ambición

Es en este marco de explotación afectiva donde mejor puede leerse el alcance del acontecimiento de la Gran Renuncia: esta es una contraofensiva sensible, una forma de resistencia afectiva a la explotación laboral de nuestro deseo. Como tal, constituye un cambio en nuestra sensibilidad y un desgarramiento de la fantasía del trabajo como plena realización de uno mismo: marca el tránsito de la hiperestimulación al hartazgo, de la euforia a la depresión, de la hiperactividad a la impotencia (cf. Virno 2021). Esta impotencia generalizada se convierte en potencia-de-no en acontecimientos como la Gran Renuncia, es un *passage à l'acte*, la activación de las fuerzas para rendirse y desertar. Franco Berardi lo ha tildado de “psicodeflación” al pensar la generalización de la depresión y del agotamiento como disposición afectiva a partir de la pandemia. En sus palabras:

A partir de este desmoronamiento debemos volver a plantear el problema psicopolítico de la depresión como resignación creativa ante el derrumbe de todos los valores (los económicos y los ideológicos) que motivaron la acción en los siglos modernos. Es a partir del derrumbe que debemos imaginar. Una imaginación de lo inimaginable es la cura psicopolítica que estamos buscando en esta fase de psicodeflación, y del consiguiente caos.

Se trata de interpretar la depresión en sintonía con el agotamiento de los recursos físicos y nerviosos que hicieron posible la historia de la civilización, como una deserción activa de la obligación de crecimiento [...] (2024, 149).

Fernández-Savater glosa esta valoración leyéndola como una retirada del deseo: “Un apagón libidinal, una caída de las ganas, una cierta apatía, pero también la fuga de los lugares donde la energía deseante estaba capturada hasta ahora: competitividad, consumo, éxito, auto-realización. Antes, contra la represión, liberación. Ahora, contra la presión, deserción. [...] una relajación y una ralentización de la vida, que busca su reconciliación con otros tiempos y otros ritmos, otros espacios y lugares, otras necesidades y deseos” (2024, 93-94). Esta retirada generalizada del deseo supone un cambio decisivo respecto del relato del líder que se supera a sí mismo que imperaba a finales del pasado siglo y en las dos primeras décadas del presente.

De este modo, este cambio desafía la racionalidad neoliberal al menos de tres formas. En primer lugar, supone una quiebra del optimismo cruel: el malestar y la impotencia pesan demasiado para que la fantasía de la realización personal-laboral equilibre la balanza. A partir del confinamiento, hubo un desplazamiento de la pregunta sobre el trabajo ideal al cuestionamiento de por qué nuestras vidas no valen la pena en la era del entusiasmo y el júbilo. El pesimismo se generaliza y se torna un acicate para la lectura crítica de la precariedad que subyace tras las pasiones por el trabajo. La placidez releva a la euforia, el malestar se impone ante la agitación.

En segundo lugar, este desplazamiento prioriza los vínculos y los cuidados por encima de la carrera o la marca personal: entiende más que nunca que lo íntimo es político, y que el espacio público-privado, asediado por las lógicas neoliberales de la competencia, es una zona de fragilidad, sobreexposición y daño. La retirada entonces consiste en vol-

verse irreconocible, incógnito y anónimo, centrarse en cultivar todos aquellos vínculos que amenazan con economizarse como relaciones de socios, o romperse. En este punto, resulta llamativo que ni Berardi ni Fernández-Savater vinculen sus aportes sobre la psicodoflación con las reflexiones feministas sobre los cuidados (Care Collective 2021), la abolición de la familia (p. ej., Lewis 2022) o la necesidad de pensar una afectividad diferente habida cuenta de los vínculos que autoras como Segato han señalado entre masculinidad, violencia y competitividad (2016). En este sentido, habríamos de considerar el deseo poscapitalista o el afecto de la anti-ambición desde una perspectiva feminista que ahonde en una ontología no neoliberal y en una lógica de la relación basada en la incompetencia y el cuidado horizontal o “promiscuo” (Care Collective, 2021).

The New York Times señaló un nuevo afecto que se encarnaba en la oleada de dimisiones masivas: la anti-ambición. Sotenemos aquí que la anti-ambición es una de las pasiones de ese deseo poscapitalista que Mark Fisher pensaba en sus últimas clases (2024). Así, como deseo poscapitalista, la anti-ambición aspira a desbaratar la economía libidinal de la excitación que constituye la base micropolítica de los sistemas capitalistas desde el imperativo de lo máximo. Como tal, en la Gran Renuncia subyace aquello que Gago denominaba “potencia feminista”: “La potencia feminista es capacidad deseante. Esto implica que el deseo no es lo contrario de lo posible, sino la fuerza que empuja lo que es percibido colectivamente y en cada cuerpo como posible. Por eso, el título de este libro quiere ser un manifiesto de esa potencia indeterminada, que se expresa como deseo de cambiarlo todo” (2019, 15). La Gran Renuncia se caracteriza, como acontecimiento, por actualizar el afecto de la anti-ambición, una psicodoflación o retirada del deseo que, ante todo, constituye un deseo de desobediencia, una subjetividad imprevista que aspira a cambiarlo todo a través del rechazo y la renuncia allí donde se le sometía a través de la seducción y la aceptación sin límites. Si bien Svend Brinkmann tiene razón en *The Joy of Missing Out* (2019) al señalar la emergencia de una nueva ética y unos nuevos valores sociales, que estarían en coherencia, en un plano consciente, con la emergencia del tercer inconsciente que señala Berardi (2022), nos distanciamos de su posición cuando propone la moderación como nuevo eje axiológico para una ética no neoliberal. Se diría que hay un retroceso nostálgico de Brinkmann a un momento capitalista en que era la austeridad y la contención la medida de todos los valores y afectos, una austeridad que, como moderación, trata de reencantarse. Pero no es hacia atrás hacia donde se dirige la Gran Renuncia (nostalgia del pasado), y tampoco se dirige hacia adelante (euforia por el progreso). Se dirige a otro lugar, un lugar que no conocemos, y que debemos inventar durante nuestro viaje.

Aquí sostenemos que el JOMO, la alegría de perderse cosas (*the joy of missing out*), puede ser índice de una revolución afectiva contra el FOMO (*fear of missing out*), que Mark Fisher denominó “hedonia depresiva” y que Deleuze pensó a través de la adición del sujeto a los flujos de estímulos y placer como una forma de control biopolítico distinta de la disciplinaria. Abrazamos con Brinkmann el JOMO, pero aquí lo entendemos como una teoría política de la renuncia, y preferimos vincular los hallazgos de Berardi y Fernández-Savater con la propuesta de Gago, que entiende que lo que está en juego es un “deseo de cambiarlo todo”, una forma otra de vivir centrada en el cuidado.

Estos cuidados, siguiendo a Lewis o a Care Collective, no vienen de la moderación, sino que articulan una (an)economía del derroche y la promiscuidad: más allá de la competencia y la superación no está la moderación y la contención, sino la abundancia y una gestión diferente de los recursos y las energías libidinales. El decrecimiento no habría de contribuir a la moderación o a una gestión de la escasez, sino al cese del extractivismo y de la concentración de los recursos como grandes fortunas: esto es, es un ataque directo al capital a través de la redistribución, consiste en una política afectiva de la abundancia.

De este modo, la performatividad del rechazo vincula la Gran Renuncia con los paros y huelgas feministas que desde 2017 sacuden el globo. “Hay un tiempo del paro”, observa Gago, “que es efectivamente una puesta en práctica de un rechazo: una forma de decir basta a la violencia y al modo en que nuestro tiempo se nos escapa de las manos; un rechazo al agotamiento físico y psíquico que sostiene precariedades extenuantes; un ‘no’ a las formas en que esa multiplicidad de tareas no se traduce en autonomía económica y se refuerza más bien como trabajo obligatorio y gratuito. Un rechazo a la invisibilidad de nuestros esfuerzos y labores cuando comprendemos que esa invisibilidad estructura un régimen político que se sostiene en el desprecio sistemático de esas tareas” (2019, 37). Estos acontecimientos van dándole cuerpo, a través de sus manifestaciones, marchas, consignas y eslóganes, a una gramática del deseo no neoliberal, a una forma otra de habitar afectivamente el mundo. Su blanco principal es el papel del trabajo como centro de gravedad de nuestras vidas.

La Gran Renuncia se nutre de las paradójicas energías del cansancio, hace fuerzas de flaqueza, torna la impotencia en potencia de no, en fuerza para rendirse y renunciar. Es una vindicación del decrecimiento, pero no de la moderación; se dirige contra el capital y el drenaje psíquico, pero aspira a la abundancia, a una forma de desear otra, no sostenida por el requerimiento de la superación constante ni ansiada en la competitividad. El afecto que trae la Gran Renuncia es el de la anti-ambición, el cuidado promiscuo, la incompetencia: rompe el vínculo afectivo con el trabajo, reconoce en él la explotación y no la fantasía, guarda para la vida unas fuerzas que antes le entregaba con entusiasmo, impone un límite a su colonización de todas las dimensiones de la vida. Si eran el entusiasmo, la euforia o la ilusión las pasiones alegres intensas que la productividad neoliberal requería, y que estaban en la base del estrés y el burnout contemporáneo, podemos denominar pereza a esta afectividad disidente vinculada a la anti-ambición y al cuidado promiscuo.

La pereza, tal y como he desarrollado en *Metafísica de la pereza* (2022), se asocia por el latín (*pigrítia*) a la debilidad, y por ello rima con aquello que Derrida llamó “fuerza vulnerable”, insigne heredera de la “violencia divina” de Benjamin y de “la fuerza de no hacer nada” de Duras, y así arma “formas precarias de protesta” (Rebollo-Gil en Zambraña 2022, 136) o desencadena prácticas de deserción (Pal Pelbart 2009; Berardi 2024). La pereza, también, se asocia por el griego a la falta de cuidado (*acidia*), y por ello articula relaciones de desacato, desobediencia y rechazo: descuida la economía de la razón neoliberal, calma sus deudas sin colmarlas. Creo que la pereza es un deseo de desobediencia, un derroche del cuerpo, una disrupción de la economía libidinal de la excitación, una brújula afectiva para descolonizar el inconsciente. La pereza se siente cuando se reconoce empáti-

camente el malestar estructural, y cuando se entiende el cansancio como violencia y como lo que el optimismo cruel desatiende; es un vínculo desde abajo que desgarrar la fantasía identitaria del empresario de sí mismo y de la vida como proceso vertical de realización. Desacato de la productividad y de su connivencia con un régimen de la diferencia sexual.

Es cierto que parar hoy no se puede (como debes alcanzar lo máximo, no pararás, porque el estrés no nos deja parar) y la pereza es imposible en nuestros días: somos incapaces de computar el paro en la economía libidinal de la excitación y el sobre esfuerzo neoliberales a los que la culpa nos acostumbra. Pero esta imposibilidad no es sino un efecto del realismo capitalista, de la entronización de la lógica capitalista como principio de realidad, al decir de Zupancic. La pereza es imposible, y por eso, siendo realistas, es lo que más nos conviene. Es imposible, pero hay mucha, hay tanta como impotencia. Si hay empatía con el dolor de los cuerpos, la impotencia salvaje de nuestros días puede tornarse en potencia-de-no, en el clamor del rechazo y la renuncia.

No es performativa la pereza, porque por ella ni el lenguaje ni los cuerpos operan, pero sí es aformativa, esto es, destituyente, como diría Hamacher. Y por ello la pereza no tiene tanto que ver con la voluntad del sujeto culposo, sino con el deseo del cuerpo revoltoso o el suspiro del cuerpo dolido. Marchart emplea el término “fuerza asubjetiva de negatividad” (2024) para pensar una ontología política del conflicto de ascendencia populista, y me parece acertado para designar la pereza del cuerpo cuando hace temblar el sujeto que lo gobierna. La pereza, como fracaso y desacato del mandato de goce infinito, es otra gramática del deseo, pero una gramática se escribe: tiene sus prácticas y sus ritmos, ejecuciones materiales bien precisas y por inventar.

De ahí el vínculo entre el cuerpo (deseo y no voluntad), la pereza (fuerza y no violencia), y la imaginación (lo imposible y no la utopía). La pereza hay que inventarla, al decir de Jordana (2017), y sobre todo hay que encarnarla. Cuando se despliega como protesta, la pereza recupera esa fuerza creativa y esa vocación artística que durante demasiado tiempo ha secuestrado el capitalismo neoliberal en nombre de nuestros deseos. La pereza es esa potencia afectiva que, sea como forma de relación o como performatividad destituyente, como cuidado promiscuo o protesta colectiva, encarna ese clamor de la vida contra todo lo que la abate que, con Beyoncé, dice “no romperás mi alma”.

4. Un acontecimiento todavía no ha ocurrido porque aún está pasando: por una revolución afectiva

Habitualmente, consideramos un acontecimiento como ese suceso que solo retrospectivamente presenta sus condiciones de legibilidad: un acontecimiento es improbable e impensable, y por ello mismo cuando tiene lugar desvela los límites de nuestra lógica y nuestros valores al quebrar un relato de la historia que no lo comprende. Solo *après coup*, solo hacia atrás, podemos entender la importancia de un acontecimiento, ese momento en que el tiempo está fuera de sus goznes. Es por ello mismo que Deleuze y Guattari sostenían que Mayo del 68 todavía no ha tenido lugar: “L'événement lui-même est

en décrochage ou en rupture avec les causalités: c'est une bifurcation, une déviation par rapport aux lois, un état instable qui ouvre un nouveau champ de possibles. [...] l'événement lui-même a beau être ancien, il ne se laisse pas dépasser: il est ouverture de possible. Il passe à l'intérieur des individus autant que dans l'épaisseur d'une société" (2007, 23). Mayo del 68 todavía no ha ocurrido porque seguimos pensándolo, seguimos teniendo ante nosotros la tarea de inventar una subjetividad y una sociedad a la altura de las exigencias que allí cobraron forma: vivir de otro modo, amar de otro modo, sentir de otro modo, habitar la ciudad de otro modo, más allá de la sociedad del espectáculo entonces y ahora más allá del espectáculo de la desintegración (Wark 2013).

Marcuse denominó "Le Grand Refus" a la oleada de protestas que constituían el acontecimiento de Mayo del 68. Ese gran rechazo ponía fin, según el autor, a la represión que estructuraba la cultura y la sociedad y, por decirlo con Berardi, desbarataba la neurosis del inconsciente freudiano para abrirse a una nueva economía libidinal, a un régimen otro del inconsciente. Marcuse denominaba "liberación" a esta ruptura, un desacato radical que exigía repensar desde sus cimientos libidinales la sociedad que alumbraba la segunda mitad del siglo XX. Escribía Marcuse:

Al proclamar la "impugnación permanente" (*la contestation permanente*), el Gran Rechazo, reconocen la marca de la represión social, aun en las manifestaciones más sublimes de la cultura tradicional, incluso en las manifestaciones más espectaculares del progreso técnico. Ellos han erguido otra vez a un fantasma (y esta vez es un espectro que no sólo espanta a la burguesía, sino a todas las burocracias explotadoras): el espectro de una revolución que subordina el desarrollo de las fuerzas productivas y los niveles de vida más elevados a los requerimientos para crear la solidaridad del género humano, para abolir la pobreza y la miseria más allá de todas las fronteras y los ámbitos de interés nacionales, para obtener la paz. En una palabra: ellos han sacado la idea de revolución fuera del continuum de la represión, y la han situado en su auténtica dimensión: la de la liberación (1969, 9).

Mayo del 68 encarna el rechazo a un régimen del inconsciente y a una forma del deseo. Impugna un modo de estar en el mundo y de producir formas de vida: constituye la gran revolución afectiva del siglo XX, entiende que, para cambiarlo todo, hemos de cambiar nuestros afectos. Si todavía no ha tenido lugar, es porque Mayo 68 todavía no se ha acabado y sus exigencias siguen visitándonos y asediándonos como un espectro, desafiándonos a cambiarlo todo (cf. Lachaud 2009). La Gran Renuncia, como observa Fernández-Savater (2024), es una actualización del Gran Rechazo: la pugna por salir de la esquizofrenia, el paso de un régimen del inconsciente a otro por venir, la liberación del deseo de sus demandas infinitas, el momento en que la impotencia de la depresión generalizada se torna en potencia-de-no: una enmienda a la totalidad. Como quien desierta en una guerra muestra su radical desacuerdo con los valores que la animan, y entiende que ganar o perder la batalla son dos posiciones de la misma aquiescencia con las reglas de juego, así la Gran Renuncia es una desertión de la estructura afectiva del trabajo en la sociedad neoliberal: constituye la revolución afectiva del siglo XXI. Ciertamente, la gente seguirá trabajando, porque lamentablemente no tenemos más remedio, pero su deseo estará en otro lugar, su corazón ya no latirá en el pecho del empresario, al decir de Marx, sino en otra parte, inalcanzable. Y esta reorientación del deseo es el motor de un cambio

profundo que anima a pensar la sociedad y las ciudades más allá de la familia, más allá del trabajo, más allá de la conectividad. Aprendimos a odiar nuestro trabajo a principios del siglo XX, nos enamoramos de él a finales. En esta tercera década del siglo XXI, cultivamos la rabia o el asco, la indiferencia y el desenamoramiento en nuestros puestos de trabajo.

“Los alzamientos populares”, escribe Oliver Marchart, “no acaban cuando la mayoría cree que acaban. Las luchas continúan en un plano latente, subterráneo, y es imposible prever sus efectos a largo plazo [...] basta con volver la mirada hacia las protestas de Nuit debout de 2016 y al movimiento de los “chalecos amarillos” surgido en Francia en 2018, o a las protestas que se desplegaron en los Estados Unidos como consecuencia de la elección de Donald Trump, para darnos cuenta de que seguimos viviendo en el momento histórico de 2011. Después de todo, 1968 no concluyó en el ‘68” (2024, 16-17). Pese a que todos los medios y políticos se hayan aprestado a relativizar su importancia y a declarar su muerte, la Gran Renuncia sigue ocurriendo a través de las huelgas feministas, de las manifestaciones contra el retraso de la edad de jubilación en Francia durante el verano de 2023, a través del movimiento chino Tan Ping. En fin, pervive a través de todos los debates sociales que pueblan las redes y que atienden la precariedad y recelan del entusiasmo por el trabajo, desean la calma de estar en casa y no un trabajo ideal, atienden a la subida desmesurada del alquiler de vivienda y a la gentrificación de las ciudades y no a las marcas personales o al consumo de experiencias.

Puede que la Gran Renuncia ocurriera estadísticamente en cosa de dos años y se esfumara en pos de ese oscuro objeto de deseo que es la normalidad, pero en un sentido profundo, libidinal, todavía no ha tenido lugar: queda todavía mucho por rechazar, mucho por renunciar, mucho por liberar, mucho por desear y amar, más allá del placer y sus narcisismos laborales. Todavía tenemos que desertar de un sistema que captura nuestro deseo como garante de su productividad y perpetuación, y ahí seguimos inventando memes, debatiendo, marchando, manifestándonos, para armar esa bellísima desafección ante el trabajo, que trae un enamoramiento de una vida alegre, liberada de los absurdos imperativos de la realización y la operatividad. La Gran Renuncia acabó, según *The New York Times*, en julio de 2022, poco después de que Beyoncé lanzara “Break My Soul”, pero sigue en curso la revolución afectiva que ha inaugurado: una lucha horizontal, persistente y perezosa, para que el trabajo no nos rompa el alma ni nos drene el corazón. La Gran Renuncia no aspira a satisfacer nuestros deseos neoliberales ni nuestro emprendedurismo. Antes bien, es la exigencia de transformar el modo en que deseamos.

5. Bibliografía

- Álvaro, Daniel (2023): *Diseño de la vida, filosofía y neoliberalismo*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani.
- Aviles, Gwen (2021): “The so-called ‘Great Resignation’ isn’t a reality for many workers of color”, *Business Insider*, 04/12/2021, disponible en <https://www.businessinsider.com/people-of-color-arent-quitting-like-the-great-resignation-suggests-2021-12>

- Berardi, Franco “Bifo” (2024): *Desertemos*, trad. de Darío Bursztyn. Buenos Aires: Prometeo.
- Berardi, Franco “Bifo” (2022): *El tercer inconsciente*, trad. de Tadeo Lima. Buenos Aires: Caja Negra.
- Berlant, Lauren (2020): *El optimismo cruel*, trad. de Hugo Salas. Buenos Aires: Caja Negra.
- Brinkmann, Svend (2019): *The Joy of Missing Out. The Art of Self-Restraint in an Age of Excess*, trad. de Tam McTurk. Cambridge: Polity Press.
- Butler, Judith (2021): “Rastros humanos en las superficies del mundo”, *Lobo suelto*, 14/02/2021, disponible en <https://lobosuelto.com/rastros-humanos-en-las-superficies-del-mundo-judith-butler/>
- Collins, Michael (2022): “The Great Resignation narrative ignores the Black experience in America”, *HRDrive*, 25/07/2022, disponible en <https://www.hrdrive.com/news/the-great-resignation-narrative-ignores-the-black-experience-in-america/628033/>
- Deleuze, Gilles y Guattari, Félix (2007): “Mai 68 n’a pas eu lieu. Gilles Deleuze et Félix Guattari reprennent la parole ensemble pour analyser 1984 à la lumière de 1968”, *Chimères*, 2007/2, no. 64, pp. 23-24.
- Echarri, Miguel (2023): “El gran fracaso de ‘La Gran Renuncia’: por qué ya nadie se atreve hoy a abandonar su trabajo”, *El País*, 20/07/2023, disponible en <https://elpais.com/icon/2023-12-20/el-gran-fracaso-de-la-gran-renuncia-por-que-ya-nadie-se-atreve-hoy-a-abandonar-su-trabajo.html>
- Fernández-Savater, Amador (2024): *Capitalismo libidinal. Antropología neoliberal, políticas del deseo y derechización del malestar*. Barcelona: NED Ediciones.
- Fisher, Mark (2024): *Deseo postcapitalista*, trad. de Maximiliano Gonnet. Buenos Aires: Caja Negra.
- Fisher, Mark (2016): *Realismo capitalista. ¿No hay alternativa?*, trad. de Claudio Iglesias. Buenos Aires: Caja Negra.
- Gago, Verónica (2019): *La potencia feminista. O el deseo de cambiarlo todo*. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Gittleman, Maury (2022): “The ‘Great Resignation’ in perspective”, *Monthly Labor Review*, U.S. Bureau of Labor Statistics, 07/2022, <https://doi.org/10.21916/mlr.2022.20>
- Goldberg, Emma (2022): “All of Those Quitters? They’re at Work”, *The New York Times*, 13/05/2022, disponible en <https://www.nytimes.com/2022/05/13/business/great-resignation-jobs.html>
- Gotby, Alva (2023): *They Call It Love: The Politics of Emotional Life*. Nueva York: Verso.
- Green Sarah (2023): “Gender inequality fuelling global ‘Great Resignation’ of women health workers”, *The Telegraph*, 25/10/2023, disponible en <https://www.telegraph.co.uk/global-health/women-and-girls/gender-inequality-great-resignation-of-women-health-workers/>
- Gulati, Ranjay (2022): “The Great Resignation or the Great Rethink?”, *Harvard Business Review*, 22/03/22, disponible en <https://hbr.org/2022/03/the-great-resignation-or-the-great-rethink>

- Han, Byung-Chul (2012): *La sociedad del cansancio*. Barcelona: Herder.
- Hester, Helen y Srnicek, Nick (2024): *Después del trabajo. Una historia del hogar y la lucha por el tiempo libre*. Buenos Aires: Caja Negra.
- Hong, Renyi (2022): *Passionate Work. Endurance after the Good Life*. Durham: Duke University Press
- Hozic, Aida y Sun, Xiao (2023): "Gender and the Great Resignation", *Phenomenal World*, 28/01/2023, disponible en <https://www.phenomenalworld.org/analysis/gender-and-the-great-resignation/>
- Illouz, E., *Intimidaciones congeladas: las emociones en el capitalismo*, Buenos Aires, Katz, 2007.
- Jordana, Ester (2017): "La gubernamentalidad socialista 'hay que inventarla': biopolítica, seguridad y neoliberalismo", *Kalagatos: Revista de Filosofía*, vol. 14, no. 2, pp. 191-229.
- Krugman, Paul (2022): "What Ever Happened to the Great Resignation?", *The New York Times*, 05/04/2022, disponible en <https://www.nytimes.com/2022/04/05/opinion/great-resignation-employment.html>
- Krugman, Paul (2021): "The Revolt of the American Worker", *The New York Times*, 14/10/2021, disponible en <https://www.nytimes.com/2021/10/14/opinion/workers-quitting-wages.html>
- Lachaud, Jean-Marc (2009): "Du 'Grand refus' selon Herbert Marcuse", *Actuel Marx*, vol. 45, no. 1, pp. 137-148.
- Laval, C. y Dardot, P. (2013): *La nueva razón del mundo: Ensayo sobre la sociedad neoliberal*. Barcelona : Gedisa.
- Lewis, Sophie (2022) : *Abolish the Family: A Manifesto for Care and Liberation*. Nueva York : Verso.
- Marchart, Oliver (2024) : *Estética conflictual*, trad. de Juan Evaristo Valls Boix. Barcelona : NED Ediciones.
- Marcuse, Herbert (1969) : *Un ensayo sobre la liberación*, trad. de Juan García Ponce. México : Cuadernos de Joaquín Mortiz.
- Meister, Jeanne (2022): "The Great Resignation Becomes The Great ReShuffle: What Employers Can Do To Retain Workers", *Forbes*, 19/04/2022, disponible en <https://www.forbes.com/sites/jeannemeister/2022/04/19/the-great-re-shuffle-of-talent-what-can-employers-do-to-retain-workers/>
- Núñez, Noelia (2023): «Cuando la Gran Renuncia es un privilegio de clase: «La realidad es que hay facturas que pagar», *El País*, 16/02/2023, disponible en <https://elpais.com/smoda/trabajo/cuando-la-gran-renuncia-es-un-privilegio-de-clase-la-realidad-es-que-hay-facturas-que-pagar.html>
- Pelbart, Peter Pál (2009) : *Filosofía de la deserción. Nihilismo, locura y comunidad*, trad. de Santiago García Navarro y Andrés Bracony. Buenos Aires : Tinta Limón.
- Rosa, Harmut (2019): *Remedio a la aceleración. Ensayos sobre la resonancia*. Barcelona: NED Ediciones.
- Segato, Rita (2016): *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Sloterdijk, Peter (2011): *Estrés y libertad*, trad. de Paula Kuffer. Buenos Aires: Godot.

- The Care Collective (2021): *El manifest de les cures*, trad. de Lourdes Bigorra. Barcelona: Tigre de Paper.
- Valls Boix, Juan Evaristo (2022): *Metafísica de la pereza*. Barcelona: NED Ediciones.
- Virno, Paolo (2021): *Sobre la impotencia. La vida en la era de su parálisis frenética*, trad. de Emilio Sadier. Buenos Aires: Tinta Limón.
- Wark, McKenzie (2013): *The Spectacle of Disintegration: Situationist Passages out of the Twentieth Century*. Nueva York: Verso.
- Zambrana, Rocío (2022): “Interrupción subversiva”, en *Deudas coloniales. El caso de Puerto Rico*, trad. de Raquel Salas Rivera. Cabo Rojo: Editorial Educación Emergente.

RESEÑA BIBLIOGRÁFICA

TODOLÍ SIGNES, ADRIÁN. *Algoritmos productivos y extractivos. Cómo regular la digitalización para mejorar el empleo e incentivar la innovación*. Aranzadi, Cizur Menor, 2023. 220 páginas. Prologo de Lucía Velasco.

Doi: 10.20318/labos.2024.8747

Hace un par de años tuve la ocasión de reseñar en esta revista (*Labos*, vol. 3 núm. 3), el libro que Adrián Todolí dedicó en 2021 a *Regulación del trabajo y política económica. De cómo los derechos laborales mejoran la economía*. En cierto modo, esta reseña es una continuación de la que hice entonces puesto que diría que su libro sobre *Algoritmos productivos y extractivos* integra un *continuum* con aquel.

Son varias las razones en las que se sustenta esta última idea. Desde luego, el propósito de ambos trabajos es común. Se busca realizar un diagnóstico de los problemas que acucian al Derecho del trabajo con la finalidad de proponer soluciones para ellos. Como lógica consecuencia, muchos de los temas que se abordan en este libro se afrontaban también en aquel. Existe igualmente, en tercer lugar, una sustancial identidad entre muchas de las soluciones que se proponen ahora y las que se proponían entonces.

Por supuesto, el hilo conductor transversal es diferente en ambas monografías: si, en 2021, se encontraba en el análisis de las diferentes posibilidades de interacción entre economía y derecho del trabajo, ahora se encuentra en las derivadas de la digitalización de organizaciones empresariales y procesos productivos. Pero el hecho de que, tomando como punto de partida dos perspectivas diferentes, se llegue a parecidas cuestiones y conclusiones, pone de manifiesto las interacciones entre las consecuencias de la innovación tecnológica y de un determinado modelo de política económica

sobre el equilibrio en las relaciones laborales que intenta construir el derecho del trabajo.

* * * * *

Algoritmos productivos y extractivos se inicia, como es habitual, con una breve “Introducción” que, brevemente, anticipa el contenido del conjunto del trabajo. El punto de partida se relaciona con el papel de la tecnología como limitador del poder de negociación de las personas que trabajan. La innovación implicaría siempre una ruptura del equilibrio previo delimitado por la regulación laboral a favor de los intereses de la parte empresarial. Sin embargo, la actual oleada de digitalización implicaría además un “salto cualitativo” (p. 21) con respecto a estadios anteriores por cuanto que la ruptura en marcha podría convertirse en permanente. Es así sobre la base de diferenciar dos tipos de gestión empresarial basada en la inteligencia artificial, la que utiliza algoritmos productivos y la que usa algoritmos extractivos (p. 22). Los diferentes efectos de unos y otros sobre las relaciones laborales y, más en general, sobre el sistema económico llevan a una conclusión desde el primer momento: “hay que regular para poner fin a la extracción” (p. 26). Esta última idea se reitera en la recapitulación con la que se cierra el trabajo: el capítulo de “Conclusiones” (pp. 209 ss.), cuyo subtítulo (“poner fin a la extracción”) es elocuente.

Entre ambos momentos, se acomete la tarea de delimitar el concepto de “Dirección algorítmica”, al que se dedica un capítulo en el que se trata de delimitar las formas en las que algoritmos e inteligencia artificial se incorporan a la dirección de recursos humanos y, sobre todo, las consecuencias que tal incorporación despliegan sobre el desarrollo de las relaciones laborales. En buena medida este capítulo anuncia

el contenido de los siguientes, en los que se describen los problemas que derivan de la incorporación masiva de algoritmos a la gestión empresarial y las dificultades que las soluciones tradicionales presentan para hacerles frente.

En efecto, tras el análisis de la “Discriminación algorítmica”, se abordan las cuestiones vinculadas con la prevención de riesgos laborales en un entorno digital (“Haciendo algoritmos seguros para la salud de los trabajadores”), el modo en que la digitalización incide la facultad empresarial de control (“Control y vigilancia: los efectos más allá de la privacidad”) y, en fin, como afecta a la estructura de la organización empresarial (“Los algoritmos y el desmantelamiento de la empresa vertical”).

El último de los capítulos (“Los algoritmos te quitarán tu salario, no tu trabajo: la influencia de la dirección algorítmica en la reducción del poder de negociación”) contiene con toda probabilidad el núcleo de la aportación. Aunque han sido nociones recurrentes a lo largo de todo el trabajo, este capítulo se centra en la diferenciación entre algoritmos productivos y extractivos. Todos ellos mirarían al incremento de los beneficios empresariales; pero los primeros, al aumentar la productividad real, crearían valor y tendrían impacto positivo sobre el crecimiento económico, mientras que los segundos lo buscarían “no a través de la creación de valor, sino extrayendo del trabajador su parte” (p. 193). Ambos tipos de innovaciones incidirían en el desequilibrio entre las partes de las relaciones laborales. Sin embargo, en las productivas, este efecto puede ser compensado a largo plazo, acaso por la propia lógica de la innovación; y no es seguro que ello haya de ocurrir en las extractivas, que la desincentivan. De este modo, se encontrarían en la base del «gran desacoplamiento», esto es, la desaparición del crecimiento paralelo de productividad y

salarios característica de la época de esplendor del ordenamiento laboral.

* * * * *

La reflexión que nos ofrece Adrián Todo-lí es de sumo interés. Ayuda por supuesto el hecho de que la digitalización lleve unos años en la primera línea de la reflexión de los juristas del trabajo, empeñada tanto en descubrir las líneas evolutivas estructurales del fenómeno y de su impacto en las relaciones laborales como en comentar los frecuentes episodios normativos relacionadas con él. Una mirada rápida, y sin entrar en detalles, a lo acontecido en menos de una década nos trae inmediatamente a la cabeza el Reglamento General de Protección de Datos (2016), con la revisión de nuestra normativa interna (2018), la regulación interna (2021) y europea sobre trabajo en plataformas y, ahora, el Reglamento de Inteligencia de Artificial, que acaba de acceder a la publicación oficial.

Mas es claro que Adrián no se limita a sumarse al análisis de un tema de moda. Si de nuevo pegamos una mirada al pasado reciente, también nos vendrán a la cabeza, sin excesivos esfuerzos, las manifestaciones en que se ha concretado su dedicación a las cuestiones relacionadas con el impacto de la digitalización en las relaciones laborales. De este modo, el libro que ahora se presenta, siendo fruto de una dilatada trayectoria previa, nos ofrece una reflexión general sobre la cuestión estudiada y, sobre todo, un programa de los aspectos que debemos considerar si la llamada transición digital se quiere afrontar de manera ordenada y, sobre todo, justa.

Creo, por otro lado, que lo que se nos ofrece puede interesar más allá del estrecho campo de las personas que profesionalmente nos dedicamos al estudio del derecho del trabajo del trabajo o protagonizamos su

aplicación. Es, si se me permite la expresión, “apto para todos los públicos”. El discurso, ilustrado profusamente con ejemplos de los temas desarrollados en cada capítulo, es fácilmente asequible también para quien le interesen las relaciones laborales desde una perspectiva no estrictamente jurídica; e incluso para el gran público. Todas las personas que muestren cierto interés por lo que ocurre a su alrededor en el sistema social y económico son potenciales lectoras de la obra. Después de todo, habida cuenta el lugar central que el trabajo ha venido ocupando en su vida, a ninguna de ellas es ajena una reflexión, crítica, pero accesible, sobre su futuro y los problemas que presenta para cumplir las funciones que ha asumido desde hace siglo y medio.

Efectivamente, en este extenso período, la prestación de servicios ha ocupado el centro de la vida de los seres humanos, tanto desde una perspectiva cuantitativa, esto es, considerando la proporción de tiempo que le hemos dedicado, como cualitativa, atendiendo a las funciones que desarrolla en el terreno de la socialización y de la garantía de su posición en el sistema económico. Al sujetar la relación de trabajo a exigencias de justicia, la evolución histórica de las normas laborales ha tenido un papel fundamental en este segundo terreno.

La digitalización pone todo ello en riesgo. Abre, como sabemos, un interrogante respecto a la propia posibilidad de que existan empleos suficientes para todos; pero también sobre los criterios a los que se sujeta la adquisición de la fuerza de trabajo. Permite, en efecto, organizar la empresa de un modo distinto al que ha sido tomado en consideración por las normas laborales tradicionales y exacerba las facultades que han concedido a su titular para su gestión. En este contexto, las preocupaciones que se expresan en la obra reseñada en relación con sus efectos y la necesidad de que el or-

denamiento las afronte para reequilibrar las posiciones de los diferentes factores de la producción pueden ser compartidas con carácter general. Es de todo punto necesario, en definitiva, encontrar un nuevo punto de equilibrio entre capital y trabajo.

* * * * *

Ahora bien, compartiendo esta idea general, es posible que las cosas no sean tan claras ni tan sencillas como podría parecer. De entrada, los fenómenos que se acaban de comentar nos vienen acompañando desde mucho tiempo antes. Diría que han formado parte de la reflexión jurídico-laboral desde que la sigo, ¡y ya se aproxima a cuarenta años el tiempo que lo hago!

Ello quizá se deba a que la vigente oleada de innovación tecnológica tiene un origen más lejano y que, por más que los cambios en curso sean espectaculares, se relacionan con los más modestos desde el inicio del último tercio del siglo pasado. Incluso si no se acepta esta idea, lo que es innegable es que se remontan a entonces algunos de sus efectos negativos —el incremento de la desigualdad entre trabajadores como consecuencia de su polarización en torno a prestaciones muy y nada cualificadas con desaparición de posiciones intermedias o el «gran desacomplamiento»—. En la propia monografía se da cuenta de ello —de forma implícita, para el primero aspecto (pp. 192 ss.) y, explícitamente, para el segundo (pp. 197 ss.)—.

Si esto es así, acaso hemos de aproximarnos al problema de modo más fisiológico. Es verdad que los ejemplos del funcionamiento extractivo de los algoritmos que se ofrecen apuntan a un sombrío escenario de ciencia ficción. Pero con toda probabilidad la incorporación de la IA a la gestión empresarial despliega también efectos positivos. Desde esta perspectiva, es posible que haya que alejarse del catastrofismo y aceptar

que la innovación es, parafraseando a Palomeque, otra «compañera de viaje» del derecho del trabajo.

En este contexto, quizá el tratamiento de los puntos críticos que se exponen haya de ser igualmente menos agresivo. Una cosa es que hayamos de estar inquietos por el desarrollo que presenta el ordenamiento laboral en las últimas décadas; y otra diferente que, hallar un nuevo punto de equilibrio pase por poner completamente en crisis las categorías hasta ahora consolidadas como creo que ocurre en algunos casos –básicamente los integrados en el capítulo “Los algoritmos y el desmantelamiento de la empresa vertical”, que coinciden con los que señalé en mi recensión a *Regulación del trabajo y política económica*–.

Diría, en todo caso, que lo decisivo es diagnosticar los problemas y, a partir de ello, analizarlos con detalle y proponer soluciones. La aportación que se comenta hace lo primero a la perfección; en cuanto a lo segundo, contribuye decisivamente al debate. El lector compartirá o no sus conclusiones y propuestas, pero no será insensible a ellas. Lo mejor, pues, es que se ponga con el libro: aprenderá algunas cosas pero, sobre todo, se verá obligado a reflexionar sobre otras.

José María Goerlich Peset

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universitat de València

ORCID: ID 0000-0002-2910-2153