

# Labos

Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social

Marzo 2025  
Volumen 6 - Número 1

---

<b>Editorial</b>	<b>Las relaciones laborales ante las emergencias climáticas. La reforma del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-Ley 8/2024</b> <i>Labor relations in the face of climatic emergencies. The reform of the Workers' Statute by Royal Decree-Law 8/2024</i> José María Goerlich Peset	4
<b>Firma invitada</b>	<b>La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, y sus efectos en la jurisdicción social</b> <i>Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Justice Service, and its effects on social jurisdiction</i> María Emilia Casas Baamonde	26
<b>Artículos doctrinales</b>	<b>Algunas reflexiones en torno al impacto del RD 550/2020 sobre la actividad laboral del "homo aquaticus professionalis"</b> <i>Some reflections on the impact of RD 550/2020 on the work activity of the "homo aquaticus professionalis"</i> Olga Fotinopoulou Basurko	40
	<b>El laberinto empresarial de los protocolos de acoso</b> <i>The corporate labyrinth of harassment protocols</i> Juan Antonio Altés Tárrega	62
	<b>La indefinición del contrato de trabajo temporal por incumplimiento de los requisitos legales para su válida celebración</b> <i>The conversion of a temporary contract in a permanent contract due to non-compliance with its validity requirements</i> Francisco Andrés Valle Muñoz	96
	<b>La prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas en el sistema europeo de derechos humanos. Evolución y preguntas sin respuesta</b> <i>The prohibition of slavery and similar practices in the European human rights system: evolution and unanswered questions</i> Ana Belén Valverde-Cano	121
	<b>El contrato predoctoral. Cuestiones conflictivas y retos pendientes desde la última reforma</b> <i>Predoctoral contract: conflictive issues and pending challenges since the last reform</i> Víctor Maneiro Hervella	148

	<b>Digitalisation at work. New challenges for italian labour law</b>	183
	<i>Digitalización en el trabajo: nuevos retos en el Derecho Italiano del Trabajo</i> Stefano Bellomo / Dario Calderara / Antonella Gravinese / Carla Spinelli	
<b>Artículos jurisprudenciales</b>	<b>La odisea de las cláusulas de mantenimiento y mejora de derechos laborales salariales en los contratos del sector público</b>	209
	<i>The odyssey of the clauses for the maintenance and improvement of labour rights in public sector contracts</i> José Miguel Sánchez Ocaña	
	<b>El derecho de adaptación de la jornada y la forma de prestación del artículo 34.8 ET cuando el sujeto causante es un hijo o hija mayor de 12 años</b>	237
	<i>The right to the adaptation of working hours and the form of provision under Article 34.8 of the Workers' Statute (ET) when the dependent is a son or daughter over 12 years old</i> Paula López Aguado	
	<b>La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social. Evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la cuestión</b>	254
	<i>The doctrine of the link and the tax deductibility of the remuneration paid to the social administrator. Evolution of the jurisprudence of the Third Chamber on the issue</i> Gloria Marín Benítez	
<b>Debate</b>	<b>La perspectiva de género como motor del cambio hacia una sociedad más justa e igualitaria en el ámbito de las relaciones laborales y de la protección social</b>	268
	<i>The gender perspective as a driver of change toward a more just and equal society in the areas of labor relations and social protection</i> Faustino Cavas Martínez	
	<b>La perspectiva de género en la jurisdicción social. Equívocos y medias verdades. Su aplicabilidad a ambos sexos</b>	290
	<i>The gender perspective in social jurisdiction: misunderstandings and half-truths</i> Macarena Martínez Miranda	
	<b>La perspectiva de género: notas sobre lo imposible</b>	311
	<i>The gender perspective: notes on the impossible</i> Ignacio Álvarez Rodríguez	
	<b>De la histeria a la fibromialgia, “las enfermedades de mujeres” que repugnan al Derecho</b>	318
	<i>From the hysteria to the fibromyalgia: “women’s diseases” that are repugnant to the law</i> Glòria Poyatos i Matas	
<b>Reseña bibliográfica</b>	NURIA AYERRA DUESCA. <i>Prostitucion y derechos laborales.</i> Susana Torrente Gari	328

**Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social**  
EISSN: 2660-7360 - [www.uc3m.es/labos](http://www.uc3m.es/labos)

**Dirección**

JOSÉ MARÍA GOERLICH PESET  
Universidad de Valencia, España

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
Universidad Carlos III de Madrid

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

**Secretaría de redacción**

PATRICIA NIETO ROJAS

**Comité de redacción**

AMPARO ESTEVE SEGARRA

PABLO GIMENO DIAZ DE ATAURI

LUIS GORDO GONZÁLEZ

**Comité científico**

MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE  
Universidad Complutense de Madrid

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA  
Universidad Carlos III de Madrid, España

LANCE COMPA  
University of Cornell, USA

JUAN JOSÉ DOLADO  
Universidad Carlos III de Madrid, España

RUTH DUKES  
University of Glasgow, United Kingdom

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

ISABEL GUTIÉRREZ CALDERÓN  
Universidad Carlos III de Madrid, España

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ  
Universidad de Salamanca

SALVADOR DEL REY GUANTER  
Universidad Pompeu Fabra, España

TOMÁS SALA FRANCO  
Universidad de Valencia

EVERT VERHULP  
Universidad de Amsterdam, Holanda

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL  
Universidad Autónoma de Madrid

# EDITORIAL

## **Las relaciones laborales ante las emergencias climáticas. La reforma del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-Ley 8/2024**

Labor relations in the face of climatic emergencies.  
The reform of the Workers' Statute  
by Royal Decree-Law 8/2024

José María Goerlich Peset

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

ORCID ID: 0000-0002-2910-2153

doi: 10.20318/labos.2025.9385

### **1. Introducción**

Ha pasado algo más de medio siglo desde la publicación de *Los límites del crecimiento* (1972). En este informe, desarrollado por un grupo de científicos del MIT por encargo del Club de Roma, se pronosticaba que, de persistir la evolución previa en términos de demografía, industrialización, contaminación y explotación de recursos, en los siguientes cien años se alcanzarían aquellos. En sus posteriores actualizaciones se ha puesto de manifiesto que se han alcanzado ya. No es necesario insistir, por otro lado, en que su desbordamiento está provocando el serio problema del cambio climático. Con independencia del falso debate sobre su existencia y alcance, existe consenso internacional tanto sobre sus causas como sobre sus efectos. Así puede advertirse consultando las webs que las Naciones Unidas (<https://www.un.org/es/climatechange>) o la Unión Europea ([https://climate.ec.europa.eu/climate-change\\_es](https://climate.ec.europa.eu/climate-change_es)) dedican al fenómeno.

Desde la perspectiva causal, el cambio climático se explica por el crecimiento, como consecuencia del desarrollo, de las emisiones de gases de efecto invernadero y su acumulación en la atmósfera. La sobreexplotación de los recursos del planeta –entre

---

\* Conferencia pronunciada el 25 de febrero de 2025 en la Confederación Empresarial Valenciana. El texto se ha enriquecido con algunas observaciones de los participantes. Contribución asociada al Proyecto de Investigación “La transición a la economía respetuosa con el medio ambiente y consciente del cambio climático desde la perspectiva del derecho del trabajo individual y del empleo” (PID2021-124045NB-C33), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa.

otros, la deforestación— lo retroalimentan. En cuanto a los efectos, algunos tienen un ciclo más largo: el calentamiento global provoca procesos de desertificación y deshielo, con impactos directos innegables sobre la viabilidad de las especies animales y vegetales, así como en la habitabilidad de las zonas de ribera, donde se concentra gran parte de la población mundial. A ello se suman procesos de corta duración relacionados con fenómenos naturales de especial virulencia —olas de calor, vientos y lluvias— cuya intensidad y frecuencia se incrementarán, desplegando consecuencias adversas en personas, sociedades, empresas y sistemas económicos.

En este contexto, el desafío de la sostenibilidad se presenta como uno de los principales retos de nuestra época, pues afecta a la pervivencia de nuestra especie o, cuando menos, a la forma de vida que ha desarrollado. Buscarla requiere transformar nuestros sistemas productivos y sociales para detener los progresos del cambio climático, revertir sus efectos y solventar, en la medida de lo posible, los problemas ya generados. En este sentido, afrontar el reto demanda la adopción de políticas que abarcan dimensiones personales, sociales y económicas. De hecho, al referirse a estas políticas se utiliza el término «transición», con el que se pretende aludir a la magnitud y profundidad de los cambios requeridos. En el marco de este término, se encuadran tanto la transición energética, orientada a la descarbonización, como la ambiental, que comprendería, entre otros aspectos, estrategias de urbanismo, edificación, economía circular y alimentación.

Por supuesto, la transversalidad de las actuaciones dirigidas a garantizar la sostenibilidad trasciende con mucho el ámbito de las relaciones laborales. Pero estas tampoco quedan al margen. Ello es así, porque la idea de sostenibilidad incorpora dimensiones éticas y sociales. El consenso internacional y europeo coincide igualmente en que el abordaje de las diferentes transiciones a las que el género humano se enfrenta, (ambiental, energética, digital) pasa por una gobernanza que asegure que nadie queda atrás, como tantas veces se ha enfatizado ante episodios adversos recientes, comenzando con el de la pandemia que inauguró esta década. No se trata, en definitiva, de proceder a una transición sino de desarrollar una «transición justa», que garantice también la sostenibilidad social (Cairós Barreto, 2024). Esta idea se encuentra presente en la amplia documentación normativa y cuasi normativa que ha se ha producido en los diferentes ámbitos, tanto de carácter internacional (Rodríguez Bravo de Laguna, 2024) como europeo (Fotinopoulou Basurko, 2024).

Como no podía ser de otra manera, nuestra normativa interna se ha situado en este mismo horizonte. Cabe remontarse ya a la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que define esta noción como “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades” (art. 2). En este marco, entre los principios rectores recogidos en su art. 3 se incluyen, aparte la “extensión y mejora de la calidad de la educación e impulso de la formación continua”

(apartado 8), el “fortalecimiento y garantía del Estado social, que impone que “las Administraciones Públicas, en aras de la cohesión social, conciliarán el avance económico con la mejora de las prestaciones sociales y la sostenibilidad de su financiación” (apartado 9).

Más recientemente, y ahora ya con específica consideración del cambio climático, es posible traer a colación la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética. Su art. 1 fija los objetivos relacionados con las transiciones energética y ambiental, pero se propone acompañarlos mediante “la adaptación a los impactos del cambio climático y la implantación de un modelo de desarrollo sostenible que genere empleo decente y contribuya a la reducción de las desigualdades”. Los diferentes mecanismos de actuación que contempla, el Plan Nacional de Adaptación al Cambio Climático (art. 17) y la Estrategia de Transición Justa (art. 27), se basan en esta misma idea. En concreto, esta última viene definida como un “instrumento de ámbito estatal dirigido a la optimización de las oportunidades en la actividad y el empleo de la transición hacia una economía baja en emisiones de gases de efecto invernadero y a la identificación y adopción de medidas que garanticen un tratamiento equitativo y solidario a las personas trabajadoras y territorios en dicha transición”. Del mismo modo, la posible suscripción de convenios de transición justa (art. 28) busca fomentar la modernización económica pero también “la empleabilidad de trabajadores vulnerables y colectivos en riesgo de exclusión en la transición hacia una economía baja en emisiones de carbono, en particular, en casos de cierre o reconversión de instalaciones”.

## 2. Cambio climático y derecho del trabajo

Ubicada la transición justa en este terreno, las normas laborales y de protección social tienen un papel claro en su desarrollo. No es por ello de extrañar la enorme importancia que la cuestión de las relaciones entre cambio climático y derecho del trabajo están adquiriendo en el actual debate jurídico-laboral. La reciente publicación de un análisis de síntesis (Cairós Barreto et al. [dir.] 2024), en el que se pueden encontrar suficientes referencias adicionales, exime de entrar en detalles al respecto. A los efectos que aquí interesa, estamos viendo como la interacción entre ambos tienen dos vertientes. De un lado, desarrolla una función más estructural, relacionada con la aportación del ordenamiento laboral a la nueva situación exigida por la sostenibilidad. De otro, afronta, en una dimensión mucho más episódica y coyuntural, la gestión adecuada de las emergencias derivadas de fenómenos meteorológicos adversos.

Por lo que se refiere a los aspectos estructurales, la reflexión jurídico laboral tiene un relativamente largo recorrido; y, más allá del análisis teórico, hemos visto como se empiezan a poner en marcha medidas normativas concretas o se proyectan para el futuro inmediato, si bien posiblemente habrá que profundizar en ellas o ampliar el campo de intervención. Es posible clasificar problemas e iniciativas distinguiendo los que se desarrollan en el nivel macro, y han de ser afrontados mediante políticas de mercado de trabajo, de los que pueden ponerse en marcha en el marco de cada organización empre-

sarial. Respecto de las primeras, al margen el aún no afrontado problema de las nuevas migraciones climáticas y la necesidad de encontrar nuevos yacimientos de empleo, para absorber los excedentes que puedan derivar de los procesos de descarbonización, hemos visto recientemente importantes avances en la gestión de las transiciones.

En este sentido, la reforma laboral de 2021 incorporó con carácter general al Estatuto la experiencia del uso de la regulación temporal de empleo durante la pandemia como mecanismo de defensa del empleo. Esta es la finalidad del nuevo art. 47 ET –y las normas concordantes de la LGSS– que posibilita el recurso a una combinación de medidas de reducción de jornada o suspensión, formación y ayudas públicas como alternativa a la extinción de contratos. Esta idea es aún más clara en el art. 47 bis ET que insta el mecanismo RED. En efecto, en su modalidad sectorial puede ponerse en marcha “cuando en un determinado sector o sectores de actividad se aprecien cambios permanentes que generen necesidades de recualificación y de procesos de transición profesional de las personas trabajadoras”; y parece bastante claro que tales “cambios permanentes” se relacionan también con el impacto de las transiciones climática y ambiental.

Así se advierte en las dos experiencias concretas que se han puesto en marcha hasta ahora. En su primera activación, para el sector de las agencias de viajes (Orden PCM/250/2022, de 31 de marzo) se observa de forma colateral, puesto que la justificación se indica que “la crisis de la COVID-19 ha actuado como catalizador de tendencias existentes en el mercado con carácter previo a su aparición” que implican “nuevos modelos basados en el bienestar, la protección de la naturaleza, el turismo de aventura y el ecoturismo, el turismo cultural y la gastronomía, así como el turismo rural”. No se trata solo de “la adaptación a un funcionamiento cada vez más digital” sino también de la “búsqueda de un sistema bajo en emisiones”. Más claramente, la reciente activación en el sector de la automoción (Orden PJC/1472/2024, de 26 de diciembre) se asocia, entre otros factores, a “la transición hacia la movilidad eléctrica”, esencial para el desarrollo de una nueva movilidad sostenible. En definitiva, “la industria de la automoción... se enfrenta a una transición hacia formas de transporte más sostenibles, siendo esto esencial para reducir la dependencia de los combustibles fósiles, mejorar la calidad del aire y cumplir los objetivos climáticos”.

Si consideramos la transición climática desde la perspectiva de las concretas organizaciones empresariales, cabe pensar, en primer término, en medidas vinculadas a la reducción de la jornada laboral y la racionalización de horarios. Sin entrar en la valoración de esta medida, lo cierto es que los trabajos previos a la presentación del proyecto de ley de reducción de jornada aluden a esta relación. El borrador de anteproyecto contrapone en su preámbulo “la congelación que ha sufrido la duración de la jornada” desde 1983 a “los compromisos inaplazables adquiridos por España en materia de descarbonización en el ámbito laboral”. Esta idea está por lo demás mucho más desarrollada en el Estudio de fundamentación para la Ley de Usos del Tiempo y Racionalización Horaria, que aborda la cuestión desde la perspectiva de las reglas sobre distribución del tiempo de trabajo, que podrían contribuir también a la descarbonización (2023, p. 32 ss.).

Un segundo aspecto se relaciona con el fomento de la movilidad sostenible. Comoquiera que una buena parte de los desplazamientos que se producen diariamente

tienen una motivación laboral, incorporar criterios de sostenibilidad en este terreno aparece como esencial. En este contexto, la expansión del teletrabajo tiene un impacto directo en este terreno. Como señala el preámbulo de la Ley 10/2021, de 9 de julio, “esta modalidad contribuye a disminuir la contaminación al reducir el número de desplazamientos y el uso de vehículos privados, lo que repercute positivamente en la eficiencia energética de las empresas”. De cara al futuro próximo, se proyectan nuevas reglas al respecto. Se ha vuelto a presentar un proyecto de ley sobre movilidad sostenible, cuyo trámite de enmiendas se cerró en octubre de 2024 y se encuentra pendiente de informe de la ponencia. En él se prevé la implantación de planes de movilidad sostenible para empresas de ciertas dimensiones (art. 27) y, sobre todo, una nueva reforma del art. 85.1 ET para impulsar el papel de la negociación colectiva en este terreno.

Finalmente, en el ámbito de la formación e información cabe destacar las medidas de información colectiva introducidas en la reforma estatutaria introducida por la Ley 38/2007, de 16 de noviembre. En concreto, el art. 64.2.b) dispone la obligación de informar a la representación legal “sobre la situación económica de la empresa, la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo”. Por su parte, el art. 64.7.c) le abre la posibilidad de “colaborar con la dirección para implementar medidas que aseguren el mantenimiento e incremento de la productividad y la sostenibilidad ambiental de la empresa, si así está pactado en los convenios colectivos”. Seguramente esta dimensión ha de ser reforzada mediante una específica intervención normativa dirigida a la creación de un “deber empresarial de formación a las personas trabajadoras acerca de las mejores opciones para ser respetuosas con el medio ambiente en actividad productiva” (Fita Ortega, 2024).

Por lo demás, no hace falta insistir en que la importancia del objetivo perseguido y de los cambios que requiere impone que, tanto en un plano como en el otro, el diálogo social ocupe un papel de primer nivel en el momento de afrontar los cambios. Como se ha señalado en un reciente documento del CES, “la transición justa no solo impone obligaciones de actuación a la Administración, sino que implica también a las partes de las relaciones laborales, tanto desde el punto de vista del cumplimiento de las normas como del ejercicio de su autonomía colectiva. Y es necesario que cuente con la participación de los interlocutores sociales a través del diálogo social” (2024, p. 62).

### **3. La reforma estatutaria introducida por el RDL 8/2024**

Como he indicado, además de atender estas funciones de carácter estructural, las normas laborales han de ofrecer soluciones para la atención inmediata de las situaciones derivadas de los fenómenos meteorológicos adversos. Esta cuestión constituye el objeto de la reforma del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-ley 8/2024, de 28 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el marco del Plan de respuesta inmediata, reconstrucción y relanzamiento frente a los daños causados por la Depresión Aislada en Niveles Altos en diferentes municipios entre el 28 de octubre y el

4 de noviembre de 2024. Como se desprende del largo título, la reforma se ubica dentro de las normas de urgencia dictadas para la atención de las necesidades derivadas de las catastróficas inundaciones de finales de octubre de 2024. En el inmediatamente anterior RDL 7/2024, de 11 de noviembre, se habían aprobado un conjunto de medidas adicionales a las primeras (RDL 6/2024) entre las que se incluían varias en materia de empleo (arts. 41 ss.) que construían, según su preámbulo, un “verdadero escudo laboral”. Dos semanas después, la norma que ahora nos ocupa da un paso más, procediendo su disposición final 2ª a modificar varias reglas estatutarias para afrontar este tipo de fenómenos “con carácter permanente y estable”.

La razón de esta reforma se encuentra, como indican las consideraciones preliminares del RDL 8/2024, en la doble constatación de la intensidad que alcanzan estas emergencias climáticas y de su creciente frecuencia. En este sentido, se destacan, de un lado, “las catastróficas consecuencias de los fenómenos atmosféricos” y, de otro, su “previsible recurrencia” e incluso “la cada vez más frecuente afectación de la crisis medioambiental a las relaciones de trabajo”. Esta idea permite conectar la DF 2ª RDL 8/2024 con el precedente Real Decreto-ley 4/2023, de 11 de mayo, que, en su larguísimo título hacía referencia a la “prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas” y cuyas consideraciones preliminares, además de recordar la muerte de un trabajador de 60 años por golpe de calor mientras desarrollaba su prestación, hacían las mismas reflexiones. Se destacaba entonces como el cambio climático “conlleva un aumento general de las mismas (las temperaturas) y cambios cada vez más extremos”, sin que sea “posible concebir este fenómeno como un hecho aislado, sino como una tendencia creciente que llevará a que escenarios como el actual se reproduzcan cada vez con más frecuencia”. Como precedente más inmediato, hay que señalar las previsiones de los arts. 41 ss. RDL 7/2024, el citado “escudo laboral” frente a la DANA, hasta el punto de que se ha indicado que la nueva norma “confirma esa esencia estructural que se desprendía de alguna de las medidas teóricamente coyunturales que contenía el precedente RDL 7/2024, que revela, desde la norma, la consciencia de que el cambio climático traerá más episodios meteorológicos adversos como el acaecido” (Miñarro Yanini, 2024). Es en este contexto en el que se ubica la DF 2ª RDL 8/2024.

No debe pensarse que los problemas productivos derivados de la meteorología no hayan sido objeto de consideración hasta la fecha. Desde antiguo, su tratamiento se ha ubicado en el terreno de la fuerza mayor. Podemos remontarnos a la LCT-1931, cuyo art. 88.5ª, establecía como causa de extinción del contrato la “fuerza mayor que imposibilite el trabajo por una de las siguientes causas: incendio, inundación, terremoto, explosión, plagas del campo, guerra, tumultos o sediciones, y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no hayan podido prever o, habiéndolo previsto, no se haya podido evitar”. Con posterioridad, el recurso a la regulación temporal de empleo por fuerza mayor se ha utilizado habitualmente para mitigar los efectos devastadores que los eventos naturales provocan en infraestructuras productivas y comunicaciones. La jurisprudencia contenciosa, encargada de enjuiciar estas cuestiones hasta principios de este siglo, aporta ejemplos de ello en caso de nevadas que impi-

den el acceso al centro (SSTS 12 noviembre 1986 RJ\1986\6191, 22 diciembre 1986 JUR\1986\3313, o 25 julio 1989 JUR\1989\2970), bajas temperaturas que impiden el funcionamiento de la maquinaria (STS 9 mayo 1988, JUR\1988\5563), o lluvias que exceden la normalidad e impiden el aprovisionamiento de la empresa (STS 23 junio 2003, rec. 2443/1999). En este contexto, la fuerza mayor ha cumplido su misión tradicional en la teoría de las obligaciones de distribuir los riesgos de las obligaciones que se integran en el contrato de trabajo (cfr. art. 1105 CC).

Las modificaciones introducidas en el Estatuto por la DF 2ª RDL 8/2024 se sitúan en una perspectiva diferente pues se orientan a garantizar la seguridad de las personas ante los fenómenos meteorológicos adversos. En los cuatro párrafos del preámbulo dedicados a explicarla se alude a la “protección de la seguridad y salud”, a la garantía de “la seguridad de las personas trabajadoras y las empresas”, a la evitación de poner “en riesgo su integridad” e incluso a la posibilidad de incurrir en un “negacionismo climático peligroso para quienes trabajan” si la regulación no se afronta. Con esta finalidad, pues, de preservar la integridad de las personas, se introducen cuatro nuevas reglas en el ET. En primer lugar, se crea lo que se ha dado en llamar «permiso climático», previsto para los casos de “imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes, así como cuando concurra una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso” (art. 37.3.g ET). En segundo lugar, este nuevo permiso parece alterar, de alguna manera, los criterios tradicionales respecto al recurso a la regulación temporal de empleo por fuerza mayor. Los nuevos párrafos que se añaden al art. 47.6 ET implican, de acuerdo con el preámbulo, que, de manera complementaria, “cuando estas situaciones se alarguen debe preverse su consideración como causa de fuerza mayor a efectos de suspensión de contratos y reducciones de jornada”. En otro orden de consideraciones, se contempla la tutela colectiva de la seguridad de las personas, definiéndose nuevas competencias para la representación del personal y fortaleciendo el papel de la negociación colectiva. Se introduce así un nuevo derecho de información a favor de la representación legal cuyo objeto son “las medidas de actuación previstas en caso de activación de alertas por catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos” (nuevo art. 64.4.e] ET). En fin, mediante un párrafo añadido al art. 85.1 ET, se establece una nueva obligación de negociar referida a “protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos”.

La reforma no inventa nuevas categorías; afirma, al contrario, que se utilizan “los mecanismos tradicionales” del derecho del trabajo para atender las necesidades derivadas de los fenómenos meteorológicos adversos. Sin embargo, aspira a ser profundamente innovadora puesto que “todo lo anterior dotará al ordenamiento laboral español de unos instrumentos únicos e inéditos frente a las consecuencias de la crisis climática”. A buen seguro lo son, si bien es posible que la filosofía en la que se sustentan sea, cuando menos,

discutible. Volveré más adelante sobre esta cuestión. Lo que en modo alguno es cierto es que se hayan previsto “soluciones que permitan que las empresas y las personas trabajadoras puedan llevar a cabo sus actividades en condiciones de seguridad jurídica” ni que se hayan establecido “reglas claras” respecto al funcionamiento de las diferentes instituciones implicadas. La elevada autocomplacencia del legislador sobre este particular no está, en mi opinión, justificada. Como veremos a continuación, no es fácil admitir que las nuevas reglas sean claras; y ello al menos en tres sentidos diferentes: no lo son consideradas en sí mismas, tampoco en las relaciones que establecen entre ellas, ni, en fin, en su inserción en el conjunto del ordenamiento, esto es, en sus interacciones con las normas preexistentes.

#### 4. El nuevo permiso climático

Centrándonos de entrada en el nuevo permiso climático, dada su ubicación en el art. 37.3 ET, no es complicado alcanzar la conclusión de que las ausencias al trabajo amparadas por él resultan retribuidas. Algo más problemática es la cuestión de su duración. Ciertamente, se alude a cuatro días; pero, en realidad, tiene una duración variable, vinculada, de un lado, a la duración de los efectos del evento que lo motiva y, de otro, a las posibilidades y a la actuación de la empresa en relación con la incoación de expediente de regulación temporal de empleo. En el primer sentido, recuérdese que el art. 37.3.g) viene encabezado por un significativo “hasta” –que implica que no existe un acceso automático a la interrupción durante cuatro días–; en el segundo, el último inciso de su primer párrafo abre expresamente la posibilidad de que, una vez transcurridos los cuatro días, se prolongue “hasta que desaparezcan las circunstancias que lo justificaron, sin perjuicio de la posibilidad de la empresa de aplicar una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6”. Nada se nos dice en todo caso respecto a si los cuatro días son naturales o laborables. Lo razonable es, desde luego, lo primero. Soy consciente de que esta idea se mueve en sentido contrario a lo que parece doctrina jurisprudencial consolidada. Sin embargo, hay que observar las peculiaridades de la causa. Los restantes permisos contenidos en el art. 37.3 ET son estrictamente individuales; por el contrario, las ausencias climáticas tienen una inequívoca connotación colectiva, de ámbito empresarial o superior. En este contexto, computar por días laborables hace aparecer diferenciaciones poco claras entre quienes prestan sus servicios, en razón de la distribución de su tiempo de trabajo y dificulta la posterior gestión colectiva de la regulación de empleo. Por lo demás, la finalidad que se persigue no se pone en peligro puesto que, de persistir situaciones de riesgo, las personas quedarán igualmente protegidas en su integridad al pasar a la regulación de empleo.

En todo caso, los dos grandes problemas interpretativos que suscita el nuevo permiso se relacionan con la delimitación del supuesto y con el ámbito subjetivo de aplicación. Comenzado por aquella, cabe observar que se activa en dos casos diferentes. Se alude, de un lado, a la “imposibilidad de acceder al centro de trabajo o transitar por las

vías de circulación necesarias para acudir al mismo, como consecuencia de las recomendaciones, limitaciones o prohibiciones al desplazamiento establecidas por las autoridades competentes”; y de otro, a la concurrencia de “una situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso”.

La primera causa nos obliga a determinar quiénes son las mencionadas autoridades y en qué modo se establecen tales medidas. En el inmediato precedente del precepto (art. 42.1.a] RDL 7/2024), se hablaba de “órdenes, prohibiciones, instrucciones, recomendaciones o requerimientos realizados por las autoridades de protección civil”. Esta última mención no está presente en el nuevo art. 37.3.g) ET lo que impone su identificación. Ello no parece difícil en relación con las “limitaciones o prohibiciones”, que podemos encontrar en varias fuentes. De entrada, la normativa de estados constitucionales excepcionales (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio), prevé, si se declara el estado de alarma, la posibilidad, entre otras cosas, de “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos” (art. 11.a]). De igual forma, en el estado de excepción se contemplan igualmente medidas de restricción de la libertad ambulatoria (art. 20). Por otro lado, cabe traer a colación la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. En el marco de la garantía de una “respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana” que constituye el objeto de este sistema (art. 1.1), las autoridades competentes en la materia, aparte otras muchas posibilidades de actuación, pueden “proceder a la requisa temporal de bienes, así como a la intervención u ocupación transitoria de los que sean necesarios y, en su caso, a la suspensión de actividades” (art. 7 bis 3). Por último, en materia de tráfico, el Ministerio del Interior, a través de la Jefatura Central de Tráfico y la Guardia Civil (art. 6) es competente para acordar “el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por motivos medioambientales, en los términos que reglamentariamente se determine” (art. 5.n] Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, texto refundido aprobado por RDLeg. 6/2015). La competencia, junto con las restantes en la materia, puede ser objeto de transferencia a las Comunidades Autónomas y es asumida por los ayuntamientos en el caso de las vías urbanas.

En cuanto a “recomendaciones”, tras la desaparición de su asociación con las autoridades de protección civil, es posible pensar que se incluyen entre ellas las emitidas por las autoridades especializadas en meteorología. A esta conclusión podría llegarse sobre la base de dos datos. De un lado, los estatutos de la Agencia Estatal de Meteorología aprobados por RD 186/2008, le encomiendan como primera misión “la elaboración, el suministro y la difusión de las informaciones meteorológicas y predicciones de interés general para los ciudadanos en todo el ámbito nacional, y la emisión de avisos y predicciones de fenómenos meteorológicos que puedan afectar a la seguridad de las personas y a los bienes materiales” (art. 8.a]). Conforme al *modus operandi* de la agencia, contenido en el Plan Nacional de predicción y vigilancia de fenómenos meteorológicos adversos

(METEOALERTA)<sup>1</sup>, estos avisos, de diferentes niveles según su gravedad (amarillo, naranja, rojo), incluyen recomendaciones dirigidas a la población. De otro lado, no es la primera vez que se utilizan para delimitar cuestiones relacionadas con la protección de seguridad y salud laborales. Recuérdese que hace referencia a ellos la DA única del RD 486/1997, de 14 de abril, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, añadida por el ya citado 4/2023, de 11 de mayo, que aborda, entre otras materias, la “prevención de riesgos laborales en episodios de elevadas temperaturas”. En efecto, conforme a su apartado 3, es “un aviso de fenómenos meteorológicos adversos de nivel naranja o rojo” el que desencadena la obligación de adaptación de las condiciones de trabajo en el supuesto de trabajos al aire libre.

En todo caso, la equiparación de estas “recomendaciones” a las “limitaciones o prohibiciones” plantea muchos problemas, fundamentalmente desde la perspectiva de la seguridad jurídica. No voy a entrar en el muy obvio relacionado con la fuente formal que las regula, un documento elaborado por funcionarios de AEMET, con el visado de la presidencia de la Agencia. Al margen de ello, resulta preocupante su utilización directa para resolver el problema que afronta el legislador. Y ello por varias razones. En primer lugar, aunque las alertas se dirigen también a los particulares, su principal destinatario son las autoridades de protección civil. En esta línea, el plan Meteoalerta es muy claro: su objeto “es facilitar a todos los ciudadanos y a las instituciones públicas, muy singularmente a las autoridades de Protección Civil, la mejor y más actualizada información posible sobre el peligro de los fenómenos meteorológicos adversos” (p. 4). Por otro lado, las recomendaciones derivadas de los avisos están plagados de conceptos indeterminados: por ejemplo, en el nivel rojo la recomendación no es “no viaje”, si no “no viaje salvo que sea estrictamente necesario”. En realidad, las recomendaciones pasan siempre por esperar el criterio de las autoridades, incluso en los avisos más graves. En los niveles inferiores las recomendaciones son ESTÉ ATENTO (amarillo) y ESTÉ PREPARADO (naranja), atendiendo en ambos casos a la “predicción meteorológica más actualizada”; en el más alto (nivel rojo), es, literalmente, “tome medidas preventivas y ACTÚE según las indicaciones de las autoridades”. Por último, aunque no por ello menos importante, no queda claro cuáles son los niveles de alerta que activan el permiso. Poco antes de la aprobación del RDL, seguramente sobre la base de lo que se aprobó en 2023 para los trabajos al aire libre, se ha dado por supuesto que desde el nivel naranja (“el peligro es importante”) es posible ejercitar la facultad de abstenerse *ex art.* 21 LPRL (Vila Tierno, 2024; también, Baylos Grau, 2024, que incluso parece considerar el amarillo). Si así fuera, el nuevo permiso tendría una amplitud extraordinaria. Seguramente hay que distinguir los trabajos al aire libre, que tienen su regulación especial, de los restantes, sin que sea posible extender el régimen establecido para aquellos a la totalidad de las situaciones. De este modo, una interpretación razonable confinaría el alcance del nuevo permiso a las alertas de nivel

---

<sup>1</sup> Texto completo accesible en [https://www.aemet.es/documentos/es/el tiempo/prediccion/avisos/plan\\_meteoalerta/plan\\_meteoalerta.pdf](https://www.aemet.es/documentos/es/el tiempo/prediccion/avisos/plan_meteoalerta/plan_meteoalerta.pdf) (consulta 20 febrero). Puede accederse igualmente a través de la web de la AEMET ([https://www.aemet.es/es/lineas\\_de\\_interes/meteoalerta](https://www.aemet.es/es/lineas_de_interes/meteoalerta)).

rojo, que son las únicas en las que hay una específica recomendación, aunque, como hemos visto, imprecisa, sobre los desplazamientos.

En cuanto al segundo supuesto, se relaciona con la “situación de riesgo grave e inminente, incluidas las derivadas de una catástrofe o fenómeno meteorológico adverso”. Su presencia en el nuevo art. 37.3.g) ET puede vincularse con el doble tratamiento de las ausencias introducido por el precedente RDL 7/2024. De un lado, su art. 41 equiparaba “la situación excepcional provocada por la DANA” al “riesgo grave e inminente a los efectos previstos en el artículo 21.2 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales” de modo que se reconocía el “derecho a las personas trabajadoras y a las personas socias trabajadoras y de trabajo a interrumpir su actividad, abandonar el lugar de trabajo y no acudir al mismo”; y, de otro, el art. 42.1 reconocía una serie de permisos entre los que se incluían los relacionados con la “imposibilidad de acceder al centro de trabajo o de realizar la prestación laboral, como consecuencia del estado de las vías de circulación, del transporte público o del centro de trabajo, o como consecuencia de las órdenes, prohibiciones, instrucciones, recomendaciones o requerimientos realizados por las autoridades de protección civil” (letra a).

Pero, a diferencia con la solución previa, ahora el riesgo grave se incorpora al permiso. Y con ello se abre una delicada cuestión: la de deslindar la nueva regla de la anterior que reconoce el derecho “a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo, en caso necesario, cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o su salud” (art. 21.2 LPRL). Sabemos que la aplicación de este precepto no está exenta de problemas desde la perspectiva del control judicial *a posteriori* de las decisiones adoptadas por los trabajadores, como se ha puesto de manifiesto recientemente (Basterra Hernández, 2024). Pero no parece que su nueva tipificación como permiso retributivo contribuya a solucionar este problema; al menos, no lo hace de forma decisiva: la ubicación en el terreno del art. 37.3 ET no exime a quien lo ejercite de proceder al “previo aviso y justificación” al que alude el párrafo que lo encabeza. Tampoco parece, por otro lado, que el doble tratamiento se relacione con unos efectos retributivos diferenciados. El permiso, como he indicado, es retribuido; pero también lo es el ejercicio del derecho del art. 21 LPRL pues normalmente se entiende que la inmunidad del art. 21.4 LPRL incluye la percepción del salario (por todos Sala Franco, 2019, p. 110). Habida cuenta de lo anterior, seguramente hay que pensar que el riesgo grave e inminente del art. 37.3.g) ET se diferencia del contemplado por el art. 21 LPRL por el ámbito en el que surge. Aunque, como veremos, no sea algo completamente seguro, este último parece pensar fundamentalmente en los que se originan en el lugar de trabajo, una vez ha comenzado la prestación. De hecho, para definir el alcance del derecho se utiliza en dos ocasiones la expresión “interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo” y, en otra, se alude a “la paralización de la actividad”. Quizá por ello, para afrontar la situación derivada de la DANA el art. 41 RDL 7/2024 procedió a ampliar expresamente su ámbito (“a interrumpir su actividad, abandonar el lugar de trabajo y no acudir al mismo”). De este modo, lo que añadiría el art. 37.3.g) ET sería la posibilidad de valorar los riesgos graves e inminentes que puedan existir en el

exterior del centro. Pero, si esto es así, poco añade al primer supuesto: debemos admitir la existencia de supuestos de riesgo grave e inminente en el exterior del centro para el que no existan recomendaciones, limitaciones o prohibiciones emanadas de las autoridades competentes. No es posible descartar que existan, aunque no es fácil imaginarlos.

Por último, aunque no por ello menos importante, no deja de ser llamativo que el permiso se reconozca de forma universal, para todas las personas contratadas en régimen laboral, sin introducir matices ni excepciones en atención a las actividades que prestan. Es posible que se haya considerado suficiente para atender los servicios esenciales para la comunidad con la diferenciación entre función pública y contratación laboral. El art. 37.3.g) ET se aplica solo en este último ámbito puesto que el RDL 8/2024 no ha procedido a una reforma en paralelo del Estatuto Básico del Empleado Público, como se ha hecho en otras ocasiones. Pero si es así, es una aproximación claramente insuficiente: por un lado, no todos los funcionarios desarrollan actividades vinculadas a los servicios esenciales y no se acaba de entender la razón por la que sus personas quedan expuestas a las emergencias climáticas; por otro, y sobre todo, la prestación de tales actividades puede quedar en manos de personal laboral, tanto si trabajan en el marco del EBEP como si lo hacen para empresas concesionarias o contratistas de servicios públicos. En ambos casos, el nuevo precepto resulta de aplicación, por vía directa en el segundo y por la remisión del art. 51 EBEP en el primero.

En situaciones formalizadas, la normativa aplicable permite orillar este problema. Si se llegara a la declaración del estado de alarma, el art. 9 LO 4/1981 dispone que “las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesaria para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”. De manera similar, la Ley 17/2015 en materia de protección civil, contiene herramientas para solventar el problema. No me refiero tanto al art. 7 bis 2, que piensa en la imposición de prestaciones personales obligatorias más que en la continuidad de las relaciones de servicios que aquí interesan. Mucho más útil en este terreno, es la regulación sobre “servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil” (art. 17), previamente identificados en la Red Nacional de Protección Civil (art. 9.2), que incluyen “Servicios Técnicos de Protección Civil y Emergencias de todas las Administraciones Públicas, los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento, y de Prevención y Extinción de Incendios Forestales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los Servicios de Atención Sanitaria de Emergencia, las Fuerzas Armadas y, específicamente, la Unidad Militar de Emergencias, los órganos competentes de coordinación de emergencias de las Comunidades Autónomas, los Técnicos Forestales y los Agentes Medioambientales, los Servicios de Rescate, los equipos multidisciplinares de identificación de víctimas, las personas de contacto con las víctimas y sus familiares, y todos aquellos que dependiendo de las Administraciones Públicas tengan este fin”. El problema es, de nuevo, la activación del permiso a partir de

“las recomendaciones”, si estas incluyen las de carácter meteorológico, que, como hemos visto, no implican la intervención directa de las autoridades competentes y que aunque repugne al sentido común, podrían plantear interrogantes en este plano.

## 5. Las complejas relaciones entre el permiso climático y otras instituciones

En otro orden de consideraciones, el permiso climático mantiene complejas relaciones con las instituciones que la reforma introducida por la DF 2ª RDL 8/2024 conecta con él; y también con otras previamente existentes en nuestro ordenamiento laboral. En el primer sentido, los arts. 37.3.g) y 47.6 ET obligan a una complicada interacción entre el permiso y el recurso al trabajo a distancia y a la regulación temporal de empleo por fuerza mayor. Por un lado, el último inciso del art. 37.3.g) ET abre la posibilidad de la prolongación del permiso una vez “transcurridos los cuatro días”, salvo que la empresa aplique “una suspensión del contrato de trabajo o una reducción de jornada derivada de fuerza mayor en los términos previstos en el artículo 47.6”. De este modo, el permiso funciona aparentemente como una suerte de antesala del recurso del tradicional uso de la regulación de empleo por fuerza mayor. Por otro, el segundo párrafo del art. 37.3.g) ET abre una alternativa al permiso, el recurso al trabajo a distancia, que también funciona como tal para el eventual ERTE que se abra a continuación. En concreto, la empresa puede establecerlo “cuando la naturaleza de la prestación laboral sea compatible con el trabajo a distancia y el estado de las redes de comunicación permita su desarrollo”, si bien debe “observar el resto de las obligaciones formales y materiales recogidas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y, en particular, el suministro de medios, equipos y herramientas adecuados”.

Aparentemente, las relaciones entre el permiso y la regulación de empleo son de sucesión temporal. El preámbulo los sitúa en relación de complementariedad derivada de la persistencia de las circunstancias que justifican el primero. Se insiste en ello en dos pasajes: en uno se afirma que, “complementariamente, cuando estas situaciones se alarguen debe preverse su consideración como causa de fuerza mayor a efectos de suspensión de contratos y reducciones de jornada”; en el otro, se indica que la nueva regulación “aclara la posibilidad de que el mantenimiento de esas circunstancias pueda dar lugar a la tramitación”. Ello puede llevar a la conclusión de, en casos de fenómenos meteorológicos adversos, se atraviesa forzosamente por la situación de permiso; y que una vez agotada su duración es posible instar la regulación temporal de empleo.

La lectura de los nuevos párrafos añadidos al art. 47.6 ET por el RDL 8/2024 conduce, a mi juicio, a defender una solución más matizada. Es interesante observar, de entrada, como la causalidad del permiso y de la regulación temporal de empleo no es exactamente la misma. La nueva redacción del art. 47.6, segundo párrafo, ET se refiere únicamente al “mantenimiento, transcurridos los cuatro días previstos en el artículo 37.3.g), de la imposibilidad de acceder al centro de trabajo o a las vías de circulación necesarias para acudir al mismo”, a la que se asigna la condición de fuerza mayor. De este

modo, el permiso parece impedir la incoación del expediente únicamente en los casos de continuidad de dificultades que imposibilitan el transporte hasta el centro de trabajo. El tercer párrafo del precepto insiste en esta idea al afirmar que, “por el contrario, las circunstancias del párrafo anterior no serán constitutivas de fuerza mayor durante la duración del permiso del artículo 37.3.g)”. Sin embargo, ello no impide, como demuestra el último inciso que, durante ese período, quepa justificar “la fuerza mayor en base a otras circunstancias, en cuyo caso los efectos se retrotraerán al momento del hecho causante correspondiente”. En otras palabras, la secuencia temporal excluyente del expediente se centra en los problemas derivados del corte de las comunicaciones, siendo esta la única causa que impide recurrir a la regulación de empleo. Por el contrario, es posible recurrir al expediente, conforme a las reglas generales, en los casos en los que la fuerza mayor tenga trascendencia diferente, admitiéndose para ellas la eficacia retroactiva de la resolución administrativa hasta el momento del hecho causante, como indican el precepto que nos ocupa y el art. 33.5 RPDC. En conclusión, creo que hay que entender que la dilación derivada del nuevo permiso no se aplica a las situaciones en las que el episodio climático haya afectado a la infraestructura productiva, en forma de daños que imponen la paralización de la actividad hasta que se efectúen las reparaciones. Por supuesto, ello presupone que en estos supuestos no cabría el permiso climático, cuyos efectos serían sustituidos por los derivados de la eficacia retroactiva de la resolución.

En otro orden de consideraciones, la conexión del permiso y la regulación temporal de empleo con el trabajo a distancia añade otra capa de complejidad. Habida cuenta las experiencias recientes (cfr. art. 5 RDL 8/2020, de 17 de marzo), no debe extrañarnos que tanto el art. 37.3.g) como el art. 47.6 ET hagan referencia a la posibilidad de recurrir a esta modalidad, aunque en el segundo caso, por lo que se acaba de explicar, se limite a la existencia de problemas relacionados con el transporte. Conviene señalar, sin embargo, tanto las reglas coyunturales establecidas para la DANA como las que se incorporan al Estatuto de forma permanente complican esta relación. El art. 43.3 RDL 7/2024 ya establecía que, en caso de “carencia de equipamiento suministrado por la empresa a la persona trabajadora” para desarrollar el trabajo a distancia, la situación se había de reconducir al permiso retribuido del art. 42.1 del propio RDL. Esta idea se transfiere ahora a la regulación estructural puesto que el nuevo art. 37.3.g) ET no solo exige que “la naturaleza de la prestación laboral sea compatible con el trabajo a distancia y el estado de las redes de comunicación permita su desarrollo” sino que requiere la observancia del “resto de las obligaciones formales y materiales recogidas en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, y, en particular, el suministro de medios, equipos y herramientas adecuados”. Ello supone, que “la nueva regulación permite a la empresa eludir el requisito constitutivo de la voluntariedad en el trabajo a distancia, en estos momentos de especial urgencia y excepcionalidad, pero recuerda que sólo será posible acudir a esa forma de trabajo si la empresa tiene adaptados los mecanismos legales que establece el propio legislador” (Rodríguez Rodríguez, 2025, p. 4). De este modo, parece que solo si la empresa tiene establecido un sistema de teletrabajo previo de carácter regular (art. 1 Ley 10/2021) puede accederse a él.

A la postre, todo ello abre un abanico de diferencias de dudosa justificación entre las empresas y las personas que prestan sus servicios para ellas. Las primeras verán diversificadas sus posibilidades de afrontar la crisis climática pues afrontarán distintas situaciones respecto al teletrabajo o al recurso de la regulación de empleo por fuerza mayor, en función de las circunstancias. En ciertos casos, estos problemas podrán ser minimizados –por ejemplo, previendo el cumplimiento de las condiciones legales respecto del teletrabajo en los protocolos que se establezcan en relación con la atención de situaciones de emergencia–; pero estas soluciones no están al alcance de todas. Por lo que se refiere a las segundas, en ocasiones disfrutarán el permiso, en otros casos, accederán a las prestaciones por desempleo o, en fin, vendrán obligados a teletrabajar. Seguramente, ello no supone la aparición de desigualdades jurídicamente relevantes; pero sí que genera efectos poco claros en términos de incentivos negativos a la prestación efectiva, como se ha visto, con motivo de la DANA, tras la introducción de los permisos específicos y el plan MECUIDA especial por el RDL 7/2024.

Hay todavía dos cuestiones más, vinculadas a la interacción entre las nuevas reglas y otras posibilidades de actuación empresarial. De un lado, cabría plantearse sobre la posibilidad de recurrir a la institución de las horas recuperables. Soy consciente de que su regulación reglamentaria (art. 5 RD 2001/1983) desapareció hace años como consecuencia de la apreciación de su carácter *ultra vires* por la STS cont. 31 enero 1990 (JUR\1990\2235). Lo bien cierto es, sin embargo, que, ante determinados episodios climáticos que impiden el trabajo, se ha abierto, en la doctrina de suplicación, la posibilidad de recurrir a ellas, especialmente en casos de corta duración (por ejemplo, SSTSJ Cataluña 5272/2011, de 21 de julio, o Madrid 30/2022, de 20 de enero; en contra, sin embargo, STSJ Madrid 494/2022, de 26 mayo). En estos casos, la finalidad perseguida por las nuevas normas, la protección de las personas, se alcanza igualmente mediante una distribución del riesgo que, en teoría, resulta razonable desde la perspectiva del equilibrio de las prestaciones. Tan es así que la reiteradamente citada DA única del RD del 486/1997, sobre “Condiciones ambientales en el trabajo al aire libre”, la utiliza para afrontar los fenómenos meteorológicos adversos cuando afectan a los trabajos al aire libre, pues en estos casos los avisos de nivel naranja o rojo convierten en “obligatoria la adaptación de las condiciones de trabajo, incluida la reducción o modificación de las horas de desarrollo de la jornada prevista” (apartado 3). Seguramente, la reforma pone en cuestión el posible recurso a las horas recuperables, tanto de forma espontánea como si estuviera previsto en el convenio aplicable. Cabe incluso pensar que pueda haber derogado parcialmente la DA única del RD 486/1987, aunque también podría sostenerse su (razonable) vigencia en su condición de norma especial.

Cabe, por último, plantearse la cuestión de si es posible solicitar la colaboración del personal para la reparación de las consecuencias derivadas de la emergencia climática. Tradicionalmente, y sin perjuicio por supuesto del necesario cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, se ha partido de una respuesta positiva a esta cuestión. Son varios los preceptos que presuponen esta posibilidad. El art 35.3 ET establece que, para efectos del cómputo de la jornada ordinaria y de las horas extraordi-

narias, “no se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias”. Por su parte, el 156.2.d) LGSS asigna la condición de accidentes de trabajo a “los acaecidos en actos de salvamento y otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo”. Uno y otro presuponen esta posibilidad, sin que parezcan existir obstáculos derivados de las reglas sobre clasificación profesional. Seguramente las “razones técnicas u organizativas” a las que se refiere el art. 39.2 podrían justificar el desarrollo de funciones distintas a las habituales. Aunque la participación del personal en estas tareas tras la DANA ha sido objeto de críticas (Baylos Grau, 2024, p. 3), diría que continúa siendo posible tras la reforma del ET, si bien la existencia del permiso climático las convierte en voluntarias.

## 6. Prevención de riesgos y emergencias climáticas

Las otras dos normas que la DF 2ª RDL 8/2024 introduce en el Estatuto de los Trabajadores miran formalmente a la ampliación de las facultades de tutela colectiva de seguridad y salud laboral en los casos de emergencias climáticas. Ello afecta, de una parte, a los derechos de información de la representación legal. El nuevo art. 64.4.e) ET impone a la empresa informar “de las medidas de actuación previstas con motivo de la activación de alertas por catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos”. De otra, se amplían las materias que son objeto de deber de negociar. Se añade un nuevo párrafo al art. 85.1 ET que obliga a la negociación de “protocolos de actuación que recojan medidas de prevención de riesgos específicamente referidas a la actuación frente a catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos”.

Desde una perspectiva formal, el carácter innovador de estas dos normas es desigual. Seguramente la primera tiene bien poca pues las facultades informativas a las que se refiere el nuevo art. 64.4.e) ET ya estaban de forma explícita en la LRPL. De hecho, su art. 18.1.c) incluye en el ámbito general de información preventiva las “medidas de emergencia” y en el art. 21.1 LPRL se prevé la necesaria para afrontar las situaciones de “riesgo grave e inminente”. Es más, la remisión existente en el art. 33 presupone que estas cuestiones han de ser objeto de consulta. No es por ello de extrañar que el nuevo precepto salve expresamente “los derechos de información, consulta y participación” previstos en la Ley de Prevención. Algo más relevante podría ser la extensión a la materia que nos ocupa del deber de negociar, pues las facultades que el art. 2.2 LPRL atribuye a la negociación colectiva de mejora y desarrollo de las prescripciones legales entran, en principio, en el marco de la libertad negocial.

Diría, en todo caso, que, lo más importante no es su reconocimiento sino la finalidad que se persigue con él. Se trata, a mi juicio, de ampliar el perímetro de las obligaciones preventivas de las empresas: que estas no se detengan en los riesgos derivados de

la organización interna, sino que se extiendan también a aquellos generados por agentes externos, las catástrofes y otros fenómenos meteorológicos adversos, tanto si estos inciden directamente sobre el trabajo, por desarrollarse al aire libre, como si no, como consecuencia de la exposición a ellos durante los desplazamientos laborales o a causa de los destrozos imprevisibles de las instalaciones que puedan producir.

Por más que a raíz de la DANA y antes del RDL 7/2024, se haya recurrido a la normativa preventiva para determinar el régimen de sus efectos (Vila Tierno, 2024), lo cierto es que las reglas de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales no son contundentes sobre la inclusión de la previsión de este tipo de eventos en el marco del deber empresarial de protección. De hecho, existen argumentos a favor y en contra de considerarlos incluidos en él. En la primera dirección, apuntaría que su objeto comprende “todos los aspectos relacionados con el trabajo” (art. 14.2). Igualmente se movería en esta línea el hecho de que la protección del riesgo grave e inminente se establece con “con ocasión de su trabajo” (art. 21.1). Es verdad que este riesgo viene expresamente calificado de “laboral” en el momento de su definición (art. 4.4º LPRL) lo que llevaría a pensarse que no incluye los exteriores a la empresa. La doctrina, sin embargo, ha hecho hincapié en la utilización de la expresión “con ocasión” del trabajo por el art. 21 LPRL para entenderlos comprendidos en la protección que dispensa este precepto (Sala Franco, 2019, p. 107).

En sentido contrario, cabría argumentar que las “condiciones” de trabajo, cuya mejora, desde la perspectiva preventiva, es el objeto principal de la política de prevención de riesgos laborales (art. 5.1), se ciñen a las características del trabajo que se presta, como se advierte en su definición legal (art. 4.7º LPRL). Por eso, la evaluación inicial de riesgos para la seguridad y salud debe considerar “con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos” (art. 16.2.a] LPRL). Desde esta perspectiva, los que se producen en el exterior de la organización no estarían incluidos en el deber de protección, salvo en los casos en los que la prestación se desarrolla a la intemperie o respecto de “situaciones provenientes del exterior que se materializan en el interior y que pueden afectar la integridad física o psíquica del trabajador” como ocurre, por ejemplo, en situaciones de atraco o robo con intimidación (Sala Franco, 2019, p. 92; STS 25 junio 2008, rec. 70/2007).

Frente a estas dudas, las nuevas normas clarifican la cuestión. La prevención de los efectos de los fenómenos meteorológicos adversos queda comprendida en el objeto del deber empresarial de protección, incluso en los casos en los que el trabajo no se preste al aire libre. Volveré de inmediato sobre la valoración de este extremo. Ahora me interesa centrarme en las cuestiones de orden práctico. De entrada, los nuevos preceptos del Estatuto obligan con toda probabilidad a la revisión de la evaluación de riesgos y de los correspondientes protocolos de actuación en relación con las “medidas de emergencia” (art. 20 LPRL) y la información empresarial sobre posibles situaciones de “riesgo grave e inminente” (art. 21.1.b] LPRL). Seguramente, esta tarea debe acometerse atendiendo a las directrices suministradas por el sistema de protección civil, a través de los Planes de Protección Civil (art. 14 Ley 17/2015), tanto la Norma Básica de Autoprotección

de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que puedan dar origen a situaciones de emergencia, aprobada por RD 393/2007, de 23 de marzo, prescindiendo del carácter actualmente limitado de su ámbito, como los Planes Especiales para determinados riesgos (art. 15.3 Ley 17/2015) que puedan ser relevantes en atención a las circunstancias de la empresa. Y, a medio plazo, se contará con criterios más específicos, como consecuencia de la posible actuación de la negociación colectiva en cumplimiento de la nueva redacción del art. 85.1 ET y de la anunciada aprobación por el Gobierno, en el plazo de doce meses, de un “Reglamento sobre la protección de las personas trabajadoras frente a los efectos del cambio climático en el ámbito laboral” (DF 5ª RDL 8/2024).

En fin, la extensión del deber de protección implica una posible revisión de las garantías de la actuación empresarial. De un lado, el nuevo deber de información a la representación legal está conectado de forma literal con la autotutela colectiva frente al riesgo grave e inminente. Así se desprende del último inciso del art. 64.4.e) ET, al relacionarlo con “la adopción de las respectivas medidas y decisiones, incluidas, entre otras, las previstas en el artículo 21” LPRL. De otro, no es fácil anticipar el impacto que pueda tener la nueva concepción sobre las responsabilidades empresariales en relación con los daños derivados de fenómenos meteorológicos adversos. Más allá de su calificación o no como accidente de trabajo (Chacartegui, 2025), habrá que profundizar en este aspecto. Por lo que he podido ver, los pronunciamientos sobre recargo de prestaciones o pretensiones indemnizatorias tienden a ser condenatorios cuando el evento climático se combina con un fallo preventivo (por ejemplo, SSTSJ Andalucía [Granada] 2338/2003, 22 julio, Galicia 3737/2015, 19 junio, o País Vasco 26 junio 2007, rec. 646/2007). Por el contrario, no hay imputación de responsabilidad, aparte de casos en los que se detecta negligencia del trabajador (por no haber usado los equipos de protección individual adecuados: SSTSJ Andalucía [Sevilla] 2307/2015, 24 septiembre, o Islas Canarias [Santa Cruz] 671/2017, 6 julio), si el evento dañoso es causado exclusivamente por causa meteorológica (STSJ Com. Valenciana 1402/2020, 27 abril: accidente aéreo causado por fuerte viento). Existe, sin embargo, un elevado nivel de incertidumbre cuando la discusión gira en torno a la forma en que la empresa ejerce sus poderes directivos para atender los eventos excepcionales. Si parece clara la existencia de responsabilidad cuando la exposición al riesgo se produce precisamente por las órdenes empresariales (STSJ Castilla León [Burgos] 51/2006, 26 enero: requerimiento de participación en actos de extinción de incendio sin formación ni suministro de EPI adecuados), existe cierta controversia en casos en los que no se ha reforzado la diligencia (véanse las soluciones diferentes, para casos de accidentes vinculados al transporte, en SSTSJ Cataluña 3342/2010, 6 mayo, y País Vasco 3159/2001, 18 diciembre) o no se ha procedido a la suspensión de los trabajos en las que existen pronunciamientos que imputan responsabilidad (SSTSJ Asturias 985/2007, 9 marzo, Cataluña 3304/2009, 23 abril, y 5025/2013, 15 julio, o Madrid 505/2015, 15 junio) y otros que rechazan hacerlo (STSJ Andalucía [Málaga] 1/2019, 9 enero). Seguramente, la reforma introducida por el RDL 8/2024 afectará a este marco.

## 7. Reflexiones finales

Para una valoración de conjunto de la reforma introducida en el Estatuto por el RDL 8/2024, la primera consideración se ha de dedicar a discutir su necesidad. Se ha justificado sobre la base de “confusión existente respecto a las opciones que proporciona el Estatuto de los Trabajadores -y la normativa laboral, en su conjunto- para ausentarse del puesto de trabajo, antes, durante y con posterioridad a la tragedia” de la DANA, que habría quedado solventada mediante el nuevo permiso climático (Rodríguez Rodríguez, 2025, p. 3). Sin embargo, aun sin una regulación específica, se había puesto de manifiesto pocos días antes de la aprobación del Real Decreto-ley que el marco vigente suministraban datos suficientes para justificar las ausencias relacionadas con el evento (Vila Tierno, 2024). Por su parte, la regulación temporal de empleo por fuerza mayor, como hemos visto más arriba, podía dar cobertura suficiente a los problemas más estructurales, tanto en relación con las consecuencias directas, las vinculadas a la paralización de la producción por la inundación, como indirectas, relacionadas con las dificultades de los desplazamientos. En realidad, los cambios que se introducen responden a una finalidad diferente: la de comprometer a las empresas en la gestión de los fenómenos climáticos adversos. En este sentido, la reforma procede a cambiar el equilibrio preexistente en los casos de fuerza mayor, al desplazar parcialmente sobre ellas el riesgo mediante el permiso climático cuando la fuerza mayor impide o dificulta extraordinariamente el cumplimiento; y también con la ampliación del ámbito del deber de protección empresarial, que ahora incluye claramente los eventos externos a los lugares de trabajo, incluso cuando este no se desarrolla al aire libre.

Por mi parte, no estoy segurísimo de la corrección de los nuevos planteamientos. En relación con el primer aspecto, ya se han alzado algunas voces críticas que indican que este tipo de riesgos, aunque afectan al trabajo, no son “propios de la empresa” por lo que “deberían plantearse soluciones socializadas respecto del coste de estos permisos, bien a través de la cobertura parcial de la Seguridad Social, o bien mediante la constitución de un Fondo Empresarial a tal efecto”. Estas medidas “serían más coherentes con el respaldo a la actividad de las empresas, además en un momento de especial necesidad, puesto que también resultarán afectadas negativamente por tales efectos climáticos” y, de paso, “contribuiría, asimismo, a evitar un posible efecto «fuga» de la actividad empresarial a zonas con climas más estables, o al menos sin fenómenos tormentosos extremos que son bien conocidos a orillas del Mediterráneo” (Miñarro Yanini, 2024; conforme, parece, Rojo Torrecilla, 2004). Y, si se piensa bien, es el modelo que teníamos antes del RDL 8/2024, donde el riesgo de la no prestación derivado de fuerza mayor acababa socializado a través de la eficacia retroactiva de la regulación de empleo y su efecto sobre las prestaciones por desempleo.

Por otra parte, por lo que se refiere a la ampliación del deber de protección, no se acaban de ver las razones que justifican su extensión a cuestiones ajenas a la empresa, por desarrollarse en el exterior del centro de trabajo. Los posibles fundamentos son dos: de un lado, cabría aducir el “importante grado de responsabilidad” que corresponde a las empresas en el cambio climático que hace que no resulte “desmedido que se les exija una responsabilidad mayor, tanto hacia el futuro, como ante situaciones actuales, en términos de

reparación del daño causado, en la medida de que esto sea posible” (Rodríguez Rodríguez, 2025, p. 1); de otro, que la causa de la exposición de las personas a estos riesgos externos a las empresas es precisamente el cumplimiento del contrato de trabajo que mantienen con estas, siendo las que obtienen ventaja de aquella. No creo, sin embargo, que ninguna de estas dos ideas justifique claramente las medidas adoptadas. De entrada, la regulación nueva se sigue basando en conceptos tradicionales, de manera que sirve tanto para los eventos catastróficos del tipo de la DANA como para otros que han venido suscitándose dentro de la normalidad. Por otro lado, el argumento de la exposición vinculada al trabajo recupera los razonamientos que se utilizaron decenios atrás para incluir el accidente *in itinere* en el marco del concepto de accidente de trabajo, pero la situación que se afronta ahora parece muy diferente. De hecho, la normativa preventiva se ha ocupado de deslindar sus conceptos de los tradicionalmente establecidos en materia de Seguridad Social (arg. ex DA 1º LPRL). Pensar que la empresa queda obligada y, por tanto, es responsable de proteger a las personas cuando se encuentran fuera del centro de trabajo es, en definitiva, poco adecuado con el sistema culpabilístico vigente en relación con la valoración del cumplimiento de las obligaciones preventivas. Desde esta perspectiva, habría que clarificar hasta dónde llegan las obligaciones y responsabilidades empresariales en relación con los eventos externos, puesto que, como regla general, las actuaciones procedentes habrían de entrar en las competencias del sistema de protección civil.

En todo caso, incluso si se comparte la opción legislativa<sup>1</sup>, las medidas adoptadas merecerían reflexiones adicionales. Una cosa es hacer frente a la catástrofe de la DANA, como hicieron los dos decretos-leyes anteriores, y otra bien diferente es trasladar las soluciones previstas para esta situación, concreta y excepcional por su magnitud, a las que puedan plantearse en el futuro y, en su mayor parte, dentro de la normalidad. Por eso, sería bien interesante repensarlas con tranquilidad, evitando los múltiples recovecos de inseguridad jurídica que plantean las nuevas normas. Los muchos problemas que plantea la presencia de las recomendaciones entre los supuestos del permiso, las poco claras diferenciaciones que su articulación con otras posibles actuaciones abre para empresas y personas trabajadoras y, finalmente, las dudas respecto al nuevo alcance del deber de protección empresarial hacen necesaria una mayor meditación. El hecho de que, con la convalidación del Real Decreto-ley 8/2024, se haya iniciado la tramitación parlamentaria de su texto como proyecto de ley ofrece un período para, con tranquilidad, analizar los diferentes problemas que se han apuntado y poder afrontarlos con soluciones menos inseguras y que tengan adecuadamente en cuenta los diferentes intereses. Y podría aprovecharse, de paso, para eliminar una de las dos letras “g)” que, tras la aprobación de la Ley 6/2024, tiene el artículo 37.3 ET.

## Referencias citadas

Basterra Hernández, M. (2024). Prevención de riesgos laborales y poder de dirección del empresario: el ius resistitiae del trabajador ante un riesgo grave e inminente para su vida o su salud. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 111.

- Baylos Grau, A. (2024, 19 noviembre). *Notas sobre el escudo laboral frente a las consecuencias de la DANA (el RDL 7/2024)*. NET21 número 21.
- Cairós Barreto, D. M. (2024). Las nociones de sostenibilidad y transición justa en el ámbito de la protección jurídica de las personas trabajadoras. En Cairós Barreto, D. M. (dir.), Fotinopoulou Basurko, O. (dir.) y López Terrada, E. (dir.), *Cambio climático y derecho del trabajo: conceptualización y régimen jurídico* (pp. 21-73). Aranzadi, 2024.
- Cairós Barreto, D. M. (dir. ), Fotinopoulou Basurko, O. (dir. ), & López Terrada, E. (dir. ). (2024). *Cambio climático y derecho del trabajo: conceptualización y régimen jurídico*. Aranzadi.
- Chacartegui, C. (2025, 27 febrero). *Accidente de trabajo y riesgos climáticos: su construcción por la jurisprudencia*. NET21 número 22.
- Consejo Económico y Social. (2024). *Impacto socioeconómico y laboral del cambio climático. Documento 01/2024*.
- Estudio de fundamentación para la Ley de Usos del Tiempo y Racionalización Horaria*. (2023).
- Fita Ortega, F. (2024). El papel del Derecho del trabajo en su vertiente individual, en la lucha contra los efectos del cambio climático. En Cairós Barreto, D. M. (dir.) Fotinopoulou Basurko, O. (dir.) y López Terrada, E. (dir.), *Cambio climático y derecho del trabajo: conceptualización y régimen jurídico* (pp. 187-223). Las Rozas (Madrid) : Aranzadi, 2024.
- Fotinopoulou Basurko, O. (2024). La Unión Europea ante la transición ecológica justa. En D. M. (dir. ) Cairós Barreto, D. M. (dir.) Fotinopoulou Basurko, & E. (dir.) López Terrada, E. (dir.), *Cambio climático y derecho del trabajo: conceptualización y régimen jurídico* (pp. 105-146). Aranzadi. 2024.
- Miñarro Yanini, M. (2024, 5 diciembre). *El nuevo permiso por riesgo catastrófico o fenómenos climáticos adversos*. Briefs AEDTSS, 111.
- Rodríguez Bravo de Laguna, J. J. (2024). La acción de los organismos internacionales para la defensa del trabajo decente frente al cambio climático. En Cairós Barreto, D. M. (dir. ) Fotinopoulou Basurko, O. y (dir. ) López Terrada E. (dir.), *Cambio climático y derecho del trabajo: conceptualización y régimen jurídico* (pp. 75-104). Aranzadi.
- Rodríguez Rodríguez, E. (2025, 16 enero). *Después de la tormenta: nuevas respuestas desde el derecho del trabajo a las catástrofes climáticas*. NET21 número21.
- Rojó Torrecilla, E. (2004, diciembre 2). *DANA (III) Nuevas modificaciones (y no temporales) de la Ley del Estatuto de los trabajadores y mejoras en la protección de los trabajadores por cuenta propia. Notas al RDL 8/2024 de 28 de noviembre*. El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.
- Sala Franco, T. (2019). *Derecho de la prevención de riesgos laborales* (10.ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Vila Tierno, F. (2024, 20 noviembre). ¿Pueden las empresas sancionar o descontar salarios por las ausencias durante la dana? Briefs AEDTSS.

FIRMA INVITADA

# **La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, y sus efectos en la jurisdicción social**

Organic Law 1/2025, of January 2, on measures regarding the efficiency of the Public Justice Service, and its effects on social jurisdiction

María Emilia Casas Baamonde

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense  
Presidenta emérita del Tribunal Constitucional*

doi: 10.20318/labos.2025.9387

Además de la sustitución de los juzgados de lo social unipersonales por secciones de lo social de los nuevos tribunales de instancia, las reformas de la Ley Orgánica 1/2025 en la jurisdicción social se han dirigido a agilizar la tramitación de los procesos, facilitando el pronunciamiento de sentencias de viva voz y la celebración de los actos de conciliación y juicio separadamente, para ganar en eficiencia y aliviar la carga judicial. La reforma procesal más importante ha sido la objetivación del recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya admisión suma, al requisito de la contradicción judicial en identidad de supuestos, la existencia de un interés casacional objetivo, que la Ley define, sin vincularlo, lamentablemente, a la tutela de derechos fundamentales.

## **1. La necesaria eficiencia del Servicio Público de Justicia al servicio del derecho fundamental a la tutela judicial y efectiva de “todas las personas”**

La reforma legal que lleva a cabo la Ley Orgánica 1/2025 tiene como objetivo, según indica su título, la eficiencia del Servicio Público de Justicia, entendido estructuralmente como Administración de justicia que ejerce el Poder Judicial del Estado, y referida esa eficiencia a su capacidad “para producir respuestas eficaces y efectivas” a las personas que las demandan en ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Ese objetivo sirve a la finalidad de la Ley de legitimar el Servicio Público de Justicia –la justicia que administra el Poder Judicial del Estado se legitima por la Constitución, y “emana del pueblo” (art. 117.1)– fortaleciendo la confianza ciudadana en la “justicia” de sus decisiones, de la que forma parte inseparable su prontitud –la razonabilidad de su plazo–, y que es elemento imprescindible de la paz social. La Ley llama también a la responsabilidad de

los ciudadanos para contribuir a la sostenibilidad de este servicio público, absolutamente esencial para el Estado de Derecho constitucional y la convivencia democrática.

La nueva reforma legal se inscribe en el Plan de Justicia 2030 postpandémico, que concretó el Plan gubernamental de Recuperación, Transformación y Resiliencia para el Servicio Público de Justicia a partir del severo diagnóstico de los males endémicos de nuestro sistema de justicia, previendo la aprobación de tres leyes de eficiencia organizativa, procesal y digital, cuyos textos proyectados, de abril y septiembre de 2022, caducaron, en distintos momentos de su tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados, por la disolución de la XIV legislatura. La nueva Ley Orgánica se adentra en la eficiencia organizativa del Servicio Público de Justicia y vuelve sobre la procesal y la digital, ya abordadas por el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, y por el siguiente Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre. Esta legislación de urgencia incorporó gran parte de las medidas contenidas en los proyectos de ley de eficiencia procesal y digital.

En el orden social, ambas reformas legislativas pretendieron dotar de mayor agilidad a la tramitación del recurso de casación para la unificación de doctrina y de mayor eficacia al funcionamiento de la oficina judicial y, de nuevo, de mayor diligencia al proceso social, de cognición y ejecución, introduciendo el procedimiento testigo y la extensión de efectos de sentencias firmes en ejecución para mayor eficiencia en la gestión del fenómeno de la litigiosidad laboral o social en masa. El Real Decreto-ley 6/2023 avanzó en potenciar la adecuación tecnológica de la Administración de Justicia y la tramitación tecnológica del expediente judicial electrónico con el propósito de favorecer las relaciones con la ciudadanía y un más eficiente ejercicio de la potestad jurisdiccional, ya establecido en la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, y convertido en una necesidad ineludible en la crisis pandémica. A su vez, dada la constatación obvia de que la eficiencia de la transformación digital requiere la interoperabilidad de los sistemas tecnológicos como garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia en igualdad de condiciones en todo el territorio nacional, el Real Decreto-ley 6/2023 insistió en la necesidad del sistema de cogobernanza de la administración de la Administración de justicia.

La Ley Orgánica 1/2025 busca la eficiencia organizativa y operativa de la justicia ante “el importante incremento de la litigiosidad” y la saturación de los órganos judiciales, la evolución de la litigiosidad hacia materias que afectan a amplios sectores de la sociedad, la mayor complejidad de las relaciones sociales y económicas, y el imparable cambio tecnológico. En la Covid-19, los expertos calcularon su incidencia en el riesgo de alargamiento de la tasa de pendency, incluso se predijo el colapso del servicio público de la justicia, no solo por el tiempo del cierre obligado de su funcionamiento ordinario, sino también por la diversidad de criterios interpretativos alimentada por la apremiante y cambiante legislación de urgencia pandémica. Suspendida la actuación ordinaria de la Administración de Justicia por el primer decreto de alarma, se estimó que casi un millón de asuntos quedarían paralizados durante un estado de alarma de dos meses y casi medio millón en un mes en toda la jurisdicción. Ochenta y tres días transcurrieron entre el decreto del primer estado de alarma, de 14 de marzo de 2020, y el alzamiento de los plazos procesales, el 4 junio

2020, con lo que la conclusión del cálculo es sencilla de alcanzar. El colapso no se produjo, aunque sí el “estrés judicial”, que se tradujo en el incremento de la tasa de congestión del sistema judicial y de dilación de su tasa de resolución y de su función consiguiente de proporcionar seguridad jurídica, incremento de asuntos también ligado al ciclo recesivo en que la litigiosidad social aumenta. España fue un país “hiperlitigioso” en la gran crisis financiera. En 2019 habían ingresado en la jurisdicción social 374.711 asuntos, siendo la tasa de pendencia al finalizar el primer trimestre de 2020 superior a la del mismo período de 2019. Sobre esa tasa actuaron las crisis vírica, inflacionaria, y bélica, la huelga de letrados de la Administración de Justicia en 2023, y el estancamiento del órgano constitucional de gobierno del Poder Judicial por la irresponsable falta de consenso político para proceder a la renovación de sus miembros con sus consecuencias inevitables en el funcionamiento de la jurisdicción. Dificultades serias, nada fáciles de enfrentar, a las que vinieron a sumarse las producidas por la tragedia de la dana de octubre de 2024 en Valencia.

La lectura de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 5/2023, ciertamente dirigida a justificar la urgencia extraordinaria de su aprobación, proporciona datos sobre el incremento incesante de la litigiosidad y de pendencia en juzgados y tribunales y sobre la masiva entrada de asuntos en las Salas de los distintos órdenes jurisdiccionales del Tribunal Supremo y su negativa afectación a su función casacional de fijación de la correcta interpretación y aplicación de las normas aplicables y de unificación de doctrina en materias socialmente relevantes.

Según el Consejo General del Poder Judicial, la tasa de litigiosidad en el conjunto de España se había situado en 35,68 asuntos por cada 1.000 habitantes en el tercer trimestre de 2024, lo que representó un aumento en comparación con el mismo período del año anterior. En la jurisdicción social, en el tercer trimestre de 2024, se registraron 19.897 nuevos asuntos, un aumento del 6,8% respecto al año anterior. Los asuntos resueltos también aumentaron, alcanzando los 14.694, y los pendientes al final del período se situaron en 119.358, un 11,2% más que el año anterior. Como consecuencia del aumento de asuntos y, en algunos casos, la disminución de la capacidad resolutoria de los órganos judiciales, se produjo un incremento en la pendencia de asuntos, que pone en cuestión el derecho fundamental al proceso justo, en su instancia y grados de recursos, y sin dilaciones indebidas.

La Ley Orgánica reformadora suscribe la tesis de que los males de nuestro sistema de justicia como servicio público no resultan tanto del déficit de recursos –el gasto en justicia por habitante en España está por encima de la media europea, según la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia–, como de su falta de eficiencia organizativa, operativa y digital, que impide optimizarlos, a la que achaca el alargamiento indebido de la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva. La estructura de los órganos judiciales ha de ser adecuada, los procedimientos judiciales han de ser ágiles para ser efectivos en la administración de justicia y contar con medios alternativos de solución de conflictos confiables y eficaces para evitarlos. La reforma pretende solventar los males enquistados en nuestro sistema de justicia.

La Ley Orgánica 1/2025 opera en los ámbitos organizativo y operativo y lo hace modificando la LOPJ, las leyes procesales, entre ellas, la Ley 36/2011, de 10 de octubre,

reguladora de la jurisdicción social (LRJS), y la Ley de Demarcación y de Planta Judicial. Ha modificado también, entre casi una treintena de leyes, la letra b) del apdo. 1 del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), regulador de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador basada en el incumplimiento contractual grave del empresario, en concreto de su obligación de abono puntual del salario, con el fin de proporcionar a los órganos judiciales reglas de concreción de la gravedad del retraso y del impago empresarial del salario ante la variedad de criterios judiciales existentes; y la letra b) de los apartados 4 del artículo 53 y 5 del artículo 55 también del ET, sobre nulidad objetiva del despido de personas trabajadoras acogidas a permisos y adaptaciones de jornada por razones de conciliación familiar. Ha incluido una regulación *básica* del teletrabajo en la Administración de Justicia (disp. adicional 8ª). Ordena al Gobierno presentar a las Cortes un proyecto de ley orgánica, en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor, para garantizar el cumplimiento de los estándares europeos fijados en la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, interpretada por el Tribunal de Justicia, con la finalidad de “acabar con la temporalidad, aumentar el número de efectivos y fortalecer la Carreras judicial y fiscal” (disp. final 33ª). La Ley entrará en vigor el 3 de abril de 2025, a los tres meses de su publicación en el BOE, conforme al mandato de su disp. final 38ª.1, con excepciones, las que aquí importan relativas a sus disposiciones orgánicas reformadoras de la LOPJ, sobre extensión y límites de la jurisdicción y planta y organización de los tribunales, que lo han hecho ya a los veinte días de su publicación oficial (disp. final 38ª.2) .

## **2. La jurisdicción social y su planta: implantación de los tribunales de instancia con secciones de lo social**

La reforma de eficiencia en la *organización* de los tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden social anota, como modificación de mayor relieve, la creación de una sección especializada de lo social en los nuevos tribunales de instancia con sede en la capital de cada provincia y con jurisdicción en toda ella, que “conocerán, en primera o única instancia, de los procesos sobre materias propias de este orden jurisdiccional que no estén atribuidos a otros órganos del mismo” (arts. 84.2 y 94.1 y 4 LOPJ); o, claro es, sobre esas mismas materias, atribuidas a otros órdenes jurisdiccionales. No ha de olvidarse la competencia de las secciones de lo mercantil en relación con la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso sobre las materias laborales referidas en el apdo. 7.a).4ª y d) y e) del art. 97 LOPJ.

Estas secciones de lo social sustituirán al “modelo tradicional de juzgado unipersonal” representado por los juzgados de lo social, que “ha ido quedándose obsoleto” como consecuencia de cambios sociales y poblacionales y del desarrollo de la conectividad, es causa de una distribución ineficiente de los recursos y medios de gestión disponibles, y favorece la dispersión de las decisiones judiciales de instancia en detrimento de la seguridad jurídica y la confianza ciudadana. La atomización de la justicia en juzgados uni-

personales propiciaba una heterogeneidad preocupante en la aplicación de la ley. Cada juez, con su legítima interpretación, podía generar prácticas judiciales que, en ocasiones, divergían significativamente. Esa falta de uniformidad creaba incertidumbre para los demandantes y sus representantes, quienes debían adaptar sus estrategias a la idiosincrasia de cada juzgado. La sustitución de los juzgados unipersonales por órganos judiciales colegiados ha sido un empeño del legislador sostenido desde hace años, en concreto desde 2011, con gobiernos socialista, popular, y de coalición, por tanto, pero decaído o fracasado. Empeño sustentado, precisamente, en el logro de un funcionamiento eficiente del servicio público de justicia, que la experiencia ha probado que no se consigue a través de la operación alternativa de creación constante de nuevos órganos judiciales, acompañada del nombramiento de jueces sustitutos, para la atención de una demanda de justicia creciente, que se ha materializado fatalmente en una disminución de la tasa de resolución.

La Ley Orgánica 1/2025 plantea una reorganización del sistema judicial apropiada, particularmente en su enfoque hacia la unificación de criterios y la especialización. La “racionalización del modelo y la búsqueda de la eficiencia” aconsejan la configuración colegiada de los órganos judiciales de primer nivel de la jurisdicción, con el fin de evitar las disfunciones dichas derivadas de las disparidades organizativas y procedimentales de los órganos unipersonales y de fomentar la confianza en la justicia, sin que a ello se oponga la Constitución, en su declaración, básica en el Estado social y democrático de Derecho que es España (art.1.1), de que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes (art. 117.3), y en su referencia a los juzgados y tribunales en sus arts. 117.4 y 122.1, que, en el entendimiento del Consejo de Estado, no alcanzan a establecer una garantía institucional en favor de órganos judiciales unipersonales.

La reforma de los preceptos de la LOPJ ha sustituido su mención de los Juzgados por la de los jueces y juezas, junto a los tribunales en que sirven, determinados por las leyes como titulares de la potestad jurisdiccional del Estado constitucional (art. 117.1 CE). En consecuencia, se ha modificado la rúbrica de su Libro I, y su art. 25, para atribuir la competencia territorial y material, en el orden social, a los jueces y juezas y a los Tribunales españoles, sin variación alguna en esa delimitación material y territorial salvo la incorporación de lenguaje inclusivo –aunque no siempre–; de su Capítulo I, y su art. 26, que, entre los Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, incorpora los Tribunales de instancia.

Como con los juzgados de lo social, también pueden establecerse secciones de lo social en Tribunales de Instancia que tengan su sede en poblaciones distintas de la capital de provincia, delimitándose en cada caso el ámbito territorial de su jurisdicción a uno o varios partidos judiciales; excepcionalmente, las secciones de lo social pueden extender su jurisdicción a dos o más provincias dentro de la misma comunidad autónoma (art. 94.2 y 3 LOPJ).

Este cambio organizativo es llevado a la delimitación del ámbito jurisdiccional de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 75 LOPJ), aunque no, inexplicablemente, a la LRJS. Y, naturalmente, se ha trasladado, por la disp. final 8ª, de rango normativo ordinario, a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de

Planta Judicial, a su art. 3.1.b) y 2, con jurisdicción en su respectiva provincia, aunque su jurisdicción pueda extenderse “a uno o varios partidos judiciales de la misma provincia o de varias provincias limítrofes, dentro del ámbito de un mismo Tribunal Superior de Justicia, en los casos previstos en la ley”, previendo su reformado art. 8 que los Tribunales de Instancia “con jurisdicción de extensión territorial inferior o superior a la de una provincia tienen su sede en la capital del partido que se señale por ley de la correspondiente comunidad autónoma y toman el nombre del municipio en que aquella esté situada”. En cuanto a la planta de los tribunales, dispone el modificado art. 15.2.c) que las que integran las secciones de lo social de los Tribunales de Instancia son plazas de magistrados. Como antes, pero afectando ahora la norma también a los de instancia en sustitución de los juzgados, la creación por el Gobierno de secciones de todos los tribunales se hará conforme al criterio preferente del volumen de litigiosidad de la circunscripción. En el reformado Anexo VI se relacionan las secciones de lo social de los Tribunales de Instancia por Comunidad Autónoma y provincia, con su jurisdicción, número y categoría de plazas.

La disposición transitoria 1ª de la Ley Orgánica 1/2025 regula la constitución de los Tribunales de Instancia mediante la transformación de los actuales juzgados en sus futuras secciones de lo social, lo que ocurrirá el 31 de diciembre de 2025. Los jueces y juezas de lo social pasarán a ocupar plaza de magistrado/a en la sección de lo social correspondiente “con la misma numeración cardinal del Juzgado de procedencia y seguirán conociendo de todas las materias que tuvieran atribuidas en el mismo y de aquellos asuntos que en ellos estuvieren en trámite o no hubieren concluido mediante resolución que implique su archivo definitivo”. Hasta que tenga lugar la definitiva implantación de los Tribunales de Instancia en cada uno de los partidos judiciales sigue vigente el régimen de organización de los juzgados y los correspondientes anexos de la de Demarcación y Planta Judicial, anteriores a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2025.

Las oficinas judiciales, redefinidas, dan soporte a estos nuevos órganos colegiados, asistidos en el ejercicio de su función jurisdiccional por los servicios comunes de dichas oficinas, que comprenderán los servicios comunes de tramitación y, en su caso, aquellos otros servicios comunes que se determinen por la Administración pública competente para la realización de funciones de registro y reparto, de apoyo, actos de comunicación, de auxilio judicial nacional e internacional, de ordenación de procesos de ejecución y jurisdicción voluntaria, y procesales (arts. 436, 437 y 438 LOPJ). La disp. transitoria 5ª de la Ley Orgánica 1/2025 se ocupa de la implantación de las oficinas judiciales, simultánea a la de los Tribunales de Instancia.

### **3. Los Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias como requisito de procedibilidad en el orden jurisdiccional civil; la lógica exclusión de la materia laboral**

La Ley Orgánica 1/2025 contiene una importante y novedosa regulación de los medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional (MASC) como requisito de procedibilidad en asuntos civiles y mercantiles en su Título II, Capítulo I. Instaura, en

el orden jurisdiccional civil, la obligación, con carácter general, de acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias, expresión del principio de autonomía privada, como requisito de admisibilidad de la demanda (arts. 2, 4 y 5), que lleva a la LEC. Es patente que la finalidad de esta medida estrella de eficiencia procesal es reducir la carga de los tribunales y fomentar soluciones más rápidas, económicas y consensuadas, y fomentar la participación de los ciudadanos de la sostenibilidad del Servicio Público de Justicia. Un servicio público de justicia sostenible precisa de medios adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional y de su utilización por los ciudadanos, señaladamente cuando la ley ha decidido que esa utilización sea obligatoria. La Ley incorpora la categoría de “abuso del servicio público de Justicia” para medir la colaboración de las partes en el recurso obligatorio a los MASC con efectos sobre las costas o en su tasación, y asimismo para la imposición de multas o sanciones conforme a la LEC, a tal fin reformada (arts. 7.4 y 22).

Sin perjuicio de la definición abierta de estos medios –“cualquier tipo de actividad negociadora” legalmente reconocida–, de su art. 2, la Ley re refiere *nominatim* a la mediación, la conciliación, la opinión neutral de una persona experta independiente, la formulación de una oferta vinculante confidencial, la actividad negociadora directa entre las partes o sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, y a un proceso de Derecho colaborativo (art.5.1).

Con criterio obligado, la Ley Orgánica 1/2025 excluye de su regulación la materia laboral, “en cuya normativa reguladora ya se prevén instrumentos en los que se materializan soluciones pactadas acomodadas a la naturaleza y peculiaridades” de los conflictos laborales –sin perjuicio de la aplicación con carácter supletorio de la LEC a todos los demás órdenes jurisdiccionales–. La configuración de la conciliación previa como requisito de procedibilidad es un rasgo histórico de la jurisdicción social, en el ordenamiento constitucional desde la Ley de Procedimiento Laboral de 1980. De otra parte, la solución autónoma de los conflictos de trabajo cuenta con una regulación propia de esos medios producto de la autonomía colectiva a través de acuerdos interconfederales entre las organizaciones sindicales y empresariales mas representativas en el ámbito estatal y en los de las diecisiete comunidades autónomas, que viene funcionando con eficacia y eficiencia desde 1984, en que se suscribió el primer acuerdo sobre procedimientos voluntarios de solución de conflictos de trabajo de la Comunidad Autónoma del País Vasco. El recurso a la conciliación o mediación es preceptivo con carácter previo a la vía judicial (art. 63 LRJS), pero también facultativo, junto al arbitraje, como derivación intrajudicial, desde la instancia a los grados de recurso, y en la ejecución. La propia negociación colectiva es un instrumento de solución de controversias y de creación de organismos para esa solución autónoma, especialmente del Derecho negociado por la autonomía colectiva, pero también del Derecho del Estado y, en su caso, de las comunidades autónomas, que, al crear con carácter obligatorio esos mecanismos y organismos limita justificada y proporcionalmente el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y cumple un objetivo “beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo” (STC 219/1991, FJ 5).

En el estado actual de las relaciones laborales en España, la fértil realidad de los procedimientos de solución autónoma de los conflictos ofrece datos contrastados tanto en el ámbito de los conflictos de trabajo colectivos, como en los individuales. La conciliación-mediación previa, como solución autónoma de las controversias, es una práctica normalizada, aunque no lo sea que su fracaso de paso al arbitraje como alternativa a la jurisdicción. La conjunción, en ocasiones inseparable, de la naturaleza jurídica de los conflictos laborales de su naturaleza económica, la evidencia de esta naturaleza en numerosos conflictos de reorganización empresarial y de gestión del trabajo en la transición hacia la digitalización de las empresas y hacia una economía verde, la función constitucional de los sindicatos y de las asociaciones empresariales y de la negociación colectiva y su derecho constitucional de adopción de medidas de conflicto colectivo (arts. 7, 28, 22 y 37 CE), y los problemas de congestión que afectan a la jurisdicción social, deberían impulsar el recurso a al arbitraje, que tiene que seguir desarrollándose, ofreciendo seguridad y satisfacción a los trabajadores y a las empresas.

La Ley Orgánica 1/2025 toma cuenta de esta realidad y organiza, a su imagen y semejanza, los Servicios de medios adecuados de solución de controversias, que constituirán el Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias (disp. ad. 3ª).

Contradiendo su finalidad declarada, la Ley ha desincentivado el recurso a los medios autónomos de solución de conflictos laborales. Su disposición final 14ª ha modificado el art 7, letra e), de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que incluye, entre las rentas exentas, las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía obligatoria legalmente establecida, excluyendo las fijadas en convenio, pacto o contrato. La reforma legal ha consistido en acoger el criterio de la Administración tributaria y judicial y determinar expresamente que, a sus efectos, no son indemnizaciones establecidas por convenio, pacto o contrato, las acordadas en el acto de conciliación ante el servicio administrativo al que se refiere el art. 63 de la LRJS. *A sensu contrario*, son indemnizaciones acordadas, y no exentas, las establecidas en acuerdos de conciliación o mediación alcanzados ante órganos creados por la negociación colectiva, a que también se refiere el art. 63 de la LRJS, alternativamente a los servicios administrativos de conciliación y mediación.

#### **4. Las reformas procesales del orden jurisdiccional social**

En el ámbito de la eficiencia operativa, las reformas procesales introducidas en la LRJS persiguen, como en los otros órdenes jurisdiccionales, dotar de mayor agilidad a la tramitación de los procesos sociales.

La LRJS, reformada por el art. 24 de la Ley Orgánica 1/2025, incentiva el pronunciamiento de sentencias de viva voz, sin las limitaciones anteriores, uniendo a ese pronunciamiento su notificación y la declaración de su firmeza, salvo en los procedimientos en los que las partes comparezcan por ellas mismas, en que la resolución que se dicte tendrá

que ser necesariamente escrita (art. 50). Mejora la regulación de los efectos de la de la solicitud de conciliación o de mediación previas, administrativa y autónoma, sobre los plazos de prescripción y caducidad de acciones (art. 65.1 y 2). Incrementa la cuantía mínima de la multa por temeridad y vulneración de las reglas de la buena fe procesal (art. 75.4). Aligera las exigencias documentales de presentación de la demanda (art. 80).

Una novedad procesal significativa es la referida al señalamiento de los actos de conciliación y juicio (art. 82), que, a partir de la entrada en vigor de la Ley reformadora, podrán tener lugar separadamente o, como antes, realizarse sucesivamente el juicio. Con el fin de favorecer el éxito de la conciliación procesal y aliviar la carga de trabajo del órgano judicial. La conciliación en convocatoria separada se anticipa a la fecha del juicio, bien a instancia de cualquiera de las partes a partir de su estimación razonada de la posibilidad de alcanzar un acuerdo conciliatorio, bien de oficio por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia a partir de igual apreciación de la posibilidad de acuerdo “por la naturaleza y circunstancias del litigio o por la solución dada judicialmente en casos análogos”.

El acto de conciliación anticipada ha de efectuarse a partir de diez días desde la admisión de la demanda, y con una antelación mínima de treinta días a la celebración del acto del juicio (salvo en los supuestos fijados en la ley). Intentada la conciliación anticipada, se tiene por celebrada sin reiterarse el día de la vista, salvo que con anterioridad a la celebración del acto de juicio las partes manifiesten su intención de alcanzar un acuerdo.

Como antes, convocadas las partes a los actos de conciliación y juicio, puede evitarse el juicio formalizando la avenencia por medio de comparecencia ante la Oficina judicial, sin esperar a la fecha del señalamiento, o sometiendo la controversia a mediación conforme a los procedimientos convencionales de solución autónoma de los conflictos, sin suspensión, salvo que de común acuerdo las partes la soliciten para la práctica de la mediación, por el tiempo máximo establecido en el procedimiento correspondiente, que en ningún caso podrá exceder de quince días.

El letrado o letrada de la Administración de Justicia aprueba el acuerdo de las partes antes del día señalado para el acto del juicio, de haberse señalado conciliación anticipada, o en la misma fecha del juicio de tratarse de conciliación y juicio señalados sucesivamente. Pueden las partes anticipar la conciliación por vía telemática. Siempre en evitación del juicio (art. 84.1). Ya en el juicio, cabe el acuerdo conciliatorio, aprobado, en la ley reformada, por el juez, la jueza o el tribunal (art. 84.3).

Para facilitar la prueba, permitir el control efectivo del proceso por el órgano judicial, evitar aplazamientos y ganar en eficiencia procesal, se amplía de cinco a diez días de antelación a la fecha del juicio el plazo del previo traslado entre las partes o de aportación anticipada de la prueba documental o pericial de que intenten valerse para la facilitación de la prueba, que ha de presentarse en formato electrónico. Con posterioridad a ese plazo, solo es posible la aportación de documentos, dictámenes, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto, en casos tasados (art. 82.5). Y también se amplía de cinco a diez días de antelación a la fecha del juicio el plazo mínimo para que las partes soliciten diligencias de preparación de la prueba a practicar en juicio, salvo cuando el señalamiento se deba efectuar con antelación menor, en cuyo caso el plazo

será de tres días, y sin perjuicio de lo que el juez, la jueza o el tribunal decida sobre su admisión o inadmisión en el acto del juicio (art. 90.3).

## **5. La reforma procesal capital: la objetivación del recurso de casación para la unificación de doctrina**

Sin perjuicio de modificaciones formales de la regulación de la LRJS en el grado de los recursos extraordinarios de suplicación y de casación, que, en el caso del recurso de casación, habilita a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo a acordar –acuerdo que ha de ser publicado en el BOE– las condiciones de extensión máxima y formato de los escritos de formalización y de impugnación (art. 210.3), la reforma procesal de mayor calado es, sin duda, la relativa a la objetivación del recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina. Su admisión deviene más rigurosa al sujetarse, además de al requisito de la contradicción judicial en identidad de supuestos que demanda la unificación de doctrina, que por sí mismo dota al recurso de un interés casacional objetivo, al de la existencia de un nuevo interés casacional objetivo, apreciada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, y definido por la ley en la concurrencia de circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala, la trascendencia o proyección significativa de la cuestión litigiosa, o su relevancia para la formación de la jurisprudencia. La existencia de interés casacional objetivo también limita la interposición de este recurso por el Ministerio Fiscal (art. 219. 1 y 3 LRJS). Y, naturalmente, se extiende a la preparación e interposición del recurso y a la decisión sobre su inadmisión, en la que la Ley reformadora 1/2025 ha sustituido el dictado de autos de finalización del trámite del recurso y de su inadmisión por el de providencias sucintamente motivadas, contra las que no cabe recurso alguno (art. 225.1 y 3-5 LRJS). Antes de su dictado, que declara la inadmisión y la firmeza de la resolución recurrida, con imposición de costas al recurrente y pérdida de los depósitos constituidos, si la Sala estima que concurre alguna de las causas de inadmisión consistentes en el incumplimiento de manera manifiesta e insubsanable de los requisitos procesales para preparar o interponer el recurso, la carencia sobrevinida de su objeto, o la falta de contradicción entre las sentencias comparadas, pasa los autos al Ministerio Fiscal, de no haber interpuesto el recurso, para que, en el plazo de cinco días, informe sobre la admisión o inadmisión del mismo (art. 225.5). Si la causa de inadmisión fuese la falta de contenido casacional de la pretensión, la desestimación de fondo de otros recursos en supuestos sustancialmente iguales, o la falta de interés casacional objetivo, la Sala ha de oír al recurrente por un plazo de cinco días, con ulterior informe del Ministerio Fiscal por otros cinco días, de no haber interpuesto el recurso (art. 225.3.3º LRJS)

El cumplimiento del requisito del interés casacional objetivo, ya extendido en el orden contencioso-administrativo y, casi, en el civil, e iniciado en el penal –insisto en que en el orden social la doctrina lo venía identificando con la acreditación de la identidad de supuestos y de la contradicción de la sentencia recurrible de las Salas de lo

Social de los Tribunales Superiores de Justicia—, unifica el rigor de la admisión del recurso extraordinario de casación unificadora de doctrina de que conoce la jurisdicción social con los recursos de casación de los demás órdenes jurisdiccionales —aunque su definición no sea la misma, ni la apreciación de su falta se sustancie siempre en providencias sucintamente motivadas—. Su finalidad explicada ha sido que la casación cumpliera “estrictamente su función nomofiláctica”.

El Preámbulo de la Ley 1/2025 justifica la objetivación del recurso de casación para la unificación de doctrina “en la misma línea de consolidación de los derechos y garantías de la ciudadanía *en el acceso a la justicia a fin de que el funcionamiento de ésta como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa*” (V). Considerando, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, su funcionalidad paralela, en la vía judicial ordinaria, a la especial trascendencia constitucional, requisito que determina la admisión de los recursos de amparo en la jurisdicción constitucional, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de modificación de la LOTC, y cuya introducción se apoyó en razones de eficacia y eficiencia en el cumplimiento de los objetivos constitucionalmente previstos para el recurso de amparo constitucional ante su imparable crecimiento.

## **6. Reflexiones finales: justicia eficiente y tutela de derechos fundamentales. Y sobre el control de la eficiencia procesal**

Siendo plenamente compartible la finalidad de la Ley Orgánica 1/2025 de dotar de eficiencia al funcionamiento del Servicio Público de Justicia, modernizando y agilizando el sistema judicial español, no lo es el repliegue del recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina al terreno del interés casacional objetivo, en cuya delimitación la Ley no ha dejado sitio expresamente asegurado —a diferencia de en el orden contencioso-administrativo y, patentemente, en el civil; en el penal existe el recurso de casación por infracción de precepto constitucional— a la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas para los que la Constitución ha ordenado garantías procesales específicas. La objetividad de la necesidad del recurso no debe desligarse de la tutela judicial de los derechos fundamentales. Con el resultado de la retirada de esa tutela judicial en las materias laborales cuyo conocimiento en la instancia corresponda a la competencia funcional de los nuevos tribunales de instancia, salvo que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sea sensible y encaje en la concurrencia de “circunstancias que aconsejen un nuevo pronunciamiento de la Sala” o en la “trascendencia o proyección significativa” de la cuestión litigiosa la presencia de derechos fundamentales.

Cierto que de los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales, de conflictos colectivos, de impugnación de convenios colectivos, de acuerdos y laudos arbitrales, sobre constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos y de las asociaciones empresariales, impugnación de sus estatutos y su modificación, y en materia de régimen jurídico de los sindicatos, también pueden conocer en instancia, atendiendo a la extensión territorial de sus efectos, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores

de Justicia y de la Audiencia Nacional; y que en otros procesos sobre despidos colectivos y acuerdos de consultas en reorganizaciones empresariales solo disponen de competencia funcional de instancia las mencionadas Salas [arts. 7.a) y 8.1 LRJS]. En todos ellos, las decisiones recaídas en instancia son recurribles ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a través del recurso extraordinario de casación “general” [arts. 9.b) y 205. 1 LRJS] no sujeto a interés casacional objetivo, aunque sí, naturalmente, a motivos tasados y a exigencias procesales especialmente rigurosas, que, además de deparar tutela judicial de los derechos fundamentales, viene a garantizar un derecho a la revisión de las decisiones judiciales de instancia, que, en las restantes materias del orden jurisdiccional social, aseguran las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia a través del recurso extraordinario de suplicación, y, de cumplirse los requisitos de admisión del objetivado recurso extraordinario de casación “específica” para la unificación de doctrina, el Tribunal Supremo. El legislador, en el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2025, se ha encargado de recordar que este recurso extraordinario no es, en efecto, una tercera instancia con plenitud de cognición. Pero ello no impide que el legislador reformador hubiera abierto un espacio propio para los derechos fundamentales en el interés casacional objetivo del recurso unificador de doctrina.

Sabido es que el derecho al recurso es un derecho de configuración legal, que disfruta de la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE –salvo en el orden penal– únicamente a través del derecho a una resolución fundada en Derecho sobre su admisión, no incurso en error de hecho patente, irrazonabilidad o arbitrariedad. Es innegable que la exigencia de un interés casacional objetivo reduce el perímetro del derecho subjetivo al recurso y, con él, el coste del recurso de casación para la unificación de doctrina, pero a expensas de retirar la tutela judicial de los derechos fundamentales en buen número de materias pertenecientes al orden social de la jurisdicción a los órganos primeros y a los de última instancia en las comunidades autónomas del sistema judicial, que, obviamente, ocupan la singular posición que les reserva el artículo 152.1 CE, sin perjuicio de lo dispuesto sobre el Tribunal Supremo en el art. 123 CE. El Tribunal Supremo ha de ser siempre juez de la Constitución, como los restantes órganos de la jurisdicción social.

No es la misma la subsidiariedad del recurso de amparo constitucional que la subsidiariedad de los recursos de casación de que conocen las Salas del Tribunal Supremo y, en el caso de su Sala de lo Social, del recurso de casación para la unificación de doctrina, ya sujeto al requisito de la contradicción judicial en supuestos idénticos, aunque el Tribunal Constitucional haya dicho que la subsidiariedad del amparo no puede “conducir a una sucesión ilimitada de recursos judiciales, incompatible con el principio de seguridad jurídica que la CE consagra en su art. 9.3” (STC 112/2019, FJ 3.d)], refiriéndose al incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

Por lo demás, junto a la exigencia de interés casacional objetivo, el interés de la reforma de la Ley Orgánica ha sido actuar sobre la flexibilización del trámite de inadmisión del recurso, en el que sustituye su actual resolución por auto por una “providencia sucintamente motivada”. Tan es así que la disposición transitoria 9ª.8 de la Ley Orgánica 1/2025 ha previsto aplicar la nueva regulación legal a la inadmisión de los recursos de

casación para la unificación de doctrina interpuestos contra las resoluciones dictadas con anterioridad a su entrada en vigor, que “se acordará, previa audiencia de las partes, por providencia sucintamente motivada que será irrecurrible”. Atribuye la técnica selectiva del interés casacional objetivo “un amplísimo margen de apreciación” al Tribunal Supremo, que “conlleva un cambio sustancial” en el derecho al recurso.

El aseguramiento del carácter subsidiario del recurso de amparo exige que no se abra el procedimiento constitucional en tanto no se hayan agotado los recursos utilizados en la vía ordinaria. Ese agotamiento exigirá intentar el recurso de casación para la unificación de doctrina cuando, debidamente preparado e interpuesto en tiempo y forma, su admisibilidad dependa de la apreciación de sus requisitos de identidad/contradicción judicial y de interés casacional objetivo, que constituyen requisitos de fondo y no meramente requisitos procesales, apreciación que únicamente al Tribunal Supremo corresponde (SSTC 111/2000, FJ 4; 114/2009, FJ 3; 140/2014, FJ 2.a); ATC 65/2018, FJ 5, por todos). En caso contrario, no se habría agotado la vía judicial previa, siendo la interposición del recurso de amparo prematura. En cambio, su preparación o interposición procesalmente defectuosa –por faltar la exposición argumentada de la concurrencia del interés casacional objetivo– equivale a su no utilización, alargando indebidamente la vía judicial ordinaria, lo que convierte al amparo en extemporáneo.

Pese al repliegue legal del deber de motivación de las decisiones judiciales de inadmisión del recurso de casación unificadora de doctrina (art. 24.1 CE) a una motivación escueta o concisa, inadmitido el recurso, cabe interponer el incidente excepcional de nulidad de actuaciones contra la providencia sucintamente motivada contra la que no cabe recurso alguno, que se estime lesiva de derechos fundamentales que no hayan podido ser denunciados previamente (art. 241.1 LOP), en los términos de la doctrina de la STC 112/219, FJ 3.

En fin, la necesaria eficiencia de nuestro sistema procesal y de la justicia del siglo XXI ha de ser controlada, esto es, comprobada. La transparencia y la rendición de cuentas es deber de todos los poderes públicos del Estado, el judicial incluido, y de los funcionarios que sirven a la Administración de justicia. La Ley reformadora ha creado la Comisión para la Calidad del servicio público de Justicia, a la que ha encomendado la elaboración con carácter anual de un informe sobre la calidad del servicio público “basado en datos”. El informe ha de valorar la eficiencia, la accesibilidad universal y la satisfacción del usuario o usuaria del sistema de Justicia, proponiendo a las Administraciones competentes mejoras normativas o de funcionamiento y de acceso a la Justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y no discriminación, y fijando objetivos anuales y estándares comunes y homogéneos que contribuyan a la mejora de la calidad del servicio público de Justicia (art. 434 ter LOPJ). Ese informe debe ser transparente y capaz de abrir un debate público.

## ARTÍCULOS DOCTRINALES

# Algunas reflexiones en torno al impacto del RD 550/2020 sobre la actividad laboral del “homo aquaticus professionalis”\*

## Some reflections on the impact of RD 550/2020 on the work activity of the “homo aquaticus professionalis”

Olga Fotinopoulou Basurko

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea*

Recibido: 21/11/2024

Aceptado: 15/1/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9405

*Resumen:* A pesar de que la Ley 47/2015 establece distintas categorías de buceadores por cuenta ajena y por cuenta propia (en esencia, buceadores profesionales dedicados a la extracción de recursos marinos y buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluidos en el régimen especial de seguridad social del mar, frente a los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas, inicialmente excluidos del mismo), lo cierto es que las actividades de buceo resultan ser muchas más. Así lo pone de relieve el RD 550/2020, al regular las condiciones de seguridad de las actividades de buceo, cuya lectura crítica permite comprobar, además, el impacto directo que tiene sobre la actividad laboral de quien aquí hemos querido denominar “homos aquaticus professionalis”.

*Palabras clave:* Buzos profesionales, seguridad y salud laborales, convenio colectivo.

*Abstract:* The Law 47/2015 establishes different categories of employed and self-employed divers. Essentially, this regulation applies to professional divers dedicated to the extraction of marine resources and divers with professional qualifications in industrial activities, included in the special social security regime for the sea, as opposed to divers with sport-recreational qualifications, initially excluded from it. Despite this fact, the truth is that diving activities turn out to be many more. This is highlighted by RD 550/2020, which regulates the safety conditions of diving activities. A critical reading of the RD 550/2020, allows us to see the direct impact on the work activity of those we have chosen to call ‘homos aquaticus professionalis’.

*Keywords:* Professional divers; occupational health and safety; collective agreement.

---

\* Este trabajo se ha ido confeccionando en el marco de la ejecución del proyecto PID2021-124045NB-C31 titulado *El régimen jurídico de la transition law y su impacto sobre los derechos laborales de los trabajadores en mares y océanos*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Asimismo, el objeto de estudio se enmarca en la investigación desarrollada por el Grupo de Investigación EHU/UPV *Derecho transnacional del trabajo y transporte* (ref. GIU 21/014).

## 1. Introducción

Sumergirse en el mar y explorar los fondos marinos crea fascinación en el ser humano<sup>1</sup>, sobre todo para aquellos y aquellas que formamos parte de una generación que ha crecido con historias como “Veinte mil leguas del viaje submarino” de Julio Verne o para quienes seguíamos las peripecias del comandante Cousteau en su mítico buque oceanográfico Calypso en la serie “Mundo Submarino” que se empezó a emitir en televisión española en 1977. El atractivo que supone explorar las aguas marinas y las especies que la habitan se asocia comúnmente al ocio y al disfrute, lo que ha supuesto que con el tiempo se haya producido una cierta generalización del buceo deportivo e incluso recreativo en nuestra sociedad. Esta realidad ha dado lugar, en ocasiones, a asimilar esta tipología de buceo con un modo o forma de vida, de tal manera que hay quienes van buscando los mejores y más paradisíacos lugares del mundo para realizar inmersiones con el mero objeto de deleitarse<sup>2</sup>.

Ahora bien, el buceo y/o, más ampliamente, las actividades subacuáticas como una forma de esparcimiento y de diversión son manifestaciones muy modernas de una realidad que hunde sus raíces en épocas pretéritas<sup>3</sup> y que, desde luego, no tenían como objetivo el goce, sino que más bien quedaban vinculadas a la recolección de alimentos en el mar o también, con el tiempo, a operaciones militar-navales o a la recuperación del patrimonio en los pecios hundidos. En este sentido, y sin perjuicio de que en muchas ocasiones cuando hablamos de actividades subacuáticas nos venga a la mente el buceo deportivo y/o el buceo recreativo<sup>4</sup>; lo cierto es que las labores desarrolladas en el mundo subacuático han estado, como señalo, históricamente ligadas al desenvolvimiento de tareas muy diferentes a las mencionadas, ya sea como un mero medio de subsistencia, pero también como un mecanismo para la obtención de ingresos económicos, esto es, a través del buceo para la extracción de recursos marinos vivos o también el buceo profesional

<sup>1</sup> FERRERAS, P y ROBERTSON, L: *En el abismo azul: una historia de amor y obsesión*, Martínez Roca, Madrid, 2005.

<sup>2</sup> Sin perjuicio de que la obra se centre en la actividad del buceo en Grecia; en ella se hace referencia a la evolución global desde mediados del siglo XX hasta la actualidad por lo que se refiere al nacimiento y total asentamiento del buceo recreativo, Vid. TZANAKIS, M: *Scuba diving practices in Greece: a historical ethnography of technology, self, body, and nature*, Palgrave Macmillan, 2023. Por su parte, BRYLSKE, A: *The complete diver: the history, science and practice of scuba diving*, Parkville, 2012, realiza un recorrido sobre la historia del buceo, pero desde la perspectiva de la evolución tecnológica de los equipos y del impacto en la salud y seguridad de los buceadores.

<sup>3</sup> PELIZZARO, U y TOVAGLIERI, S: *Curso de apnea*, editorial, paidotribo, 2017, pp. 19 y ss; hace una pequeña incursión en los orígenes de la apnea o inmersiones a pulmón, refiriendo datos de esta actividad en el mediterráneo ya sea para la recolección de moluscos o similares, ya sea para la recuperación de tesoros en los pecios o también para otros menesteres como era el caso de los urinadores romanos. Asimismo, también hace referencia a que estas prácticas se han desarrollado a lo largo de la historia en diversas latitudes, como es el caso de los pescadores de los atolones polinesios. Una historia del submarinismo global desde la perspectiva estadounidense, puede consultarse en GUSTAV, J: *In Deep: the history of Global Diving & Salvage*, Documentary Media LLC, Seattle, Washington, 2014. Desde una perspectiva, incluso mitológica e histórica, me remito a DELBOURGO, J: “Divers things: collecting the world under water”, *History of Science* vol. 49, issue 2, 2011, pp. 149-185.

<sup>4</sup> Los artículos 3.a) y 3.b) del RD 550/2020 establecen el buceo recreativo es aquella [actividad] que puede tener por finalidad el deporte no competitivo, la diversión, el recreo, el pasatiempo o el ejercicio físico. Por su parte, se entiende por buceo deportivo: es aquella cuya finalidad es el ejercicio de una actividad deportiva de ámbito competitivo o preparatoria de esta.

o comercial. Por lo que respecta al primero de ellos, esto es, el buceo extractivo, es, en realidad, una modalidad de pesca artesanal, ancestral en otras latitudes (como por ejemplo, en centro-américa y el Caribe<sup>5</sup> o Japón/Corea<sup>6</sup>), pero no por ello menos relevante en nuestro país, sobre todo por su carácter, al menos teóricamente, sostenible y respetuoso con el medio ambiente<sup>7</sup>.

Por lo que se refiere a la segunda de las modalidades de buceo mencionadas, lo cierto es que ésta abarca un amplio espectro de actividades, dado que las personas que se dedican a ello se encargan, por ejemplo, de realizar trabajos de mantenimiento, construcción, soldadura subacuática e inspección de estructuras bajo el agua, pero también hacemos referencia aquí a las actividades que realizan los buzos de salvamento y recuperación, los buceadores científicos o los que trabajan en plataformas petrolíferas o a bordo de buques. Pues bien, la importancia que revisten las actividades anotadas, esto es, las de carácter económico, son las que justifican el desarrollo de un trabajo que focalice su atención sobre los derechos laborales y de seguridad social de un colectivo de trabajadores que, aunque reducido en nuestro país, realiza actividades esenciales en muchos sectores

---

<sup>5</sup> Llama la atención a estos efectos, un caso que ha alcanzado relevancia mundial y que afecta a la comunidad indígena miskita situada en Centroamérica (Honduras y Nicaragua), conocida por albergar a los mejores buzos a pulmón del mundo. Pues bien, el pueblo miskito lleva realizando la actividad de pesca de buceo desde antiguo, no en vano su dieta se compone principalmente de crustáceos y mariscos. Ahora bien, hace unos años, y dada la situación de pobreza extrema de este pueblo, algunas grandes empresas especializadas en la pesca de langosta desarrollaron una estrategia comercial destinada a la captación de buzos miskitos, que se vieron forzados a ejercer la pesca a pulmón a niveles industriales en condiciones laborales infrahumanas, ocasionado que muchos de ellos quedaran discapacitados, pero también que otros muchos desaparecieran o fallecieran en el mar. Esta situación dio lugar a que el 24 de mayo de 2019, se presentara el caso Buzos Miskitos (Lemoth Morris y otros) vs Honduras ante la Comisión Interamericana de Derechos humanos, dando lugar a la sentencia del 31 de agosto de 2021 [Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_432\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_432_esp.pdf)]. En este contexto, el Tribunal sostuvo que se había producido la vulneración de Derechos humanos en la región de la Moskitia, ante la omisión de Honduras en evitar que se produjera la explotación laboral perpetrada por las empresas pesqueras y la realización de actividades de buceo en condiciones peligrosas. En concreto, la violación de los derechos a la vida, a la vida digna, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igual protección de la ley, a la protección judicial, a la salud, al trabajo, a la seguridad social, y a la no discriminación (artículos 4.1, 5.1, 8.1, 19, 24, 25.1 y 26 de la Convención Americana). Asimismo, concluyó que el estado de Honduras no había adoptado medidas para evitar la discriminación de este pueblo indígena, afectando –en consecuencia– a los derechos de las personas que perteneces a un grupo vulnerable. Sobre este caso, consúltese, CABEZAS ALBÁN, V.C: “El caso de los buzos miskitos: un laboratorio vivo para auditar la adaptabilidad del sistema interamericano de Derechos Humanos”, Revista Derecho PUPC (Pontificia Universidad Católica del Perú nº 84, 2020, cuyo contenido se puede consultar en abierto en [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0251-34202020000100047](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202020000100047). También, ESPÓSITO, J y ACACIO, M.L: “Los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos”, *Revista Electrónica Iberoamericana (REIB)*, Vol. 17, No. 1, 2023, pp. 188-197.

<sup>6</sup> En relación con las “amas” japonesas o “haenyeo” coreanas de la isla surcoreana de Jeju, debe decirse que son buceadoras que se dedican a la pesca subacuática a pulmón ya sea para la recolección de perlas o de marisco. En el caso de las ama japonesas, es un colectivo integrado por mujeres, mientras que en el caso surcoreano también bucean hombres, quienes desde hace 2000 años se ganan la vida con este método de pesca. Para acercarse al trabajo de estas mujeres, remito al lector a la visualización del documental “Ama San” dirigido por la portuguesa Cláudia Varejao, que se adentra en la rutina diaria de las mujeres japonesas que se dedican a esta tradición milenaria y que puede visualizarse en la plataforma Filmin. Asimismo, es de interés, el trabajo de HONG, S.K & RAHN: “The diving women of Korea an Japan”, *Scientific American* vol. 2016, issue 5, 1967, pp. 34-43.

<sup>7</sup> Cabe citar a título ejemplificativo, la creación de ABMAR, asociación de buzos mariscadores, una entidad sin ánimo de lucro formada por buceadores recolectores gallegos.

económicos, sin que, por ello, y a mi juicio, hayan recibido la suficiente atención desde nuestra disciplina<sup>8</sup>. Y ello sin perjuicio de que se trate de una profesión de altísimo riesgo sólo teniendo en cuenta el medio y la presión a la que están sometidos constantemente en la realización de su trabajo, la dureza y peligrosidad del trabajo que realizan, en un medio hostil al organismo humano, en el que se ven expuestos a la presión, al frío, a la humedad, que origina un mayor nivel de incidencia de enfermedades profesionales o accidentes laborales que en otras actividades. Pero si a lo anterior añadimos el de ser profesiones muchas veces estacionales y/o actividades temporales, puede decirse que se trata de trabajo/s ligados a la incertidumbre y la inestabilidad laboral y, lejanos, en consecuencia, a la visión de divertimento o de apasionamiento con la que comenzaba estas páginas.

Pues bien, tomando en consideración que el objetivo que se persigue es el de analizar la situación jurídico-laboral y de seguridad social del colectivo de buzos dedicados a actividades comerciales, nuestra intención es adentrarnos en, un primer momento, en el régimen jurídico aplicable al buceo profesional en España que, como se verá, se caracteriza por su dispersión y cierto anacronismo, lo que contrasta enormemente con el impulso que se pretende dar a escala comunitaria y nacional con respecto a las actividades vinculadas a la denominada como economía azul y al crecimiento azul<sup>9</sup>. Una vez expuesto el régimen jurídico aplicable, nos adentraremos en los problemas surgidos a propósito de la adopción del RD 550/2020, de 2 de junio, por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo<sup>10</sup>, puesto que esta norma reglamentaria y las modi-

---

<sup>8</sup> La excepción la podemos encontrar en una tesis ya antigua en el tiempo, realizada por PALOUX, L-J: *La plongée professionnelle et le Droit*, tesis defendida en la Universidad de Nantes en el año 1998, bajo la dirección de Jean-Pierre BEURIER, donde se analizan las condiciones socio-laborales de este colectivo de trabajadores en Francia. Más allá de esta referencia específica, la autora de este trabajo no ha conseguido encontrar trabajos que desarrollen esta materia, sin perjuicio de constatar la existencia de numerosos trabajos relacionados con la seguridad de los buceadores desde la perspectiva de disciplinas diversas y distintas al Derecho. Finalmente, eso sí, se ha de celebrar la aproximación realizada en la tesis doctoral de CODESIDO VILAR, J.C: *Situación actual y necesidades de las actividades subacuáticas profesionales civiles en España: estudio de la normativa reguladora y propuestas para su armonización en el contexto europeo e internacional*, leída en la Facultad de Náutica de la Universidade da Coruña bajo la dirección de los doctores BAALIÑA INSUA, A y LOURO RODRÍGUEZ, J, 2019, que puede consultarse en <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/23910>, donde se realiza un desarrollo legislativo y propuestas de ley ferenda para mejorar la normativa de aplicación en las actividades subacuáticas civiles en España.

<sup>9</sup> La Economía Azul es definida por el Banco Mundial como “uso sostenible de los recursos oceánicos para el crecimiento económico, la mejora de los medios de vida y el empleo, al tiempo que se preserva la salud del ecosistema”. La Economía Azul abarca todas las actividades económicas que dependen del mar. Los diferentes sectores que componen la Economía Azul son interdependientes (pesca, biotecnología acuícola y marina, turismo, navegación y transporte marítimo, entre otros) ya que se basan en competencias comunes y en infraestructuras compartidas (puertos, redes de logística y distribución eléctrica) y en la utilización sostenible de los recursos marinos. Además de la pesca extractiva, existen una serie de ámbitos prioritarios relacionados con el crecimiento azul, tales como la energía azul, la acuicultura, el turismo marítimo, costero y de crucero, los recursos minerales marinos y la biotecnología azul. El Crecimiento Azul es una estrategia a largo plazo de apoyo al crecimiento sostenible de los sectores marino y marítimo; reconoce la importancia de los mares y océanos como motores de la economía europea por su gran potencial para la innovación y el crecimiento. Tiene su fundamento en la Estrategia Europa 2020 que se basa en el crecimiento inteligente, sostenible e integrador como manera de superar las deficiencias estructurales de la economía europea, para mejorar su competitividad y productividad y sustentar una economía social de mercado sostenible. Vid, FORREST, M.J, FAVORETTO, F., NISA, Z.A. & ABURTO-OROPEZA, O: “A deeper dive into the blue economy: the role of the diving sector in conservation and sustainable development goals”, *Frontiers Maritime. Science* 2023, pp. 1-8, 10:1212790. doi: 10.3389/fmars.2023.1212790

<sup>10</sup> BOE nº 177, de 26 de junio de 2020.

ficaciones operadas por ella son las que han justificado que se desee reflexionar, siquiera mínimamente, sobre las condiciones laborales de los que he denominado como “homo aquaticus professionalis”.

## 2. Del carácter disperso y atomizado del régimen jurídico aplicable al buceo profesional y comercial en España

Cuando hacemos referencia al régimen jurídico del buceo profesional en España, debemos retroceder a la segunda mitad del siglo XX, momento en el cual se adopta el Decreto 2055/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el ejercicio de actividades subacuáticas en aguas marítimas e interiores, estableciendo entre otras cuestiones, los requisitos relativos a las titulaciones deportivas y profesionales de buceo<sup>11</sup>. Y es que hasta esa fecha, y sin remontarnos a otras épocas<sup>12</sup>, sólo contábamos con una reglamentación dirigida a regular el buceo militar como lo atestigua el primer Reglamento para el personal de buzos de la armada de 1904<sup>13</sup> o el Reglamento del cuerpo de buzos de la Armada de 1926<sup>14</sup> que se adoptaron, sobre todo la norma de 1904, para acomodarse a los avances tecnológicos del buceo a principios del siglo XX, esto es, para adecuarse a los entonces

<sup>11</sup> BOE nº 232, de 27 de septiembre de 1969. Con posterioridad, esta norma fue modificada mediante Real Decreto 439/1992, de 30 de abril, por el que se desarrolla la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, de 16 de junio de 1975, relativa a las medidas destinadas a favorecer el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios para diversas actividades (ex clase 01 a clase 85 CITI) y por la que se adoptan, en particular, medidas transitorias para dichas actividades (75/368/CEE) (BOE nº 111, de 8 de mayo de 1992), con la única finalidad de dar cumplimiento a las obligaciones de España tras su adhesión a la actual UE, derogando los artículos 8 y 9 con respecto al buceo de extranjeros no residentes.

<sup>12</sup> Según, ARAGÓN FONTENLA, M: “La armada y la protección del patrimonio subacuático”, 2012, p. 172 [[https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13498/CC-131\\_art\\_10.pdf](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13498/CC-131_art_10.pdf)], “Desde que a mediados del siglo XVI se organizan las Flotas de Indias, surge la necesidad de disponer a bordo de los navíos de Su Majestad de unos buzos cualificados para atender las múltiples tareas que bajo el agua requerían los buques como: pequeñas reparaciones en el casco, taponamientos, embrague de anclas, recogida de objetos que caían al agua; así como atender a la recuperación de las valiosas mercancías que se perdían en naufragios acaecidos próximos a la costa, en fondos donde la capacidad física de estos buceadores les permitía alcanzar. [...] Estos buceadores eran escasos y normalmente eran reclutados entre los marineros nacidos en lugares donde era habitual la práctica del marisqueo a pulmón. Se puede decir que estos buceadores fueron los pioneros en la recuperación de ese patrimonio que se perdía, cuando, y por la causa que fuera, un navío tenía la mala fortuna de naufragar”. Asimismo, cabe remontarse a los siglos XVII y XVIII en el contexto de las diferentes Ordenanzas de la Armada para darnos cuenta de la importancia que esta actividad tenía para la estrategia militar-naval. Vid. Ordenanzas del Buen Gobierno de la Armada del Mar océano de 1633 o en el Norte de contratación de las Indias occidentales de 1671. Así, lo señala IVARS PERELLO, J: “El cuerpo de buzos de la armada y la recuperación del patrimonio sumergido”, *Cuaderno nº 62 del Instituto de Historia y Cultura Naval*, 2011, así como, por ejemplo, en las Ordenanzas generales de la Armada de 1793, que se pueden consultar en la biblioteca digital de la biblioteca foral de Bizkaia en <https://liburutegibiltegi.bizkaia.eus/handle/20.500.11938/75928>. Finalmente, y por lo que respecta a los buzos en la Real Armada durante el siglo XVIII, me remito a GARCÍA HURTADO, M-R: “Se puede vivir sin respirar: contexto histórico y marco práctico de los buzos en la Real Armada española en el siglo XVIII”, *páginas-Revista digital de la escuela de historia* nº 32, 2021, pp. 1-29, [https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/38132/Garcia\\_Hurtado\\_Manuel\\_Reyes\\_2021\\_Puede\\_vivir\\_respirar.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/38132/Garcia_Hurtado_Manuel_Reyes_2021_Puede_vivir_respirar.pdf?sequence=3&isAllowed=y)

<sup>13</sup> Gaceta de Madrid nº 216, de 3 de agosto de 1904.

<sup>14</sup> Asimismo, es de esta misma fecha el Reglamento provisional de la Escuela de buzos del mismo año en desarrollo de la ley de 1922 que creó la citada Escuela y que puede considerarse como el embrión de la Escuela Militar de Buceo (EMB). Gaceta de Madrid nº 197, de 16 de julio de 1926.

modernos equipos de buceo autónomo, una vez superado el buceo a pulmón. Y como es lógico pensar, su finalidad era la de regular exclusivamente el buceo con fines militares, dado que eran los buzos de la armada los encargados de, entre otras ocupaciones, reparar averías en los fondos, reconocimiento y otras faenas que se desarrollan bajo la línea de flotación de los buques o en el fondo de las dársenas y/o también la de atender al salvamento de buques y objetos sumergidos en general. Así, pues, no es hasta el año 1969 cuando se cuenta por vez primera con una norma civil dirigida a regular la actividad del buceo en nuestro país<sup>15</sup> y que se ha mantenido prácticamente inalterada hasta la reciente adopción del RD 550/2020, de 2 de junio, por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo.

En efecto, este último Real Decreto ha procedido a derogar la norma a la que se ha hecho referencia, pero también el desarrollo normativo del Decreto del año 1969 realizado mediante la Orden de 25 de abril de 1973, que aprueba el Reglamento para el ejercicio de actividades subacuáticas en las aguas marítimas e interiores<sup>16</sup>, que vino a conferir –en conjunción con una orden posterior de 14 de octubre de 1977<sup>17</sup>, las condiciones para la obtención de los títulos de buceo profesional. Este desarrollo normativo, en consonancia con las ordenes de 29 de julio de 1974<sup>18</sup> y de 10 de noviembre de 1980<sup>19</sup> reguladoras de las especialidades subacuáticas profesionales regulaban los cursos conducentes a la obtención de las titulaciones correspondientes hasta el proceso de transferencias a las distintas Comunidades Autónomas en materia de formación profesional náutico-pesquera; cuya diversificación dio lugar a la adopción posterior de la Orden de 18 de diciembre de 1992, por la que se establecen los requisitos, conocimientos y mínimos exigibles para la obtención de las titulaciones de buceo profesional<sup>20</sup>, derogada mediante la Orden de 22 de diciembre de 1995<sup>21</sup>. Poco después, se adoptó la Orden del 14 de octubre de 1997, del Ministerio de Fomento, por las que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas, donde se autoriza a la Dirección General de la

---

<sup>15</sup> Se trataba de una norma, hoy derogada, donde se regulaba los distintos tipos de buceo (militar, profesional y deportivo), el ámbito espacial de aplicación de la norma, así como la regulación de las condiciones físicas para el ejercicio de estas actividades y las titulaciones necesarias para llevarlas a cabo, prohibiciones y también el reparto competencial entre los distintos Ministerios: Marina; Comercio (subsecretaría de la marina mercante) y la delegación nacional de educación física y deportes para el caso del buceo deportivo.

<sup>16</sup> BOE nº 173, de 20 de julio de 1973, en la que se atribuía la competencia para la concesión de títulos profesionales a la subsecretaría de la Marina mercante.

<sup>17</sup> Orden de 14 de octubre de 1977 por la que se establecen nuevas condiciones para la obtención del título de buceador profesional de segunda clase. BOE nº 278, de 21 de noviembre.

<sup>18</sup> BOE nº 198, de 19 de agosto de 1974.

<sup>19</sup> BOE nº 308, de 24 de diciembre de 1980. Si bien debe decirse a este respecto que esta orden de 1980 contenía las normas para la obtención de la especialidad en instalaciones y sistemas de buceo para buceadores deportivos; cuestión ésta que aquí no tratamos.

<sup>20</sup> BOE nº 7, de 8 de enero de 1993. La Orden de 1992 precisó de un desarrollo ulterior en relación con la documentación que deben presentar los interesados para obtener la tarjeta de identidad para el ejercicio del buceo y especialidades subacuáticas profesionales, que se reguló mediante la resolución de 6 de septiembre de 1993, de la Secretaría General de Pesca Marítima, por la que se regulan los documentos complementarios que se han de presentar para la obtención de las tarjetas de identidad para el ejercicio de buceo y actividades subacuáticas (BOE nº 228, de 23 de septiembre de 2023).

<sup>21</sup> BOE nº 11, de 12 de enero de 1996.

Marina Mercante su actualización, como, por ejemplo, las operadas mediante resolución de 20 de enero de 1999<sup>22</sup> o la orden de 20 de julio de 2000<sup>23</sup>, por la que se modifican las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas para determinar, en este último caso, que al equipo científico participante en proyectos de investigación científica desarrollados por organismos públicos (como es el OAG<sup>24</sup>) o privados de investigación, le serán aplicables las normas de seguridad del buceo deportivo-recreativo<sup>25</sup>.

Como es visible, la normativa reguladora sobre el buceo profesional se ha centrado en abordar fundamentalmente los requisitos y cualificaciones necesarios para poder desarrollar una actividad subacuática, así como su reparto competencial, primero entre los ministerios concernidos y después, entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, si nos atenemos a las primeras normas a las que se ha hecho alusión, la cuestión se ha centrado en determinar el ministerio o ministerios competentes a esos efectos, que fue pasando de ser competencia de la Armada para pasar al Ministerio de Pesca y Agricultura para residir finalmente en el de Fomento (actual transportes) a través de la Dirección General de la Marina mercante y, luego, a partir del establecimiento de transferencias a las comunidades autónomas, el reparto entre éstas y el propio Estado. Así, puede decirse que, desde este último período, el Estado se ha reservado la materia exclusiva con respecto a la regulación de aspectos relativos a la seguridad humana en el mar y a la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales; mientras que las CC.AA han venido regulando en el marco de las competencias transferidas, la autorización de apertura de centros de buceo; la realización y control de exámenes para el acceso a titulaciones subacuático deportivas y expedición de títulos deportivos que habilitan para su ejercicio. No obstante, con posterioridad y de manera progresiva, en lo que aquí interesa, se han ido transfiriendo también las competencias en materia de enseñanza y expedición de títulos de buceo profesional<sup>26</sup>, lo que origina una notable dispersión normativa por lo que se refiere a esta última cuestión.

<sup>22</sup> BOE nº 42, de 18 de febrero de 1999

<sup>23</sup> BOE nº 188, de 7 de agosto de 2000.

<sup>24</sup> Observatorio ambiental Granadilla. Vid. <https://www.oag-fundacion.org/index.php>

<sup>25</sup> Sobre este particular, se elevó consulta a la CCNCC de fecha de 28 de febrero de 2017, para solicitar interpretación sobre el ámbito funcional del CC de buceo profesional con respecto a los buceadores científicos que ejercen su trabajo al amparo del ejercicio del buceo deportivo-recreativo. En concreto se interroga sobre la aplicación del citado convenio al buceo científico realizado en el marco de proyectos de investigación universitaria; para la realización de cursos de formación en extensión universitaria y al ejercicio del buceo al amparo de programas de “ciencia ciudadana” (observadores marinos, vigilantes marinos, etc.). Pues bien, la CCNCC dictaminó no pronunciarse sobre la cuestión planteada porque el ámbito funcional del Convenio colectivo no se había modificado.

<sup>26</sup> Salvo error u omisión, las Comunidades Autónomas que tienen transferida la competencia en materia de buceo profesional son las que a continuación se exponen: son trece las comunidades autónomas a las que se ha transferido esta competencia: Galicia, Valencia, Murcia, País Vasco, Canarias, Cataluña, Baleares, Andalucía, Asturias, Cantabria y la Rioja, Ceuta y Melilla, Aragón, Castilla y León y Madrid. Así, por ejemplo, en Galicia, esta materia queda regulada mediante Decreto 152/1998, de 15 de mayo, por el que se establecen las condiciones para el ejercicio del buceo profesional en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG nº 106, de 4 de junio de 1998); En el caso de la Comunidad Autónoma de Valencia, vid. Decreto 162/1999, de 17 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se establecen las condiciones para el ejercicio del buceo profesional en la Comunidad Valenciana. (DOGV núm. 3595 de 01.10.1999) y modificada mediante el Decreto 23/2016, de 26 de febrero, del Consell, por el que se modifica el Decreto 162/1999,

Pues bien, ninguna de las normas a las que se acaba de hacer referencia son regulaciones propiamente laborales, aunque sí tienen conexión fundamentalmente con cuestiones relacionadas con el acceso a un empleo y, también, de manera destacada con la seguridad y salud laborales de este colectivo de trabajadores. En consecuencia, en la legislación laboral no encontramos una normativa heterónoma *ad hoc* reguladora del buceo profesional, por lo que se aplica en toda su extensión el Estatuto de los trabajadores y la legislación laboral general existente de carácter común. Sin perjuicio de ello, debe decirse que la regulación específica ha venido de la mano de la labor desarrollada en este sector por los interlocutores sociales, ya sea a través de sindicatos profesionales (PROMEGA y

---

de 17 de septiembre, del Consell, por el que se establecen las condiciones para el ejercicio del buceo profesional en la Comunitat Valenciana (DOGV núm. 7732 de 02.03.2016). En Murcia, esta materia queda regulada mediante Orden de 13 de febrero de 2019, de la Consejería de Fomento e Infraestructuras por la que se regula la expedición de la tarjeta de actividades subacuáticas profesionales en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BO Región de Murcia nº 40, de 18 de febrero); en el caso de la Comunidad Autónoma del País Vasco, mediante Decreto 116/2023, de 26 de julio, por el que se establecen las condiciones para la autorización y el control de las actividades subacuáticas y nuevas titulaciones profesionales para el ejercicio del buceo profesional en la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV nº 147, de 3 de agosto de 2023); En Canarias rige el Decreto 88/2008, de 29 de abril, por el que se establecen las condiciones que habilitan para la práctica del buceo profesional en la Comunidad Autónoma de Canarias y la autorización a los centros que deseen impartir cursos para la obtención de los títulos de buceador profesional (BOC nº 95, de 13 de mayo de 2008); En Cataluña, las condiciones de acceso al buceo profesional se regulan en el Decreto 54/2012, de 22 de mayo, por el que se establecen las condiciones para el ejercicio del buceo profesional en Cataluña (DOGC de 30 de mayo de 2012); En Baleares es el Decreto 55/2022 de 19 de diciembre por el que se regula el buceo en las modalidades profesional, extractivo, científico y para fines de servicio público en aguas marítimas y continentales de las Illes Balear (BOIB nº 165, de 20 de diciembre de 2022); En la Comunidad Autónoma de Andalucía es de aplicación el Decreto 28/2002, de 29 de enero, por el que se establecen los requisitos que habilitan para el ejercicio del buceo profesional en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOJA nº 24, de 26 de febrero de 2002); En el principado de Asturias se regula en el Decreto 73/2002, de 6 de junio, por el que se establecen las condiciones para el ejercicio del buceo profesional en el Principado de Asturias (BOPA nº 142, de 20 de junio de 2002); En la Comunidad Autónoma de Cantabria, la norma de aplicación es la Orden GAN/21/2007, de 12 de abril, por la que se regula la expedición o renovación de las titulaciones y/o tarjetas de identidad profesionales náutico-pesqueras y de actividades subacuáticas (BOC nº 78, de 23 de abril de 2007); En la Comunidad Autónoma de la Rioja rige el Decreto 10/2011, de 25 de febrero, por el que se regulan las actividades subacuáticas y los requisitos que habilitan para el ejercicio del buceo profesional y deportivo en la Comunidad Autónoma de La Rioja (BOLR nº 28, de 2 de marzo de 2011); En el caso de Ceuta, el Real Decreto 34/1999, de 15 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Ciudad de Ceuta, en materia de enseñanzas náutico-deportivas, subacuático-deportivas y buceo profesional transfirió esta competencia a la comunidad autónoma mencionada que, a su vez, acordó el Reglamento por el que se regula la práctica del buceo profesional en la Ciudad Autónoma de Ceuta (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2016-1010>). En el caso de Melilla, rige la Ordenanza del 31 de julio de 2002, para la expedición de licencias que habiliten para el ejercicio de enseñanzas de buceo profesional y deportivo (BOME nº 4, de 31 de julio de 2002). En el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón rige el Decreto 149/2004, de 8 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen los requisitos que habilitan para el ejercicio del buceo profesional (BOA nº 71, de 18 de junio de 2004). Por su parte, tiene transferida esta competencia la Comunidad de Castilla y León mediante el Real Decreto 8/2001, de 12 de enero, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Castilla y León en materia de buceo profesional (BOCYL nº 29, de 2 de febrero) y atribución para su desarrollo mediante Decreto 43/2001, de 22 de febrero, de atribución de funciones y servicios en materia de buceo profesional (BOCYL nº 42, de 28 de febrero), pero no consta la aprobación de ninguna norma específica. Asimismo, y finalmente, la Comunidad de Madrid también tiene transferida esta competencia en función del Real Decreto 1894/1999, de 10 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad de Madrid, en materia de buceo profesional (BOEnº 310, de 28 de diciembre de 1999).

SEB-Solidaridad<sup>27</sup>) como de sindicatos generales (CC.OO y UGT), y por la asociación de empresarios del sector (ANEBP-Asociación Nacional de empresas de buceo profesional), quienes fueron capaces de suscribir el I Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos del año 2008<sup>28</sup>, sustituido por el actualmente en vigor II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos de 2012, modificado y actualizado en diversas ocasiones desde entonces<sup>29</sup>.

Además de lo anterior, y ya por lo que se refiere a la normativa en materia de seguridad y salud laborales, lo cierto es que el buceo profesional es una actividad que comporta riesgos considerables por el medio y por las condiciones en las que se desarrolla la actividad (presión, temperatura del agua, etc.), por lo que es natural que se haya producido la inserción del buceo profesional como una de las actividades comprendidas en el Anexo I, apartado g) del Reglamento 39/1997 de Servicios de Prevención, en el cual se recogen aquellas actividades especialmente peligrosas. Del mismo modo, las actividades hiperbáricas quedan incluidas dentro del listado del RD 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de seguridad social, por lo que atiene a las enfermedades provocadas por compresión o descompresión atmosférica (Anexo I, Grupo 2, enfermedades causadas por agentes físicos), incluyendo aquí las producidas como consecuencia de trabajos subacuáticos en operadores de cámaras submarinas hiperbáricas con escafandra o provistos de equipo de buceo, y todo trabajo efectuado en un medio hiperbárico<sup>30</sup>. Asimismo, y por lo que se refiere a las actividades de buceo profesional en obras de construcción, éstas también se recogen en el Anexo II del RD 1627/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción<sup>31</sup>, al incluir los trabajos que expongan a riesgo de aho-

---

<sup>27</sup> SEB: Sindicato estatal de buceo profesional y PROMEGA: Profesionales del Mergullo Galego (Asociación profesional de buceadores de Galicia).

<sup>28</sup> Resolución de 9 de junio de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el I Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (BOE nº 155, de 27 de junio de 2009).

<sup>29</sup> Resolución de 25 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos (BOE nº 37, de 13 de febrero de 2012). Este Convenio ha sido modificado en diversas ocasiones. Vid. Resolución de 18 de octubre de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta del acuerdo de modificación del Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos y el acuerdo sobre Normas de seguridad en actividades subacuáticas; Vid. el acuerdo profesional de 2017 (Resolución de 10 de abril de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acta del acuerdo de modificación de las normas de seguridad en actividades subacuáticas en el sector de buceo profesional y medios hiperbáricos); Resolución de 12 de septiembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta del Acuerdo referente al II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos.; Resolución de 31 de octubre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se corrigen errores en la de 12 de septiembre de 2018, por la que se registra y publica el Acta del Acuerdo referente al II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos; Resolución de 2 de noviembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se corrigen errores en la de 31 de octubre de 2018, por la que se corrigen errores en la de 12 de septiembre de 2018, por la que se registra y publica el Acta del Acuerdo referente al II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos y Resolución de 17 de noviembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la modificación del II convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos, donde se publica la correspondiente revisión salarial y se añaden los anexos II y III, sobre el curso de supervisor de buceo profesional y curso e jefe de seguridad en operaciones de buceo profesional.

<sup>30</sup> BOE nº 302, de 19 de diciembre de 2006.

<sup>31</sup> BOE nº 256, de 25 de octubre de 1997.

gamiento por inmersión, trabajos realizados en inmersión con equipo subacuático y los realizados en cajones de aire comprimido, en la relación no exhaustiva de los trabajos que implican riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores de dicho anexo<sup>32</sup>. Igualmente, por lo que se refiere a la materia relativa a la prevención de riesgos laborales, no podemos dejar de mencionar la reciente adopción del Real Decreto 505/2024, de 28 de mayo, por el que se regulan los reconocimientos médicos de aptitud y la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero embarcadas<sup>33</sup>, que deroga el Real Decreto 1696/2007, de 14 de diciembre, por el que se regulan los reconocimientos médicos previos al embarque marítimo para adaptarse a lo dispuesto en el art. 39.a) de la Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero (RETMAR).

Y es que, y ya por lo que respecta al régimen de seguridad social aplicable, el RETMAR procedió a ampliar el campo de aplicación del Régimen especial de los trabajadores del mar, incluyendo a los buceadores extractores de recursos marinos (art. 3.e) y los buceadores profesionales industriales (art. 3.f) (abarcando la actividad docente para la obtención de dicha titulación<sup>34</sup>), que hasta ese momento sólo se incluían en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar cuando realizaban sus servicios en una empresa marítimo-pesquera; lo que originaba la exclusión por ejemplo, de los buceadores que trabajaban en obras de construcción. Asimismo, se incluye también en el Régimen especial a los trabajadores por cuenta propia dedicados a la extracción de recursos marinos y los buzos profesionales, excluidos –una vez más– los recreativos<sup>35</sup>, sin

---

<sup>32</sup> Además de la exposición a riesgos laborales que pueden ser comunes a otras actividades profesionales, los buceadores profesionales se enfrentan a otros riesgos que son específicos de su actividad, y que se deben al medio hiperbárico en el que se desarrolla este tipo de trabajos, con los consiguientes efectos que esto puede ocasionar sobre su salud. Entre los efectos ocasionados por la presión se encuentran: los barotraumatismos; Enfermedad descompresiva, Sordera del buzo o hipoacusia. En cuanto a los efectos producidos por la exposición a gases tóxicos, cabe destacar los siguientes: Hiperoxia, consistente en una intoxicación por respirar mezclas de gases provocada por la presión parcial del oxígeno, generalmente por respirar una mezcla demasiado rica en oxígeno. Los síntomas incluyen taquicardias, temblores, vértigos, náuseas. Puede provocar la muerte. Hipercapnia, intoxicación por respirar mezclas con exceso de dióxido de carbono; Narcosis de nitrógeno, conocida como la “borrachera de las profundidades”. Intoxicación por respirar aire con elevada concentración de nitrógeno. Los síntomas son la euforia, la pérdida del razonamiento, de la concentración e incluso de la conciencia. Véase en extenso, BERNAOLA ALONSO, M: “Prevención de riesgos en prácticas de buceo profesional”, *Revista seguridad y salud en el trabajo-INSST* nº 56, 2010, pp. 14-25, accesible en <https://www.insst.es/documents/94886/175559/N%C3%BAmero%2056%20%28versi%C3%B3n%20pdf%29.pdf>

<sup>33</sup> BOE nº 145, de 15 de junio de 2024.

<sup>34</sup> En su momento, el Consejo Económico y Social consideró necesaria la inclusión de los buzos profesionales recreativos dentro del campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, en el ámbito de los trabajadores por cuenta propia y así lo hizo constar en su Dictamen 11/2015, emitido sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de la Protección social de los trabajadores del sector marítimo-pesquero. Así, lo señala ALZAGA RUÍZ, ICIAR: “El campo de aplicación del Régimen Especial de Seguridad social de los trabajadores del Mar tras la reforma llevada a cabo por la Ley 47/2015, de 21 de octubre”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de trabajo, Migraciones y seguridad social* nº 124, 2016, p. 100.

<sup>35</sup> En efecto, el RETMAR incorpora en su ámbito de aplicación a los trabajadores por ajena, comprendiendo a los Buceadores extractores de recursos marinos [art. 3.b)] y a los Buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación [art. 3.f)], quedando excluidos los buceadores con titulaciones deportivas-recreativas. Asimismo, en el artículo 4.d) y 4.e) se incorporan los mismos sujetos cuando realizan este tipo de actividades por cuenta propia.

perjuicio de que los primeros ya estuvieran incluidos de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.b) 2ª del texto refundido del año 1974. Asimismo, es destacable que tras muchos años reivindicando y demandando la aplicación de un coeficiente reductor para la jubilación de los buzos, éste haya sido reconocido recientemente en un 0,15% en la Disposición final 2ª de la Ley 5/2023, de 17 de marzo, de Pesca sostenible e investigación pesquera<sup>36</sup> que modifica la Disposición Adicional 6ª del RETMAR a estos efectos.

### 3. Algunos problemas del régimen jurídico aplicable al buceador profesional en España

Expuesto el régimen general aplicable a la actividad o actividades de buceo profesional, conviene adentrarse a partir de este momento en algunos de los problemas o dificultades que resultan de la aplicación de la normativa supra anotada y, particularmente, la que surge a partir de la adopción del RD 550/2020 que, como se ha adelantado, ha procedido a dejar sin efecto la normativa que hasta entonces era de aplicación. En este sentido, uno de los principales problemas que se derivan de la adopción de la normativa expuesta tiene que ver con el ámbito geográfico sobre el cual su contenido se aplica y, en consecuencia, sobre las exclusiones que opera la norma, cuyo impacto es de suficiente envergadura como para que aquí dediquemos unas páginas a analizar esta cuestión. Asimismo, otro de los grandes problemas que la regulación de las actividades subacuáticas presenta en España se deriva del ámbito de aplicación funcional del II Convenio colectivo de buceo, así como –en ocasiones– con la confusión en la que en ocasiones se incurre entre aquél y el aparato conceptual que el RD 550/2020 emplea. Finalmente, no cabe sino realizar alguna mención a los problemas derivados de la adopción de esta norma reglamentaria por lo que atiene a la seguridad y salud de los buceadores profesionales, puesto que en puridad la norma reglamentaria del año 2020 circunda esta materia con carácter exclusivo.

#### 3.1. La exclusión de la actividad de buceo profesional en aguas interiores del ámbito de aplicación del RD 505/2022: el impacto de un problema competencial mal resuelto

El artículo 1.1 del RD 550/2020, relativo al objeto y ámbito de aplicación de la norma, señala que el citado reglamento “*tiene por objeto regular las condiciones de seguridad en el ejercicio de las actividades de buceo que se realicen en aguas marítimas situadas en zonas en las que España ejerza soberanía, derechos soberanos o jurisdicción*”. Asimismo, la D.A 4ª de la misma norma, sobre buceo en aguas continentales señala que “*Las Administraciones Públicas competentes podrán decidir la aplicación de las normas de seguridad del buceo reguladas en este real decreto o las que corresponda de acuerdo con los estándares internacionales*”.

<sup>36</sup> BOE nº 66, de 18 de marzo de 2023.

*correspondientes a la modalidad de buceo de que se trate cuando tales actividades tengan lugar en aguas continentales, lagos, lagunas y embalses, así como en acuarios o instalaciones de recreación de ambientes subacuáticos o similares, bajo su supervisión”.*

Estas disposiciones introducen una diferencia sustancial con respecto a sus predecesoras, dado que el artículo 4º del Decreto 2055/1969 establecía su aplicación a las actividades subacuáticas “*cualquiera que sea el lugar en el que se realicen o los medios que se empleen*”, mientras que la Orden de 25 de abril de 1973, por la que se aprobó el desarrollo del Decreto de 1969, establecía su aplicabilidad a las aguas marítimas e interiores, tal y como rezaba la propia rúbrica de ésta, lo que significaba que se aplicaba a las actividades de buceo también en ríos, embalses, pantanos, lagos, etc. A diferencia, como se señala, de las normas que ha derogado el RD 550/2020, éste último excluye de su ámbito de aplicación las actividades de buceo que tengan lugar en aguas interiores<sup>37</sup> o continentales, sin establecer disposición transitoria alguna por lo que respecta a todas aquellas operaciones de buceo profesional que se realizan en aguas fluviales, aguas interiores o en instalaciones industriales como centrales hidroeléctricas, térmicas o plantas depuradoras situadas en dichos espacios<sup>38</sup>. La distinción que opera la norma genera una situación de inseguridad jurídica, que ha sido vista por el colectivo de buceadores profesionales como una restricción injustificada del ámbito geográfico de aplicación de ésta, ya que efectivamente y de acuerdo con la normativa internacional y nacional aplicable<sup>39</sup>,

---

<sup>37</sup> En relación a la definición de aguas interiores y su complejidad desde la perspectiva de nuestro derecho interno, me remito al trabajo de ESCUDERO ESPINOSA, J.F: “El régimen jurídico de la navegación en las aguas interiores marítimas españolas” en SOBRINO HEREDIA, M (Coord.): *Mares y Océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 373-400

<sup>38</sup> A diferencia, por ejemplo, de lo que sucede con el régimen provisional para los títulos deportivos y profesionales de buceo, los títulos militares de buceo o la exigencia de las obligaciones de aseguramiento de responsabilidad civil y de accidente en las actividades de buceo, de acuerdo a lo dispuesto en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, respectivamente.

<sup>39</sup> A estos efectos, y desde la perspectiva del Derecho internacional, se ha de acudir a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (UNCLOS) del año 1982, que establece los principios y reglas generales para la delimitación de las aguas territoriales y otras zonas marítimas sobre las cuales España ostenta soberanía y/o jurisdicción, distinguiendo entre los distintos espacios marítimos que existen, ya sean las aguas interiores, el mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva, el alta mar, la plataforma continental y la zona internacional de los fondos marinos. Los espacios mencionados se miden estableciendo una línea imaginaria denominada “línea de base”, de tal manera que distingue entre las aguas interiores que serían, de acuerdo con el artículo 8º de esta norma, las situadas en el interior de la línea de base del mar territorial y que forman parte de las aguas interiores del Estado y el resto de aguas marítimas, que serían aquellas que, en función de la distancia, desde dicha línea recta hacia el mar compondrían el resto de espacios marítimos a los que se ha hecho referencia. Establecida esta premisa mayor, a modo de recordatorio, lo cierto es que cuando el RD del año 2020 realiza una mención a aguas marítimas, se está refiriendo a las aguas que se extienden más allá de la línea de base, excluyendo en consecuencia de su ámbito de aplicación, las actividades subacuáticas en aguas interiores. De hecho, y como no podría ser de otra manera, en la misma línea se mueve la definición contenida en el RD 363/2017, de 8 de abril, por el que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo, en cuyo artículo 3.d) correspondiente a las definiciones, señala que por aguas marítimas españolas deben entenderse comprendidas “*las aguas, el lecho marino y el subsuelo situados más allá de la línea de base que sirve para medir la anchura de las aguas territoriales y que se extienden hasta el límite exterior de la zona en que el Reino de España ejerce soberanía, derechos soberanos o jurisdicción, y el resto de las aguas costeras con arreglo a la definición del artículo 16 bis.1 del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, su lecho marino y su subsuelo*”. Asimismo, no puede olvidarse aquí la referencia a la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial, en la que se establece que las aguas territoriales españolas son las que se extienden desde la línea de base hasta una distancia de 12 millas náuticas desde la costa.

el que el RD 550/2020 se aplique exclusivamente a las actividades subacuáticas que se realicen en el mar, origina un limbo jurídico para quienes realizan operaciones de este carácter en esos otros ámbitos y expone, dado el contenido y objeto del RD 550/2020, a una situación de riesgo para la seguridad y salud laborales del colectivo anotado y que cabe calificar de inaceptable hasta que no opere, en su caso, la extensión normativa a la que hace referencia la D.A 4ª de esa norma reglamentaria.

Ahora bien, la situación creada es más compleja de lo que *a priori* podría pensarse, dado que, si bien es cierto la distinción entre aguas marítimas y aguas interiores o si, se prefiere, por clarificar enormemente, agua salada vs agua dulce no plantea o no debería plantear debate jurídico alguno; en mi opinión sí lo plantea el que esta distinción y, en consecuencia, la exclusión mencionada se produzca sobre la base del reparto competencial Estado-CC.AA. a las que se ha hecho alusión *supra*, de acuerdo con el cual, todas las cuestiones relacionadas con la seguridad humana en el mar son competencia estatal; cuestión ésta a la que alude expresamente la propia exposición de motivos del RD 2020. En efecto, la exposición de motivos explícita que la adopción de esta norma reglamentaria se produce sobre la base de la competencia exclusiva que ostenta el Estado en marina mercante, contenida en el art. 149.1.20 de la CE y, en concreto, sobre la base del desarrollo legal de esta norma constitucional en el Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, de la Ley de Puertos el Estado y de la Marina mercante (LPEMM). En concreto, la exposición de motivos señala que “*el art. 6.1 de la LPEMM encomienda al Ministerio de Fomento las competencias relativas a la seguridad de la vida humana en el mar, en la que también se comprenden las actividades subacuáticas*”<sup>40</sup>.

Pues bien, por lo que respecta a esta cuestión, surge alguna que otra duda de cierta envergadura. La primera y más visible es que, incluso aceptando –sin mayores contemplaciones– que ésta sea la base competencial para la adopción del reglamento del año 2020; parece inconsistente que la regulación más reciente excluya las actividades subacuáticas en aguas interiores cuando el mismo título competencial fue el empleado para la adopción de la Orden de 14 de octubre de 1997<sup>41</sup>, sin que en aquel momento eso supusiera ningún problema para entender comprendidos bajo el ámbito de aplicación de ésta última a quienes desempeñaran las actividades de buceo en aguas interiores.

Asimismo, y más allá de esta consideración general, que simplemente sirve para mostrar la inconsistencia en la que incurre no ya el legislador estatal, sino el Gobierno cuando dicta el RD 550/2020 bajo el título competencial constitucional del art. 149.1.20<sup>42</sup>, lo cierto es que no me parece tampoco sencillo afirmar que las actividades

---

<sup>40</sup> Y añade que: “*En el mismo sentido, el artículo 7 se refiere a la consecución del objetivo de la tutela de la seguridad de la vida humana en el mar, de la seguridad de la navegación marítima y de la seguridad marítima en general. Y la disposición final segunda habilita al Consejo de Ministros para dictar las normas reglamentarias que requiera la aplicación de esta ley*”.

<sup>41</sup> Que, a su vez, venía a cubrir el vacío generado por la derogación de la Orden del Ministro de Agricultura y Pesca de 30 de julio de 1981 (BOE nº 271, dea 12 de noviembre de 1981), que como es visible fue adoptada por el Ministerio de Agricultura y Pesca.

<sup>42</sup> La opinión *supra* realizada no es coincidente con la expuesta por el consejo de Estado en el dictamen (expediente 740/2019) del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo, emitido el 21 de noviembre de 2019.

subacuáticas quedan insertas en el marco de la regulación atinente a la seguridad humana en el mar y que, en consecuencia, son competencia del actual Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y, por deriva, de la Dirección General de la Marina Mercante (DGMM). Y ello así, porque la regulación internacional sobre seguridad humana en el mar, contenida en el Convenio SOLAS (Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974<sup>43</sup>), adoptado por la OMI (Organización Marítima Internacional) tiene como objetivo fundamental la especificación de normas de construcción, equipamiento y explotación de buques para garantizar su seguridad y la de las personas embarcadas, esto es, se trata de una norma que regula los aspectos anotados en el sector del transporte marítimo y para la protección de la denominada como gente de mar-marino a bordo<sup>44</sup>. En consecuencia, parece claro –en mi opinión– que la base competencial empleada y que ha servido como presupuesto para excluir a quienes realizan actividades subacuáticas en aguas interiores o continentales es (y ha sido) endeble, puesto que se produce como consecuencia de asimilar –en todo caso– a los buceadores con la gente de mar. En este sentido, debo decir que si bien es cierto que no sería descabellado que en algún caso pudiera considerarse a los buceadores profesionales como gente de mar de acuerdo a la definición dada por el Convenio refundido sobre trabajo marítimo, 2006, de la OIT (MLC 2006)<sup>45</sup>, lo cierto es que dicha inclusión, en principio, sólo afectaría al colectivo de buceadores que presten servicios a bordo de buques que se dediquen habitualmente a actividades comerciales (transporte marítimo), con exclusión de los buques dedicados a la pesca y también a los buques de guerra y las unidades navales auxiliares (art. 1.4 MLC 2006), lo que contrasta con la aplicación del RD 550/2020 a modalidades de buceo muy variadas, como, por ejemplo, el buceo para la extracción de recursos vivos u otros, que caerían extramuros del ámbito de aplicación de las normas internacionales mencionadas y de las que España es parte.

En efecto, si pensamos simplemente en el caso del buceo para la extracción de recursos marinos vivos, ligados a la pesca, lo cierto es que además de lo apenas anotado, debe decirse que la base competencial que serviría para adoptar una regulación aplicable a este colectivo estaría, en su caso, contenida en el artículo 149.1.19 CE, relativa a la competencia estatal exclusiva en materia de pesca, acuicultura y marisqueo, aunque la ordenación del sector pesquero quedaría en manos de las CC.AA., de acuerdo con lo dispuesto en el art. 148.1.11 CE. Siendo ello es así, esto es, el que, al abrigo de estas

---

<sup>43</sup> Instrumento de ratificación de 16 de agosto de 1978 del Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar, hecho en Londres el 1 de noviembre de 1974 (BOE nº 144, de 16 de junio de 1980).

<sup>44</sup> De hecho, este Convenio internacional es de acuerdo con su artículo II aplicable “a los buques que tengan derecho a enarbolar el pabellón de los Estados cuyos Gobiernos sean Gobiernos contratantes”. Vid. versión consolidada a fecha de 2020, [https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/marima\\_mercante/normativa-maritima/convenios/1\\_solas\\_consolidado\\_2020\\_\(v.2021\).pdf](https://cdn.mitma.gob.es/portal-web-drupal/marima_mercante/normativa-maritima/convenios/1_solas_consolidado_2020_(v.2021).pdf)

<sup>45</sup> Y ello así, porque ese Convenio internacional define a la gente de mar o marino como toda persona que esté empleada o contratada o que trabaje en cualquier puesto a bordo de un buque al que se aplique el presente Convenio (art. II.1.f MLC 2006). Por lo que respecta a la consideración como gente de mar de determinados colectivos de trabajadores, vid. en España la interpretación realizada por la DGMM con respecto a dicha disposición y que puede consultarse en [https://www.anave.es/images/documentos\\_socios/definiciones\\_buque\\_gente\\_de\\_mar\\_y\\_aguas\\_abrigadas\\_publicadas\\_en\\_la\\_web\\_dgmm.pdf](https://www.anave.es/images/documentos_socios/definiciones_buque_gente_de_mar_y_aguas_abrigadas_publicadas_en_la_web_dgmm.pdf)

disposiciones, sea competencia exclusiva del Estado la regulación de las características y condiciones de la actividad extractiva<sup>46</sup>, mientras que la organización del sector productivo, incluyendo aquí, las competencias referidas a las condiciones profesionales de los pescadores y de otros sujetos relacionados con el sector, sean de competencia autonómica<sup>47</sup>, hace complicado pensar que las condiciones generales de la actividad de buceo extractivo pueda regularse a través de un Real Decreto, cuya base competencial es, como señalo, la destinada a regular el transporte marítimo y la seguridad humana en el mar.

En mi opinión, probablemente muy naif, dada la lejanía que existe entre el momento en el que redacto estas páginas y las fechas en las que estudiaba Derecho constitucional en la facultad, entiendo que las consideraciones relacionadas con la seguridad de las actividades subacuáticas que regula el RD 550/2020 y que van, por ejemplo, desde el establecimiento de la edad mínima para realizar las actividades de buceo, el estado de salud de los buceadores, la formación, la exposición a los riesgos hiperbáricos, etc., deberían incardinarse en la competencia estatal exclusiva contenida en el art. 149.1.7, esto es, la relativa a la legislación laboral, lo cual permitiría aglutinar bajo una misma norma legal, las condiciones de todos los trabajadores por cuenta ajena que se dedican a las distintas actividades subacuáticas, sea cual sea, el lugar en el que éstas se desempeñen.

Esta solución eliminaría, en consecuencia, la distinción que realiza el RD 550/2020, al que se ha hecho alusión, aunque podría alimentar alguna dificultad para los supuestos de ejercicio de actividades subacuáticas de la más diversa índole cuando se desempeñen en espacios no sometidos a la soberanía y jurisdicción españolas, esto es, en las aguas extraterritoriales<sup>48</sup>; dificultad ésta última que entiendo, a su vez, podría solucionarse –aunque no fácilmente– de la mano de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado del trabajo.

El excursus realizado hasta este momento puede ser considerado por algún lego en la materia como un ejercicio puramente doctrinal de quienes nos dedicamos al estudio del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social desde la atalaya de la Universidad. Y si bien es cierto que aquí no se niega que en algunos casos exista una cierta distancia entre nuestro trabajo y la realidad que nos circunda, lo cierto es que el impacto real de lo apenas anotado (doctrinalmente hablando) puede ser y es enorme, tal y como nos recuerda la sala de lo social del TSJ de Las Palmas de Gran Canaria en la sentencia nº 388/2024, de 8 de febrero de 2024<sup>49</sup>. Se trata de un caso en el que, tras la debida elevación de acta de infracción por parte de la inspección de trabajo, se impone una sanción de 30.000 euros a una empresa que gestiona un acuario, al entender que ésta es responsable de varios incumplimientos en materia de seguridad e higiene en el trabajo con respecto a cinco buceadores profesio-

---

<sup>46</sup> Según el F.J. 5ª de la STC 147/1991. A mayor abundamiento, me remito al trabajo de SALVADOR SANCHO, A y CAMACHO GARCÍA, A: “Competencias en materia de pesca, acuicultura y marisqueo” en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M y CASAS BAAMONDE, M<sup>AE</sup>: *Comentarios a la Constitución Española-Tomo II*, BOE, 2018, pp. 1385-1388, que puede consultarse en abierto en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94\\_2](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2018-94_2)

<sup>47</sup> FJ5º de la STC 56/1989.

<sup>48</sup> <https://www.buceo.blog/ambito-aplicacion-normativa-abuceo-en-espana/>

<sup>49</sup> ECLI:ES:TSJICAN:2024:388

nales que prestan servicios en dichas instalaciones. Pues bien, lo realmente interesante de la sentencia en suplicación es que se atiende, entre otras, a la alegación de la empresa que estima que el acta de sanción administrativa sería nula de pleno derecho, dado que el RD 550/2020, donde se regulan las condiciones de seguridad de este colectivo de trabajadores no sería aplicable a los acuaristas, dado que el buceo –en estos casos– no se realiza en aguas marítimas; argumento éste que puede ser empleado –por extensión– a todos aquellos profesionales que desempeñen esta actividad en lugares probablemente más peligrosos para la salud y seguridad de este colectivo que un acuario, como puede ser un pantano, una central hidroeléctrica, térmica o nuclear y/o un canal cualquiera.

### *3.2. Las modalidades de buceo profesional y el ámbito de aplicación funcional del II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos.*

Otro de los grandes problemas que se producen en relación con el régimen jurídico-laboral aplicable a los buceadores profesionales tiene que ver con la determinación del Convenio colectivo aplicable. Y ello así, porque uno de los debates tradicionales en este ámbito y hoy todavía vigentes tiene que ver con el ámbito de aplicación funcional del convenio de buceo profesional y medios hiperbáricos. En este sentido, y por si hubiera alguna duda, lo primero que debemos despejar es la diferencia que existe entre la definición contenida en el RD 550/2020 con respecto a lo dispuesto en el art. 2 del Convenio colectivo de aplicación. Y ello así, porque mientras que de acuerdo con el apartado c) del artículo 3º de la norma reglamentaria, el buceo profesional se define como aquel que se lleva a cabo para el ejercicio de una actividad de tipo económico o empresarial y que no podrá desarrollarse al amparo de las demás modalidades de buceo<sup>50</sup>; en el caso de la norma convencional, el buceo profesional comprende trabajos que se desempeñan en el medio hiperbárico, esto es, donde exista una relación laboral con independencia del tipo de modalidad de buceo en la que éstas se inserten o, lo que es lo mismo, en el marco de todas las modalidades contempladas en el RD 550/2020, a excepción hecha del buceo deportivo o recreativo<sup>51</sup>, por una parte; así como las actividades de buceo que se desarrollan en piscifactorías, almadrabas y

---

<sup>50</sup> El RD 550/2020 regula en su artículo 3º las modalidades de buceo existentes, distinguiendo a los efectos de la norma que regula la seguridad entre el buceo profesional [es aquel que se lleva a cabo para el ejercicio de una actividad de tipo económico o empresarial y que no podrá desarrollarse al amparo de las demás modalidades de buceo (art. 3.c)]; el buceo científico [es aquel que tiene como fin la realización de estudios o proyectos vinculados a una actividad de investigación científica y se lleve a cabo exclusivamente con ese carácter mediante un permiso de la Administración Pública competente para la investigación de que se trate (art. 3.d)]; el buceo extractivo [es aquel que se lleva a cabo para la recolección o captura de recursos subacuáticos vivos, con fines comerciales en el marco de un plan de gestión otorgado por una Administración Pública (art. 3.e)], así como el buceo militar [es aquel que realizan miembros de las Fuerzas Armadas, o personal bajo su dirección, para el cumplimiento de fines militares o las tareas que se les encomienden (art.3.f)] y el buceo para fines de servicio público [el que se lleva a cabo por personal de la Administración Pública, salvo lo referido al buceo militar, para el cumplimiento de esos fines. En este tipo se incluye el realizado por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y organismos dependientes de los Ministerios y de las Administraciones autonómicas y locales (art.3.g)]

<sup>51</sup> A estos efectos, merece la pena destacar la STS/JICAB 3129/2020, de 30 de diciembre de 2020 [ECLI:ES:TSJICAN:2020:3129] donde se debate la aplicación del II Convenio colectivo de buceo profesional a unas empresas, cuya actividad era la realización de “shows subacuáticos” y que consideraban de carácter lúdico-recreativo.

a la extracción de recursos pesqueros, por otra. En los últimos casos, dichas actividades se regirán por los convenios colectivos específicos existentes<sup>52</sup> como por ejemplo, al amparo de lo dispuesto en el VII convenio colectivo estatal para la acuicultura<sup>53</sup> o bajo el ámbito de aplicación de los convenios existentes en la industria almadradera<sup>54</sup>.

En efecto, el art. 2 del II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos establece que éste será de aplicación “*a todas las empresas (ya sean dichas empresas personas naturales o jurídicas, españolas, comunitarias o extranjeras, sea cual fuere el domicilio social o fiscal de las mismas), y centros de trabajo ubicados en el territorio español, entre cuyas actividades figuren de forma fija, provisional o eventual, trabajos que requieran la incursión humana en medio hiperbárico, incluido el buceo científico*”, incorporando una lista no exhaustiva de actividades en las que los trabajadores de los distintos sectores del buceo profesional pueden participar y excluyendo al personal de alta dirección, así como a aquellas empresas que se dediquen con carácter exclusivo al buceo deportivo o recreativo, piscifactorías, almadrabas y a la extracción de recursos pesqueros. Pues bien, tal y como refiero, la problemática de la determinación del convenio colectivo aplicable a los buceadores profesionales es una realidad incontestable en nuestro país, que no se ha disipado una vez adoptado el II Convenio colectivo de buceo profesional y medios hiperbáricos. Es cierto que lo apenas señalado no es una peculiaridad exclusiva de este sector, puesto que es bien sabido que son muchos los problemas aplicativos que plantean los ámbitos funcionales de aplicación de los convenios colectivos, dada –en palabras de la Dra. López Terrada<sup>55</sup>– la ausencia de claridad y/o falta de criterios legales, convencionales o jurisprudenciales en torno a esta cuestión.

Como es obvio, y sin perjuicio de que esta materia deba ser resuelta a través de alguna actuación legal que establezca los parámetros a emplear para la determinación del ámbito funcional de los convenios; lo cierto es que en el caso concreto de los buceadores profesionales ha sido relativamente habitual el debate sobre el convenio colectivo aplicable, incluso tras la adopción, como señalo del II Convenio colectivo mencionado. Muestra de ello es, por ejemplo, el supuesto analizado en la STSJ Cataluña, de 17 de noviembre de 2022<sup>56</sup>. En este caso, nos encontramos ante un grupo de buceadores que habían sido

---

<sup>52</sup> Me remito al trabajo dirigido por CRUZ VILLALÓN, J: *La negociación colectiva en la explotación de recursos acuícolas: pesca, acuicultura y actividades afines*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2009, si bien no se hace referencia alguna a los buzos profesionales que prestan servicios en la industria extractiva. Si bien ello es así, es un trabajo importante para conocer la estructura de la negociación en el ámbito, por ejemplo, de la acuicultura.

<sup>53</sup> Resolución de 23 de abril de 2024, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el VII Convenio colectivo estatal para la acuicultura (BOE nº 108, de 3 de mayo de 2024).

<sup>54</sup> Convenio Colectivo del sector de las industrias almadraderas de la provincia de Cádiz (vigencia del 1 de enero de 2023 a 31 de diciembre de 2025) (BOPCA nº 132, de 13 de julio de 2023). De acuerdo con el citado Convenio y, de manera totalmente sorprendente, se establece que a los buceadores que presten servicios en las empresas cuya actividad sea la industria almadradera, esto es, a quienes inspeccionan la situación de las redes, cables y pesca, bajo la superficie, no les es de aplicación el régimen retributivo de este convenio.

<sup>55</sup> A estos efectos, me remito al trabajo que la autora gentilmente me facilitó y que se ha publicado con la siguiente referencia: LÓPEZ TERRADA, E: “La determinación del convenio colectivo aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas”, *Lex Social: Revista de derechos sociales*, 2024, pp. 1-32. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11355>

<sup>56</sup> STSJ CAT 9657/2022 - ECLI:ES:TSJCAT:2022:9657.

contratados por SATO (Sociedad Anónima de trabajos y obras) que son despedidos en un momento dado, como consecuencia del cambio de titularidad en la contrata que REPSOL tenía con aquélla para el mantenimiento monoboya Repsol, sucedida por la empresa Ardentia Marine SL. Pues bien, en este contexto, una de las cuestiones que se va a plantear es la determinación del convenio colectivo de aplicación a los efectos de señalar si procede o no la subrogación de los trabajadores en la nueva contratista, dado que SATO es una empresa constructora con especialización en el sector de la obra marítima y portuaria aplicando a sus relaciones laborales el CC de la construcción de la provincia de Tarragona frente a Ardentia Marine, cuyo objeto social es la realización de actividades anexas al transporte marítimo y por vías navegables interiores, aplicando a sus relaciones laborales el CC Nacional de buceo Profesional y Medios hiperbáricos. En este caso, afortunadamente, el órgano jurisdiccional va a señalar la aplicabilidad del CC de buceo profesional frente al de la construcción, empleando para ello, el criterio mantenido por el TS en Sentencia de 10 de julio de 2000 (rec. 4315/1999), de acuerdo con el cual, no es el objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad lo que define el convenio colectivo de aplicación, sino que lo relevante y decisorio es la actividad real que desempeña y en el que intervienen los empleados con motivo de la prestación de sus servicios.

Ahora bien, no todos los pronunciamientos son tan halagüeños como el que acabamos de mencionar. Así, por ejemplo, en el caso de la STSJ de Canarias, de 13 de junio de 2013 (Rec. 489/12), confirma la sentencia de instancia que denegó al demandante la declaración de derecho al percibo de diferencias salariales por aplicación de la tabla salarial del Convenio Colectivo de Buceo Profesional, en lugar de la Tabla del Convenio Colectivo propio de centro de trabajo (Buque “Esperanza del Mar” del Instituto Social de la Marina). Se argumentó que ni la actividad de buceo es la preponderante ni en el Instituto Social de la Marina, ni en los buques gestionados por el mismo, y además tales buques cuentan con su propio convenio colectivo. Por tanto, se estima que es el convenio colectivo específico de los centros de trabajo, y no el general, es el que debe aplicarse, sin que en cualquier caso sea admisible hacer, como ocurre en la demanda, un espiguelo de las normas de uno y otro, para aplicar el convenio general únicamente en lo que favorece al demandante.

Finalmente, otra de las cuestiones que se han planteado a propósito de esta materia tiene que ver con la confusión en la que reparábamos al comienzo de este epígrafe y al que también nos referíamos en el apartado anterior, esto es, la mescolanza entre el ámbito de aplicación del RD 550/2020 y el del CC de aplicación, a lo que se suma el desconocimiento que existe sobre las actividades ligadas al mar. Me refiero, en concreto, a la sentencia mencionada en el epígrafe anterior, dado que el TSJ de Las Palmas llega a la conclusión de que la actividad de los acuaristas nada tiene que ver con los buceadores profesionales, dado que su actividad no se realiza en “aguas marítimas”. Así, va a concluir, siguiendo dicho razonamiento, que los trabajadores del supuesto litigioso quedan fuera del ámbito de aplicación del II CC de buceo profesional al que aquí nos referimos; al entender –además– que su actividad (acuaristas) está cercana a la de las piscifactorías; sector expresamente excluido del ámbito funcional del CC de buceo profesional. Ciertamente, se trata de un pronunciamiento más que discutible, pero derivado –a muy juicio–

no sólo de la problemática relacionada con el ámbito funcional del Convenio colectivo de aplicación a las actividades del buceo profesional, sino sobre todo de la inculcación que como ciudadanos/as nos asisten en gran parte de las actividades realizadas en el mar.

#### 4. El retroceso en materia de seguridad y salud laborales de los buzos profesionales en la regulación del RD 550/2020

Además de las dificultades planteadas hasta este momento, lo cierto es que el principal problema que encara este colectivo de trabajadores es el relacionado con su seguridad y salud laborales, no en vano se trata de una de las actividades más peligrosas que existen y donde el número de accidentes que se producen es elevado y/o muy elevado en comparación con las que se producen en otras profesiones<sup>57</sup>. Es más, se trata de un colectivo de trabajadores que están expuestos a innumerables riesgos, sobre todo aquellos que tienen que ver con las enfermedades por descompresión, los barotraumas, la hiperoxia, etc; esto es, enfermedades que tienen que ver con la presión que sufren bajo el agua, así como por los gases que respiran los buceadores<sup>58</sup>. Asimismo, pueden sufrir –entre otros– ahogamientos y desarrollar a largo plazo dolencias en los oídos, conocido en este último caso como sordera del buzo<sup>59</sup>. En este sentido, y sin perjuicio de señalar que obviamente, tal y como hemos referido al comienzo de estas páginas, la normativa que es de aplicación en este contexto sea la LPRL, así como el Reglamento de servicios de prevención, etc. y sin perjuicio de los avances operados en estas normas, es cierto también que la adopción del RD

<sup>57</sup> Sin perjuicio de que sea enormemente complicado establecer cifras de siniestralidad. Así se pronuncia CIUDAD VALLS, I: “Prevención de riesgos laborales en las actividades subacuáticas”, *IUSlabor* 3/2006.

<sup>58</sup> A estos efectos, me remito a varios documentos relacionados en primer lugar con las demandas físicas y psíquicas del buceador acuicultor de 1ª y 2º [<https://canarias.fsc.ccoo.es/7cdf5a83c14fdfa1b77c6a48af9f23ae000050.pdf>], así como a la Guía de CC.OO sobre prevención de riesgos laborales en el buceo profesional en piscifactorías [[https://www.exyge.eu/blog/wp-content/uploads/2013/11/Buceo\\_Profesional\\_en\\_piscifactorias.pdf](https://www.exyge.eu/blog/wp-content/uploads/2013/11/Buceo_Profesional_en_piscifactorias.pdf)].

<sup>59</sup> Vid. BERNAOLA ALONSO, M: “Prevención de riesgos en prácticas de buceo profesional”, *Seguridad y salud en el trabajo-Revista instituto nacional de seguridad y salud en el trabajo* nº 56, 2010, pp. 14-25, <https://www.insst.es/documents/94886/175559/N%C3%BAmero%2056%20%28versi%C3%B3n%20pdf%29.pdf>. En este trabajo, se citan entre otras dolencias, las siguientes: Los barotraumatismos, ocasionados por la variación de volumen de aire que contiene el cuerpo debido a la diferencia de presión, que puede producir principalmente lesiones en el oído, en los senos paranasales y en los pulmones. Los síntomas varían en función de la zona afectada, pudiendo incluir dolor de oído, ruidos, vértigos, disminución de la capacidad auditiva o náuseas, y pudiendo, en los casos más graves, llegar a producir la muerte. Enfermedad descompresiva, producida por la formación de burbujas de nitrógeno en los tejidos y la sangre durante el ascenso. Los síntomas pueden incluir la aparición de manchas cutáneas, dolor en huesos, articulaciones y músculos. La grave llega a afectar al SNC y sistemas periférico, cardiovascular y respiratorio o gastrointestinal, pudiendo ser mortal. Sordera del buzo o hipoacusia, originada por la exposición del oído a la sobrepresión. En cuanto a los efectos producidos por la exposición a gases tóxicos, cabe destacar los siguientes: Hiperoxia, consistente en una intoxicación por respirar mezclas de gases provocada por la presión parcial del oxígeno, generalmente por respirar una mezcla demasiado rica en oxígeno. Los síntomas incluyen taquicardias, temblores, vértigos, náuseas. Puede provocar la muerte. Hipercapnia, intoxicación por respirar mezclas con exceso de dióxido de carbono. Los síntomas varían según la gravedad de la intoxicación y abarcan desde el dolor de cabeza hasta la pérdida de conciencia y la parada cardiorrespiratoria. Si la situación no se controla, se puede agravar produciéndose un síncope y la muerte por ahogamiento. Narcosis de nitrógeno, conocida como la “borrachera de las profundidades”. Intoxicación por respirar aire con elevada concentración de nitrógeno. Los síntomas son la euforia, la pérdida del razonamiento, de la concentración e incluso de la conciencia.

550/2020 ha supuesto la derogación de la Orden de 14 de octubre de 1997, que obligaba a comunicar los accidentes acaecidos durante el desempeño de la actividad subacuática, lo que supone un paso atrás en lo que a la seguridad y salud de este colectivo se refiere.

Además de lo señalado, es también criticable que el RD 550/2020 establezca un conjunto normativo diferenciado en función de la modalidad de buceo concernida y que en ocasiones supone la exclusión o inaplicación de determinadas normas de seguridad a los buceadores en función de la modalidad de buceo bajo la cual presten servicios. Así, y sin perjuicio de constatar las enormes dificultades que existen para regular bajo una misma norma la prestación de servicios de los buceadores en las distintas modalidades allí contempladas, lo cierto es que desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales es poco comprensible el que el RD 550/2020 defina el buceo profesional como aquél desempeñado en el marco de una actividad de tipo económico y/o empresarial y que determine que esta misma realidad no pueda producirse al amparo de otras modalidades de buceo reconocidas por la norma reglamentaria, tales como el buceo científico y/o el buceo para la extracción de recursos vivos; lo que a su vez lleva la inaplicación de determinadas normas de seguridad a modalidades de buceo distintas a la profesional. Asimismo, y en la misma línea de lo apenas referido, llama la atención el que el RD contemple como excepción a las normas de seguridad el buceo realizado por el personal de la Administración pública, que se regirán por sus propias normas. En este contexto, hubiera sido deseable que se determinara con mayor precisión el colectivo y/o colectivos que realizan dichas actividades, puesto que existe personal de buceo que presta servicios para la administración cuyo régimen jurídico es laboral y, en consecuencia, deberían quedar incluidos en el ámbito de aplicación de esta norma reglamentaria.

Junto con lo apenas referido, se han alzado voces críticas en torno al uso de la SCUBA,<sup>60</sup> por cuanto que es un sistema de buceo autónomo que conlleva muchos riesgos para quienes realizan inmersiones de buceo profesional. En efecto, esta posibilidad, que se encuentra regulada en la subsección 1ª: Buceo profesional en técnica de autónomo (arts. 26-30 del RD 550/2020), se encuentra totalmente desaconsejada a la luz de los datos de mortalidad que afectan al buceo profesional, cifrándose 3 de cada 4 accidentes mortales por el uso de esta técnica, sea cual fuera la profundidad en la que la inmersión se realice<sup>61</sup>. Asimismo, se ha criticado la reducción de los equipos mínimos de buceo y/o eliminado el “buzo de seguridad” en superficie para ciertas operaciones<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> SCUBA es el acrónimo de *Self Contained Underwater Breathing Apparatus*. De acuerdo con los profesionales del sector, el gran problema del SCUBA en el buceo profesional es por un lado la incomunicación con la superficie (con el supervisor de buceo y también la grúa y otra maquinaria de construcción), la limitación del gas que se use, y la ausencia de una línea (umbilical) que una al buzo físicamente con la superficie.

<sup>61</sup> De hecho, CC.OO. proponía la eliminación de la subsección 1ª precisamente por los datos supra mencionados y la prohibición del uso de la SCUBA. Vid. las alegaciones al proyecto de real decreto por el que se determinan las condiciones de seguridad de las actividades de buceo en aguas marítimas españolas en <https://fsc.ccoo.es/ab71cfd957f5e-8156ba5d6bc4164ce3c000050.pdf> (última consulta el 9 de noviembre de 2024).

<sup>62</sup> En relación con esta cuestión, puede verse el incumplimiento al que se hace alusión en la sentencia del TSJ de Canarias, Sede Las Palmas de 24 de febrero de 2022 (nº res. 232/2022) [ECLI:ES:TSJICAN:2022:957] con respecto a la normativa anterior, esto es, en relación con la Orden de 14 de octubre de 1997, que exigía –en el caso del buceo autónomo– que en relación con el número de personas mínimo debía estar compuesto por un jefe de equipo, dos buceadores

En efecto, el art. 33 RD 550/2020 permite que en profundidades menores a 8 metros el personal mínimo pueda ser de tres miembros, a diferencia de los restantes casos que deberá de ser de cinco miembros. De este modo, el RD permite en estos casos prescindir del buzo de seguridad o de socorro y de un ayudante del mismo, lo que puede considerarse perjudicial desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales, dado que en los casos en los que nos encontremos ante atrapamientos o similares, la profundidad no es decisiva.

Por su parte, y ya por lo que se refiere a la vigilancia de la salud, el art. 8.2 del RD 550/2020 establece que *“los buceadores profesionales y los que se dediquen a la extracción de recursos marinos vivos, así como los guías e instructores de buceo recreativo, deberán observar las previsiones que para ellos se establecen en la normativa vigente de reconocimientos médicos de aptitud para estos profesionales”*. En este sentido, se ha de subrayar –como ya se ha adelantado– que el RETMAR fue modificado en el año 2015 para incorporar a los buceadores por cuenta ajena o propia extractores de recursos marinos y los buceadores con titulación profesional en actividades industriales, incluyendo la actividad docente para la obtención de dicha titulación entre las actividades al amparo del Régimen especial de seguridad social aplicable a los trabajadores del mar. Pues bien, a consecuencia de lo anterior, hace pocas fechas se procedió a modificar la regulación atinente a los reconocimientos médicos de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero embarcadas, quedando en la actualidad regidas por lo dispuesto en el RD 505/2024, de 28 de mayo. En este contexto, se ha de señalar que la normativa específica de aplicación, esto es, la norma reglamentaria del año 2024 prevé la realización de reconocimientos médicos a los buceadores profesionales, extractores de recursos marinos y los buceadores con titulación profesional en actividades industriales, pero no la de los guías e instructores de buceo recreativo que al quedar fuera del ámbito de aplicación del RETMAR, quedan asimismo fuera del ámbito de aplicación del RD 505/2024<sup>63</sup>; lo que puede considerarse como una situación difícilmente comprensible, máxime tomando en consideración que el ámbito de aplicación del RETMAR era o debiera haber sido conocido con anterioridad a la adopción del RD 550/2020.

Asimismo, y entre otras cuestiones que pudieran objetarse con respecto a la norma reglamentaria, nos parece enormemente cuestionable la modificación en la ubicación o el tiempo de acceso a una cámara hiperbárica, dado que se permite que esté ubicada hasta a seis horas del centro de trabajo cuando el trabajo se ejecute a menos de 10 metros de profundidad (art. 22 RD 550/2020)<sup>64</sup>. En este sentido, debe señalarse que el

---

dores y un buceador de socorro (art. 5.1), donde se sanciona a la empresa con 20.490 euros por no cumplir con dicha medida de seguridad que, por otra parte, debía cumplirse en cada inmersión y no para el conjunto de embarcaciones.

<sup>63</sup> Y que no debe confundirse con el hecho de que más adelante, se establezca en el apartado 3º que para la práctica del buceo recreativo, incluidas las tomas de contacto, bautismo o similares se exigirá por el responsable del centro, en todo caso, una declaración responsable del buceador sobre su estado de salud, que se llevará a cabo cumplimentando el cuestionario del anexo I. Una crítica sobre esta disposición, <https://www.buceo.blog/cuestionario-de-salud-y-certificado-medico-buceo/>

<sup>64</sup> El art. 22.1 RD 550/2020 sobre la cámara hiperbárica establece distintos tiempos y distancias en función de la profundidad de las inmersiones y del tiempo de descompresión en la operación. Así, se señala que se garantizará el acceso a una cámara hiperbárica en los siguientes términos: a) En un plazo máximo de 6 horas cuando la actividad de buceo profesional haya tenido lugar a menos de 10 metros de profundidad y con un tiempo de descompresión inferior a 20

establecimiento de esta medida afecta indefectiblemente a la seguridad del buzo, que en determinadas circunstancias puede necesitar acceder a una cámara de esta naturaleza con carácter inmediato, con el objeto no sólo de evitar cualquier daño físico, sino incluso para salvar su vida.

## 5. Conclusión

A lo largo de las páginas anteriores, se ha intentado poner de relieve las dificultades que existen con respecto a las condiciones laborales en las que los “homo aquaticus professionalis” desempeñan las tareas que tienen encomendadas y que son, como se ha visto, muy variadas. En efecto, los buceadores profesionales en nomenclatura del Convenio colectivo de aplicación realizan actividades muy diversas y en condiciones enormemente complicadas y extremas, sin que –hasta donde alcanza mi conocimiento– desde la disciplina de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social les hayamos prestado una mínima atención. Precisamente por ello, en este trabajo se ha intentado subsanar siquiera mínimamente dicho vacío, poniendo de manifiesto que más allá de la ambigüedad y las deficiencias técnicas que el Real Decreto 550/2020 presenta, lo cierto es que sería necesario acometer un estudio completo y en profundidad sobre la regulación aplicable a los buceadores profesionales, con la finalidad de solventar no sólo las insuficiencias que aquí se han detectado, sino también otras muchas de las que no se han dado cuenta.

---

minutos; b) a) En un plazo máximo de 2 horas cuando la actividad de buceo profesional haya tenido lugar entre 10 y 50 metros de profundidad y con un tiempo de descompresión inferior a 20 minutos y c) a) En un plazo máximo de 6 horas cuando la actividad de buceo profesional haya tenido lugar a más de 50 metros de profundidad o cuando se planifiquen inmersiones con un tiempo de descompresión de 20 o más minutos. A estos efectos, es notable el impacto que sobre la salud de los trabajadores puede ocasionar la ampliación de la distancia con respecto a una cámara hiperbárica. Así, y sin perjuicio de que se trate de un procedimiento de despido disciplinario con respecto al jefe de un equipo de buceo, esta realidad puede verse en la SSTS Cataluña 9670/2023, de 17 de octubre de 2023 [ECLI:ES:TSJCAT:2023:9670].

# El laberinto empresarial de los protocolos de acoso

## The corporate labyrinth of harassment protocols

Juan Antonio Altés Tárrega

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social UVEG*

ORCID ID: 0000-0003-1530-8545

Recibido: 31/1/2025

Aceptado: 24/2/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9406

*Resumen:* El artículo analiza el complejo marco normativo que regula los protocolos empresariales contra la violencia y el acoso en el ámbito laboral en España. Se examina la evolución legislativa desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, hasta las normativas más recientes, como la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual; la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas informantes de infracciones normativas y de lucha contra la corrupción; y la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y la garantía de los derechos de las personas LGTBI. El estudio pone de relieve las superposiciones normativas, los desafíos en su aplicación y las deficiencias en la prevención y protección de las víctimas. Finalmente, se plantean propuestas para unificar y simplificar el marco regulador, con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica y mejorar la eficacia en la prevención y erradicación del acoso en el ámbito laboral.

*Palabras clave:* violencia laboral, acoso sexual, prevención de riesgos, normativa laboral, derechos fundamentales.

*Abstract:* This article examines the complex regulatory framework governing corporate protocols against workplace violence and harassment in Spain. It traces the legislative evolution from Organic Law 3/2007, of March 22, on effective equality between women and men, to more recent statutes, including Organic Law 10/2022, of September 6, on the comprehensive guarantee of sexual freedom; Law 2/2023, of February 20, on the protection of whistleblowers reporting regulatory violations and anti-corruption efforts; and Law 4/2023, of February 28, on the real and effective equality of trans individuals and the guarantee of LGTBI rights. The study identifies regulatory overlaps, implementation challenges, and gaps in victim protection and prevention. It concludes with recommendations to streamline and harmonize these regulations, enhancing legal certainty and improving the effectiveness of workplace harassment prevention and eradication.

*Keywords:* workplace violence, sexual harassment, risk prevention, labor regulations, fundamental rights.

## 1. Introducción

Desde su aparición en la década de 1990, los protocolos de acoso han sido concebidos como herramientas clave para prevenir, gestionar y sancionar conductas inapropiadas en el ámbito laboral. Estas medidas combinan información, formación y sensibilización con políticas de prevención y mecanismos de denuncia que permiten resolver internamente los conflictos derivados de dichas conductas, sin perjuicio de las responsabilidades legales aplicables en el ámbito civil, administrativo o penal.

La importancia de estos protocolos radica en su contribución a la creación de entornos laborales seguros y saludables. Sin embargo, es evidente que, a pesar de su potencial preventivo, el enfoque predominante tanto en las políticas empresariales como en las normativas ha sido reactivo, dejando la prevención como un componente secundario. Este desequilibrio contrasta con el creciente consenso de que la violencia y el acoso deben considerarse riesgos psicosociales, con graves repercusiones para la salud física y mental de los trabajadores.

Aunque se reconocen como riesgos emergentes, la normativa comunitaria y española no ha desarrollado un marco específico para abordarlos<sup>1</sup>. Si bien algunos derechos generales, como la integridad física y psíquica recogida en el artículo 15 de la Constitución Española o el deber genérico de seguridad del artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), han permitido avanzar en esta dirección, queda mucho por hacer para integrar estos riesgos en los planes preventivos de las empresas

Sirva como ejemplo de estas ideas dos disposiciones normativas de carácter internacional muy separadas en el tiempo. Así, en primer lugar, quiero traer a colación la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 27 de noviembre de 1991, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la cual introdujo un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual. En él se establece como objetivo: *“garantizar que no se produzca el acoso sexual y, si ocurre, garantizar que se dispone de los procedimientos adecuados para tratar el problema y evitar que se repita. Por consiguiente, el código pretende fomentar la elaboración y la puesta en práctica de políticas y prácticas que establezcan unos entornos laborales libres del acoso sexual y en los que las mujeres y los hombres respeten mutuamente su integridad humana”*. Esta apuesta por la erradicación del acoso sexual se materializa en unas escasas medidas relativas a la prevención, que se traducen en una declaración de principios por parte de la empresa y su comunicación a todos los trabajadores, el establecimiento de una responsabilidad compartida por trabajadores, directivos y supervisores en evitar el acoso sexual y la formación de directores y supervisores en esta materia; y en el establecimiento de un

---

<sup>1</sup> La Directiva Marco 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, no alude a este tipo de riesgos y los desarrollos específicos se enfocan a la protección de los riesgos profesionales derivados de factores físicos, químicos o medioambientales y no fue hasta el año 2004 cuando el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés Laboral adoptado por los interlocutores sociales vino a colmar este vacío. En España la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales, tampoco hace referencia a este tipo de riesgos.

procedimiento para tratar el acoso sexual una vez que se ha producido al que le confiere una gran importancia, que está mucho más profusamente regulado a través de un procedimiento de resolución de problemas informal y uno formal de denuncia para aquellos casos en que los intentos de solucionar el problema de manera informal no son aconsejables o cuando se hayan rechazado los intentos de solución informal o el resultado haya sido insatisfactorio. Por tanto, se pone el énfasis en las medidas reactivas a las cuales se las considera más importantes y no tanto en la prevención.

Y, en segundo lugar, quiero referirme al Convenio 190 OIT, de 21 de junio de 2019 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo y su dimensión preventiva. Existe un consenso en que esta norma trae consigo un cambio de perspectiva de estas situaciones y que pone el foco en la prevención de la violencia y el acoso. De esta manera, alumbra como objetivo que los estados que lo ratifiquen promuevan un entorno de tolerancia cero frente a cualquier acto de violencia y el acoso y adopten las medidas necesarias para prevenirlo y erradicarlo, para lo cual el reconocimiento del «derecho de toda persona a un mundo del trabajo libre de violencia y acoso» (art. 4.1 C.190 OIT), se integra en el núcleo duro del trabajo decente y parece que está llamado a incorporarse en un futuro no lejano a la citada Declaración de la OIT de 1998<sup>2</sup>. Se insta una nueva lógica preventiva asociada a la gestión de riesgos psicosociales en la empresa que impregnará todo el contenido de la norma<sup>3</sup>.

Este cambio de perspectiva parece que debería llevar a introducir alguna modificación en la normativa española sobre prevención de riesgos laborales, por mucho que se admita que, en líneas generales, la LPRL cumple con las exigencias del Convenio 190 OIT. Se trataría de introducir previsiones específicas sobre los riesgos psicosociales y la violencia y acoso en la LPRL, así como intervenir en la normativa reglamentaria, a fin de establecer protocolos para facilitar a las empresas identificar los riesgos y planificar su prevención e intervenir en caso de que se materialicen<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre violencia y acoso en el trabajo», *Revista de Derecho Social*, 88, 2019, p. 57.

<sup>3</sup> YAGÜE BLANCO, S.; B. MORANT TORAN, «La formación preventiva en la política de lugar de trabajo sobre violencia y acoso», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, 2024 en prensa. Señalan los autores que esta lógica se ve altamente reforzada no solo por la aprobación del Convenio n.º 191 OIT, sino también porque ha coincidido con la reciente enmienda de 2022, en el seno de la 110ª CIT, de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, para incluir también el derecho a un «entorno de trabajo seguro y saludable», pasando a conformar un quinto grupo de principios y derechos fundamentales junto los correspondientes a la libertad de asociación, libertad sindical y negociación colectiva; la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Esta maniobra no es baladí, pues significa que los Estados que forman parte de la OIT quedan vinculados al cumplimiento de dichos principios, aunque no hayan ratificado formalmente sus correspondientes Convenios a los que eleva a la categoría de fundamentales.

<sup>4</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La tutela administrativa y penal frente a la violencia y el acoso en el trabajo», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco (eds.) *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 469; IGARTUA MIRÓ, M. T., «Medidas preventivas frente a la violencia y el acoso: Convenio 190 OIT, regulación interna y aplicación práctica», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco (eds.) *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 387; MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Wolters Kluwer España, 2019, p. 422 y ss.

Sin embargo, si observamos el contenido de la Recomendación 206 OIT sobre la violencia y el acoso que acompaña al Convenio 190 OIT se constata que, aunque, obviamente dedica parte de su contenido a la prevención, señalando la obligación de los estados miembros a *establecer programas de prevención de la violencia y el acoso, si procede, con objetivos medibles* (apt. 7.b); y para tener en cuenta los factores que individualizan el riesgo en función del puesto de trabajo (apt. 8); dedica mucha más atención a las medidas reactivas que han de ponerse en marcha una vez se produce una situación de violencia y acoso, estableciendo para ellos procedimientos y protocolos de denuncia frente a la violencia y el acoso muy similares a los previstos en la legislación interna en materia de igualdad.

No debe extrañar, por tanto, que los protocolos de acoso hayan acabado por identificarse con los procedimientos de denuncia internos que establecen las empresas para identificar estos comportamientos y adoptar las medidas necesarias de rehabilitación y reparación de las víctimas; y este es el sentido que se adopta en este trabajo, puesto que su objetivo es poner de relieve como, especialmente, en los últimos años se ha producido una intervención normativa, no exclusivamente, laboral que ha provocado una multiplicación de los protocolos para posibilitar denuncias y comunicar información en el seno de las empresas, dando lugar a solapamientos y a un complicado entramado normativo<sup>5</sup>.

De esta manera, en las páginas que siguen se va a dar cuenta de la normativa española que ha establecido estos protocolos y de sus principales elementos, especialmente los que hacen referencia al ámbito subjetivo desde una doble perspectiva: a quienes se extiende la protección y quien puede denunciar; el ámbito objetivo, esto es que tipos de acoso y violencia pueden denunciarse; y el relativo a la protección de las víctimas y las personas que informan de estas infracciones.

Asimismo, se da cuenta de las reglas de compatibilidad que las normas establecen entre y, a la vista de los resultados, se realizan propuestas para simplificar el uso de estas herramientas en la lucha contra la violencia y el acoso en el trabajo.

## **2. Los protocolos de denuncia de acoso ex Ley Orgánica 3/2007 y Ley Orgánica 10/2022**

Los protocolos de acoso se establecieron originariamente en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), pero su base legal se encuentra hoy en día en parte desplazada a la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual (LOGILS).

---

<sup>5</sup> NIETO ROJAS, P., «El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, Número Extraordinario. Tormenta de Reformas, 2023, fecha de consulta en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/7934>.

### 2.1. Los protocolos de actuación como medidas específicas para combatir el acoso

Efectivamente, el art. 48 LOIEMH, en su redacción original, además de obligar al empresario a “*promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo*”, determinaba dos clases de medidas.

Las primeras tienen carácter formativo e informativo y quedan referidas a la posibilidad empresarial de negociar con los representantes de los trabajadores “*la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación*”, referidas en el apartado 1 del precepto; y la obligación para estos últimos de contribuir a prevenir el acoso mediante “*la sensibilización de los trabajadores*”, en relación con las obligaciones de los representantes de los trabajadores mencionadas en el apartado 2.

Las segundas, que son las que nos importan a efectos de este estudio, conllevaban la obligación de la empresa de implantar protocolos de acoso sexual, es decir, medidas “*para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto del mismo*”. En relación con estos procedimientos el art. 48.2 LOIEMH sentaba el deber de los representantes de informar “*a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo*”.

Este precepto, en la actualidad, ha cambiado su redacción. La DA 10<sup>a</sup>.3 de la LOGILS, por un lado, ha actualizado las obligaciones de las empresas y los representantes de los trabajadores al sentir de dicha norma, de manera que los primeros “*deberán promover condiciones de trabajo que eviten la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, incidiendo especialmente en el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital*”; y los segundos “*deberán contribuir a prevenir la comisión de delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo, con especial atención al acoso sexual y el acoso por razón de sexo, incluidos los cometidos en el ámbito digital, mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo*”.

Por otro lado, ha eliminado del precepto la obligación empresarial de implantar canales internos de denuncia, lo que no significa que haya desaparecido, pues esta se incluye ahora en el art. 12.1 LOGILS, el cual dentro de las medidas para prevenir y sensibilizar frente a los delitos y otras conductas contra la libertad sexual y la integridad moral en el ámbito de la empresa obliga a “*arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido víctimas de estas conductas, incluyendo específicamente las sufridas en el ámbito digital*”.

Como consecuencia de esta obligación, fueron asentándose en el tejido empresarial este tipo de protocolos, más o menos desarrollados y, desde luego no todos con la misma eficacia en cuanto a su cometido. El diseño, publicación e implantación de un protocolo de actuación contra la violencia en el trabajo genera seguridad, entre el personal de la empresa, una adecuada protección y respaldo empresarial en el caso de ser víctima de dicha actuación. Como referencia de contenido cabría considerar como modelo válido el protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo elaborado

por Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer<sup>6</sup> o aquellos establecidos siguiendo las guías y manuales de organismos oficiales como la versión actualizada del año 2023 del Protocolo para la prevención y actuación frente al acoso sexual, el acoso por razón de sexo y otras conductas contrarias a la libertad sexual y la integridad moral el Ministerio de Igualdad, cuya última versión data de 2023<sup>7</sup>.

### 2.1.1. Procedimiento de implantación del protocolo

Tanto el art. 48.1 LOIEMH, en su redacción original, como el art. 12.1 de la LOGILS configuran estos canales de denuncias como una obligación empresarial.

Sin embargo, el art. 48.1 LOIEMH y el art. 12.2 LOGILS determinan que las medidas tendentes a promover condiciones de trabajo que eviten estas conductas que puedan establecer las empresas deberán ser negociadas con los representantes de los trabajadores. Es decir, para cumplir con la obligación impuesta, la empresa puede facultativamente adoptar distintas medidas, pero su implantación deberá ser necesariamente negociada. De esta manera, se atribuye un papel decisivo a la representación de los trabajadores para lograr un ambiente de trabajo exento de estas conductas, pero sin llegar a convertirla en un obstáculo para la implantación de las medidas empresariales<sup>8</sup>.

En relación con el procedimiento de denuncias, la LOIEMH enfatizaba que se trata de una obligación empresarial y, de esta manera, no lo incluía, ni lo incluye tras la reformas entre las medidas mencionadas que requieren negociación, como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o las acciones de formación, lo que no impedía, obviamente, que se negociara con la representación de los trabajadores. En cambio, en la actualidad el art. 12.2 LOGILS sí incluye los protocolos de actuación entre estas medidas, por lo que se impone su negociación con la representación legal de los trabajadores, sin que menoscabe la responsabilidad empresarial de implantarlos, salvo que se entienda que el procedimiento de denuncias y el protocolo de actuación al que aluden los apartados 1 y 2 del art. 12 LOGILS sean distintos<sup>9</sup>.

### 2.1.2. Conductas objeto de protección

---

<sup>6</sup> Este protocolo fue actualizado en 2017 de acuerdo con la propuesta de un grupo de trabajo de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea y las sugerencias y aportaciones de Emakunde y de Osalan Instituto Vasco de seguridad y Salud Laboral. Al respecto LÓPEZ RUBIA, M. E., «La actualización del protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo de EMAKUNDE-Instituto Vasco de la mujer», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 416, 2017. La última versión está disponible en [https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones\\_guias2/es\\_emakunde/adjuntos/protocolo\\_acoso\\_sexual\\_y\\_por\\_razonsexo\\_es.pdf](https://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_guias2/es_emakunde/adjuntos/protocolo_acoso_sexual_y_por_razonsexo_es.pdf).

<sup>7</sup> Disponible en: [https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/acoso-sexual/docs/Protocolo\\_Acoso\\_Sexual\\_Por\\_Razon\\_Sexo\\_2023.pdf](https://www.igualdadenaempresa.es/asesoramiento/acoso-sexual/docs/Protocolo_Acoso_Sexual_Por_Razon_Sexo_2023.pdf)

<sup>8</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas», *Relaciones Laborales*, 8, 2007.

<sup>9</sup> ÁLVAREZ CUESTA, H., «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 166, 2023, p. 17.

En un principio, de acuerdo con los dictados de la LOIEMH estos protocolos sólo eran obligatorios en relación con el acoso sexual o por razón de sexo, por lo que la inclusión de otros tipos de acoso, como el genérico acoso laboral o *mobbing*, resultaba potestativo para la empresa. Debe señalarse, que entre los especialistas en poner en marcha estos protocolos podían oírse opiniones negativas a la integración del acoso laboral en este procedimiento, aconsejando que se tramitaran las denuncias en dos procedimientos diferentes.

Ahora bien, tras la reforma operada por la LOGILS, parece claro que se ha ampliado el ámbito objetivo. Efectivamente, la referencia a las conductas delictivas remite, por un lado, a todo el abanico de tipos delictivos contra la libertad sexual contenidos en el Título VIII CP Código Penal y, específicamente, el referido al acoso sexual del art. 184 CP; y, por otro lado, al delito de acoso laboral o por acoso por razón de sexo u otros acosos discriminatorios como conductas degradantes que afectan a la integridad moral tipificadas en el art. 173.1 CP<sup>10</sup>. Por otra parte, la referencia a otras conductas relacionadas con la libertad sexual y el trato degradante amplía el ámbito objetivo de estos canales a los comportamientos relacionados con estas que no sean constitutivos de delito<sup>11</sup>. Así pues, parece que, tras esta norma, se ha instaurado una vía de denuncia del acoso laboral que hasta ahora no se recogía de forma expresa y que va a requerir que se modifiquen los protocolos existentes para atender estos nuevos supuestos protegidos.

### 2.1.3. Ámbito subjetivo

En relación con el ámbito subjetivo al que quiero referirme en este trabajo pueden distinguirse diversos aspectos.

Por un lado, se debe aludir a los sujetos protegidos frente a estos comportamientos o, por decirlo de otra manera, quienes pueden ser las víctimas de las conductas que pueden denunciarse en estos procedimientos. Ahora bien, la delimitación de este ámbito implica introducir en la ecuación un elemento objetivo, en referencia al contexto en el que se produce, el trabajo, y su concepción más o menos amplia.

En este sentido, la LOIEMH era y es muy ambigua al respecto. No identifica en ningún momento a las posibles víctimas. De forma genérica, se obliga al empresario a establecer condiciones de trabajo que eviten estos comportamientos, por lo que, en sentido estricto, limitaría el ámbito de aplicación a la relación laboral directa.

Sin embargo, entiendo que debe desecharse esta concepción restrictiva. Efectivamente, desde las distintas instancias judiciales encargadas de resolver estos conflictos se ha ido configurando un ámbito de aplicación mucho más amplio, tanto en relación con

<sup>10</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La tutela administrativa y penal frente a la violencia y el acoso en el trabajo», cit., p. 460 y ss.

<sup>11</sup> La doctrina, ante la indeterminación del precepto, ha recogido con ciertas dudas esta ampliación, haciéndose eco del Dictamen 4/2020 del Consejo Económico y Social, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía de la libertad sexual. Al respecto ÁLVAREZ CUESTA, H., «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», cit., p. 16.

los sujetos protegidos como en relación con el marco espacio temporal en que se produce la conducta, calificando el acoso en el trabajo por su conexión con el trabajo, de manera que, aunque los comportamientos tengan lugar fuera del lugar y del horario de trabajo, la conducta sólo será extralaboral cuando sea ajena al trabajo<sup>12</sup>.

La LOGILS que, como se ha mencionado, ha modificado el art. 48 LOIEMH para adecuarlo a sus postulados, parece haber avanzado en esta dirección. Efectivamente, por un lado, en el art. 12.2 párrafo segundo considera como posibles sujetos de las medidas para promover condiciones de trabajo que eviten estos comportamientos a “*la plantilla total de la empresa cualquiera que sea la forma de contratación laboral, incluidas las personas con contratos fijos discontinuos, con contratos de duración determinada y con contratos en prácticas. También podrán beneficiarse las becarias y el voluntariado. Asimismo, podrán beneficiarse de las anteriores medidas aquellas personas que presten sus servicios a través de contratos de puesta a disposición*”. Pese a ello, la norma ha dejado de mencionar a otras personas que pueden ser víctimas o, incluso, sujetos activos de violencia y acoso, como quienes desarrollan su actividad en el centro, aunque desarrollen su prestación para otra empresa (personal de contratadas y subcontratadas, de empresas proveedoras y de mantenimiento, comerciales, trabajadores autónomos...)<sup>13</sup>. En este sentido, muchos protocolos de actuación incluyen en su ámbito de aplicación, no sólo al personal de la empresa, sino al de otras organizaciones cuando prestan servicios en la empresa (contratadas, subcontratadas y personal cedido por ETT), con referencia, en estos casos, a la necesidad de coordinar las obligaciones de prevención de riesgos laborales (art. 24 LPRL)<sup>14</sup>.

Por otro lado, la LOGILS se refiere expresamente al acoso digital o ciberacoso, que no deja de ser supuesto de violencia y acoso atípico por el medio a través del que se realiza y la relativización de ciertos elementos del acoso laboral arquetípico, en especial los relativos a los contornos o fronteras espacio-temporales, posibilitando además la intervención de personas ajenas a la empresa, así como que los dispositivos o medios usados para perpetrarlo sean de titularidad privada o que los contenidos se refieran incluso a aspectos personales ajenos al trabajo<sup>15</sup>.

En realidad, podemos entender que sí existía una previsión normativa al respecto, puesto que el ámbito de protección del empresario, en buena lógica jurídica, ha de ser coincidente con el que delimita su posible responsabilidad por estas conductas y, en este sentido, hay que traer a colación el art. 8.13 LISOS que tipifica como infracción empre-

---

<sup>12</sup> STSJ Andalucía-Sevilla, de 19 de enero de 2010, Rec. 1675/2009; STSJ Andalucía-Sevilla de 24 de junio de 2019, Rec. 127/2019; STSJ Aragón de 10 de octubre de 2019, Rec. 473/2019. Sobre esta delimitación judicial M. E. López Rubia, «Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo tras las novedades normativas de 2022», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco (eds.) Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 488 y ss.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 493-494.

<sup>14</sup> LÓPEZ RUBIA, M. E., «La actualización del protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo de EMAKUNDE-Instituto Vasco de la mujer», cit., p. 152; NIETO ROJAS, P., «Salud Laboral, prevención frente al acoso, violencia de género y lenguaje inclusivo», en María Luisa Molero marañón, Patricia Nieto Rojas (eds.) *Análisis de los acuerdos de los planes de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Justicia Social, Madrid, p. 408 y ss.

<sup>15</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, cit., p. 68 y ss.

sarial “*el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo de la misma*”, por lo que la responsabilidad nace también de las conductas ilícitas que se producen más allá de los márgenes espaciales y temporales de la relación de trabajo y puede tener como sujetos pasivos a otras personas que están presentes en ese ámbito, de manera que lo crucial es la existencia de una conexión entre dicha conducta y la relación laboral<sup>16</sup>. Este es, por otra parte, el sentir del Convenio 190 OIT que en su art. 2 extiende la protección “*a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo*”, lo que incluye a los trabajadores asalariados, las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador; y es su art. 3 extiende su aplicación a las conductas que se producen “*en el mundo del trabajo que ocurren durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo*”<sup>17</sup>. Esta manera de delimitar el lugar en el que puede producirse el acoso está presente ya en algún protocolo de actuación como señalan los estudios que analizan su contenido<sup>18</sup>.

Por otro lado, en relación con el ámbito subjetivo, hay que hacer referencia a las personas que pueden presentar una denuncia. En este sentido, debe señalarse que, aunque nada diga la norma, parece obvio que todas las personas que tienen la consideración potencial de víctimas tendrían que poder denunciar y activar estos protocolos.

Además de las víctimas, la propia LOIEMH, en este caso expresamente, atribuye a los representantes de los trabajadores el deber de denunciar estas conductas ante la empresa (art. 48.2 LOIEMH). En algún momento se vino a defender que los representantes requerían el consentimiento de las víctimas para poder denunciar, dado el carácter personalísimo con que la norma dota a las denuncias judiciales de acoso sexual<sup>19</sup>. Por el contrario, a mi juicio, debe tenerse en cuenta que la empresa debe tener conocimiento de las conductas para desplegar adecuadamente las medidas de protección y que de su actuación se desprende el grado de responsabilidad en las mismas; y que la difícil situación que viven las víctimas de acoso puede llevarlas a no denunciar, por miedo a represalias o a ser victimizadas, por lo que la obligación de los representantes de denunciar no cabe ser atemperada por el hecho de que la víctima no haya denunciado en atención

<sup>16</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La tutela administrativa y penal frente a la violencia y el acoso en el trabajo», cit., p. 451.

<sup>17</sup> En este sentido el precepto se refiere a) en el lugar de trabajo, inclusive en los espacios públicos y privados cuando son un lugar de trabajo; b) los lugares donde se paga al trabajador, donde éste toma su descanso o donde come, o en los que utiliza instalaciones sanitarias o de aseo y en los vestuarios; c) los desplazamientos, viajes, eventos o actividades sociales o de formación relacionados con el trabajo; d) en el marco de las comunicaciones que estén relacionadas con el trabajo, incluidas las realizadas por medio de tecnologías de la información y de la comunicación; e) en el alojamiento proporcionado por el empleador, y f) en los trayectos entre el domicilio y el lugar de trabajo.

<sup>18</sup> NIETO ROJAS, P., «Salud Laboral, prevención frente al acoso, violencia de género y lenguaje inclusivo», cit., p. 406.

<sup>19</sup> VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: Riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, 17, 2006, pp. 69-70.

a los intereses en juego<sup>20</sup>. Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente la STSJ Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de julio de 2024, Rec. 462/2024, que distingue entre la necesaria confidencialidad del procedimiento para no revictimizar a quien ha sufrido el comportamiento de acoso y la necesidad de consentimiento de la víctima para iniciarlo, amparando que se pueda poner en marcha por propia iniciativa ante indicios o denuncias de otras personas para poder atender a sus obligaciones en esta materia.

De hecho, la extensión subjetiva debería alcanzar, como así se establece en ciertos protocolos, a cualquier otro sujeto-trabajador que tenga conocimiento de la situación<sup>21</sup>.

Finalmente, relacionado con este último supuesto, debe traerse a colación que, hasta hace bien poco, existía una tendencia a vedar las denuncias anónimas. En este sentido, la Guía para la prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo en el ámbito laboral, elaborada por el Instituto de las Mujeres, dependiente del Ministerio de Igualdad, que ha servido de base para la elaboración de numerosos protocolos empresariales, hasta la actualización de 2021, señalaba que “*las denuncias no podrán ser anónimas y las podrá presentar la persona que se sienta acosada o quien tenga conocimiento de esta situación. (...)*”.

Esta “prohibición” de las denuncias anónimas venía dada por la interpretación que la Agencia Española de Protección de Datos mantenía en relación la regulación vigente en materia de protección de datos, posicionándose, incluso, en contra de los informes que emitían organismos como Grupo de Trabajo 29, órgano independiente encargado de clarificar y determinar los criterios de aplicación en materia de cuestiones relacionadas con la protección de la privacidad y los datos personales hasta el 25 de mayo de 2018 en que entró en vigor el Reglamento General de Protección de Datos. Para acabar con este conflicto el art. 24 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales estableció la posibilidad de establecer denuncias anónimas en los sistemas de información en entidades de Derecho privado. La admisión de denuncias anónimas se acabó por confirmar por la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (LRPI), a la que se alude más adelante, en relación con el sistema interno de denuncias que las empresas deben de implantar para tramitar denuncias sobre estas y otras materias. Esta norma, al incorporar el contenido de la Directiva 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del derecho de la Unión de la que trae causa, ha optado por admitir este tipo de denuncias, pese a que la directiva comunitaria permite a los Estados miembros decidir si las entidades jurídicas obligadas deben integrarlas en los sistemas de información, por lo que seguramente los protocolos no deberían de prohibir este tipo de denuncias.

Uno de los aspectos más importantes de este tipo de protocolos es la protección de las personas, normalmente las víctimas, que los utilicen para denunciar estos compor-

---

<sup>20</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscales y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, cit., p. 67.

<sup>21</sup> Ver los ejemplos facilitados en NIETO ROJAS, P., «Salud Laboral, prevención frente al acoso, violencia de género y lenguaje inclusivo», cit., p. 409 y ss., en relación con supuestos de subcontratación.

tamientos y, en este sentido, los protocolos deben establecer medidas cautelares mientras se tramita el procedimiento, garantizar su intimidad y evitar injerencias empresariales en forma de represalia, pese a lo cual un número importante de ellos ni incorporan, ni desarrollan este tipo de garantías.

Esta deficiencia se ve en parte compensada por la genérica garantía de indemnidad en el plano laboral, como garantía constitucional ligada al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por la que se protege a los trabajadores frente a las represalias derivadas del derecho de ejercer acciones judiciales, pero también frente a otras necesarias o preparatorias de éstas para la defensa de sus derechos laborales (sean o no fundamentales).

Como es sabido, esta garantía no se recoge expresamente en la Constitución. Se trata de un derecho de construcción judicial en el seno del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que se ha ido perfilando a partir de la STC 7/1993, de 18 de enero y de la STC 14/1993, de 18 de enero, dictadas con ocasión de la prohibición de represalias contenida en el art. 5.c del Convenio OIT n. 158, de 22 de junio 1982, que entiende que no constituye causa justificada de despido “*presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes*”. En la actualidad esta garantía de indemnidad laboral ha tenido un reconocimiento expreso en la LO 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que desarrolla el derecho de defensa reconocido en el art. 24 CE como un derecho fundamental indisponible (art. 1). En concreto el art. 12.3 establece que “*las personas trabajadoras tienen derecho a la indemnidad frente a las consecuencias desfavorables que pudieran sufrir por la realización de cualquier actuación conducente al ejercicio de sus derechos de defensa*”

Además, en relación con las situaciones de violencia y acoso, esta garantía de indemnidad tiene un cierto reconocimiento formal en la normativa laboral. El art. 17.1 ET considera nulos los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de, entre otros motivos, el sexo, la orientación e identidad sexual, la expresión de género y las características sexuales y, en el párrafo segundo y ya de forma más específica con lo que aquí se plantea, la nulidad de “*las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación*”.

De esta manera, en tanto que el acoso por razón de sexo y el acoso sexual se consideran actos discriminatorios, los actos empresariales de acoso se considerarán nulos y sin efecto, así como las posibles represalias empresariales originadas por el uso de estos protocolos de denuncia, al margen de que el sujeto acosador sea el empresario o un tercero distinto. Por lo demás, esta forma de represalia supone una infracción muy grave sancionable en función de las circunstancias con una multa, entre 7.501 y 225.018 euros (art. 8.12 y 40.1.c LISOS).

## 2.2. Los protocolos de actuación como parte de los planes de igualdad empresariales

La segunda previsión normativa relativa a los protocolos de acoso la encontramos también en la LOIEMH en relación con los planes de igualdad. El art. 45.2 LOIEMH, en su redacción actual, establece que las empresas de más de 50 trabajadores deberán negociar, elaborar y aplicar un plan de igualdad; y el art. 46.2 LOIEMH, determina que la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo debe incluirse entre las materias objeto de diagnóstico, con carácter previo a la elaboración de dicho plan<sup>22</sup>, por lo que se consideran una herramienta indispensable para obtener una foto de la situación de partida en materia de igualdad.

De acuerdo con el art. 46.2 LOIEMH y el art. 5.1 1 RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, este diagnóstico previo y los planes de igualdad deberán ser negociados con la representación legal de las personas trabajadoras. De hecho, la LOIEMH introdujo el deber de negociar medidas para la igualdad de trato entre mujeres y hombres o en su caso planes de igualdad como contenido mínimo de los convenios colectivos, articulándose el deber de negociar planes de igualdad en el convenio colectivo de empresa o a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los convenios colectivos de ámbito superior (art. 85.1 y 2 ET).

A tal efecto, el mencionado art. 5 RD 901/2020 establece un procedimiento de negociación específico mediante la constitución de una comisión negociadora, inspirada en la que se establece en el art. 41 ET para llevar a cabo el periodo de consultas previo a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, con reglas que determinan cómo se conforma la comisión, incluso cuando la empresa no tiene representación (caso de empresas muy pequeñas que decidan implantar un plan voluntariamente o se vean compelidas a ello por la negociación colectiva o cuando en el marco de un procedimiento sancionador se decida sustituir la sanción accesoria por la implantación de un plan de igualdad), si bien, a diferencia del procedimiento establecido en el art. 41 ET, se excluye la posibilidad de formar una comisión *ad hoc* elegida por los trabajadores. En cualquier caso, por mucho que se imponga un deber de negociar de buena fe y se posibilite acudir a vías de solución de conflictos para avanzar en la negociación y lograr un acuerdo, si, finalmente, no se alcanza un pacto deberá ser la empresa quien realice el diagnóstico y el plan de igualdad, sin menoscabo de probar que previamente se han agotado, como había señalado la STS de 9 de mayo de 2017, Rec. 85/2016 y reitera la STS de 11 de abril de 2024, Rec. 123/2023, los medios de solución autónoma de las desavenencias en la negociación<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> El art. 46 LOIEMH en su redacción originaria determinaba como posible contenido de los planes de igualdad la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, por lo que se dejaba a la libertad de las partes incluir estas previsiones.

<sup>23</sup> NIETO ROJAS, P., «La negociación de los planes de igualdad en las empresas. Marco normativo de referencia», en María Luisa Molero Marañón, Patricia Nieto Rojas (eds.) *Análisis de los acuerdos de los planes de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Justicia Social, Madrid, 2024, p. 27.

El diagnóstico previo, en atención al art. 7.1 RD 901/2020, “*permitirá obtener la información precisa para diseñar y establecer las medidas evaluables que deben adoptarse, la prioridad en su aplicación y los criterios necesarios para evaluar su cumplimiento*”; y debe referirse, junto con otras materias señaladas en el precepto, a la prevención y del acoso sexual y por razón de sexo.

El apartado 7 del anexo RD 901/2020 explicita cual es el contenido del diagnóstico en esta materia: “*realizar una descripción de los procedimientos y/o medidas de sensibilización, prevención, detección y actuación contra del acoso sexual y al acoso por razón de sexo, así como de la accesibilidad de los mismos*”.

Tratándose de un diagnóstico, la obligación final de incorporar medidas en esta materia en el plan de igualdad dependerá de los resultados que se obtengan. Así se deduce tanto del art. 8.2, como del apartado 7 *in fine* del anexo RD 901/2020 cuando señalan que el plan de igualdad “*contendrá las medidas que resulten necesarias en virtud de los resultados del diagnóstico*”, si bien se pueden incorporar otras materias entre las que se menciona expresamente la violencia de género.

En consecuencia, especialmente cuando se verifique que se han dado situaciones de acoso sexual y por razón de sexo, habrá que actuar sobre los elementos que hayan fallado o que no se hayan establecido.

De esta manera, la realización de las medidas de información, formación y sensibilización que contempla el art. 48.1 y 2 LOIEMH pueden pasar a formar parte del plan de igualdad si no se han realizado o requieren reforzarse. Lo mismo ocurre con las medidas preventivas y de detección de estas conductas, aunque hay que tener en cuenta que la prevención deberá implementarse igualmente por efecto del deber de seguridad que impone a la empresa la LPRL. De hecho, como se ha señalado, pese a que responden a finalidades distintas, las medidas preventivas a integrar en el plan de igualdad pueden proceder de la evaluación y planificación de los riesgos psicosociales, sin que a ello obste el hecho de que la prevención en el plan de igualdad deba ser negociada, a diferencia de la que se deriva de la evaluación de riesgos; o que tengan ámbitos de aplicación distintos: puesto de trabajo en la evaluación de riesgos y la empresa en el plan de igualdad<sup>24</sup>.

Finalmente, por lo que a este estudio afecta, en los casos en que no exista un procedimiento de denuncias, o cuando no se haya utilizado o haya resultado ineficaz, su implementación en la empresa se incluirá en el contenido de la negociación del plan de igualdad conforme al art. 46.2 LOIEMH. Así lo señala también el apartado 7 anexo RD 901/2020, aunque no debe perderse de vista que la adopción del plan de actuación, como ya se ha señalado, es una obligación para todas las empresas y no sólo para las requeridas por la ley a realizar un plan de igualdad; y que la obligación de negociarlo no exime la de implantarlo en caso de no llegar a un acuerdo.

Hay que subrayar que el Apartado 7 anexo RD 901/2020, como otras normas ya mencionadas, presta especial atención a los procedimientos de actuación para los cuales

---

<sup>24</sup> LÓPEZ RUBIA, E., «Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo», en Sonia Isabel Pedrosa Alquézar, Elisa Sierra Hernáiz, Ruth Vallejo Dacosta (eds.) *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas: cuestiones claves*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 602-603.

establece unos requisitos mínimos y unos principios a los cuales deben responder, lo que permite objetivar los resultados del diagnóstico.

Así, se señala que los procedimientos de actuación deberán contemplar en todo caso:

- a) Declaración de principios, definición de acoso sexual y por razón de sexo e identificación de conductas que pudieran ser constitutivas de acoso.
- b) Procedimiento de actuación frente al acoso para dar cauce a las quejas o denuncias que pudieran producirse, y medidas cautelares y/o correctivas aplicables.
- c) Identificación de las medidas reactivas frente al acoso y en su caso, el régimen disciplinario.

Y que, además, responderán a los siguientes principios:

- a) Prevención y sensibilización del acoso sexual y por razón de sexo. Información y accesibilidad de los procedimientos y medidas.
- b) Confidencialidad y respeto a la intimidad y dignidad de las personas afectadas.
- c) Respeto al principio de presunción de inocencia de la supuesta persona acosadora.
- d) Prohibición de represalias de la supuesta víctima o personas que apoyen la denuncia o denuncien supuestos de acoso sexual y por razón de sexo.
- e) Diligencia y celeridad del procedimiento.
- f) *Garantía de los derechos laborales y de protección social de las víctimas.*

Respecto a estos principios se ha de resaltar que, por un lado, no se delimita el ámbito subjetivo, pero hay que entender que coincide con el que se ha señalado en el epígrafe anterior; y que, por otro lado, se impone una específica garantía de indemnidad, mediante la prohibición de las represalias que pudieran darse como consecuencia de la presentación de denuncias.

### **3. Canales de denuncias relacionados con la actividad delictiva de las organizaciones empresariales**

El desarrollo de canales de denuncia relacionados con la actividad delictiva de las organizaciones empresariales surge como una necesidad ineludible para garantizar la transparencia, la responsabilidad y el cumplimiento normativo en el ámbito laboral. Estas herramientas no solo buscan prevenir y detectar conductas ilícitas dentro de las empresas, sino que también pretenden proteger a las personas trabajadoras y otros agentes implicados frente a posibles represalias. Existen, como se expone a continuación, dos modelos y, en la actualidad, ambos tienen también como objeto informar sobre algunas conductas de violencia y acoso.

### 3.1. *El compliance empresarial*

Efectivamente, otra vía normativa que incide en los protocolos empresariales de violencia y acoso viene dada por el denominado *compliance* penal que integran las organizaciones empresariales como vía de exoneración de responsabilidades delictivas. Efectivamente, desde la instauración, en nuestro ordenamiento jurídico, de la responsabilidad penal de personas jurídicas, introducida en el art. 31 bis del Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio y consolidada por la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social; y por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, se desarrollaron sistemas de control internos en la empresa para dar cumplimiento a la legislación penal y eludir la responsabilidad penal en caso de comisión de delitos, lo que implica crear un procedimiento interno para que puedan denunciarse estas conductas ilícitas e investigarse eficazmente<sup>25</sup>.

Pues bien, la ya referida LOGILS ha ampliado los delitos que dan lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica, incluyendo los tipificados en el art. 173 y 184 CP, que permiten perseguir penalmente las conductas de acoso, en cualquiera de sus modalidades, en el ámbito laboral. De esta manera, todas las empresas que se organicen como personas jurídicas van a estar interesadas en contar que estos sistemas de denuncias se adecuen a los postulados del art. 31 bis 4 y 5 CP.

Hay que tener en cuenta, que en estos procedimientos de *compliance* se requiere un elenco de sujetos legitimados bastante amplio, así como el establecimiento de garantías frente a posibles represalias contra el denunciante, pues en otro caso no pueden considerarse adecuados a los efectos de eludir la responsabilidad penal.

### 3.2. *Los sistemas internos de información de la Ley 2/2023*

Los procedimientos aludidos en el epígrafe anterior pueden considerarse el antecedente inmediato de los canales internos de denuncias que ha venido a instaurar la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción a fin de transponer la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (LRPI).

---

<sup>25</sup> Realmente, es a partir de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 cuando se prevé expresamente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda exonerarse si estas adoptan determinadas medidas, entre las que se entienden comprendidos los canales de denuncia. Sin embargo, desde la introducción de la responsabilidad penal en 2010, ya se venía entendiendo que la imputación de responsabilidad a las personas jurídicas que no hubieran ejercido el “debido control” sobre las personas físicas era el resultado de la voluntad del legislador de eximir a aquellas personas jurídicas que sí hubieran ejercido dicho control RAGUÉS I VALLÉS, R., «El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva», *La Ley compliance penal*, 1, 2020.

El objeto de la LRPI, a la que se acaba de aludir es proteger frente a posibles represalias a quienes informen sobre ciertas infracciones del derecho, con el fin, precisamente, de denunciar este tipo de actuaciones. Pues bien, esta norma tiene importantes consecuencias laborales en materia de protocolos empresariales de denuncia. Con carácter general, desde el 13 junio de 2023 las empresas de más de 50 trabajadores, y desde el 1 de diciembre de 2023 las de más de 250 trabajadores, deben de contar con un sistema interno que posibilite tramitar las informaciones que los trabajadores y otros sujetos tengan sobre actividades delictivas e ilícitas de la empresa en determinadas materias.

### 3.2.1. Procedimiento de implantación

Con carácter general, la LRPI determina que las personas físicas o jurídicas del sector privado con 50 o más trabajadores deberán disponer de un sistema interno de denuncias (art. 10.1.a). Junto a estas, ciertas organizaciones con actividades sensibles a la comisión de ciertas actividades delictivas deberán disponer de un Sistema interno de información específico independientemente de su dimensión personal (art. 10.1.b). En la misma situación se encuentran los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales y las fundaciones vinculadas a ellos, siempre que reciban o gestionen fondos públicos (art. 10.1.c) Además, se permite que las personas jurídicas que no estén obligadas por no alcanzar el número de trabajadores determinado puedan adoptarlo voluntariamente (art- 10.2). El porqué de obligar sólo a las empresas de 50 o más trabajadores se explica por la doctrina, en una cuestión que más tarde retomaré, por el hecho de que en la mediana y pequeña empresa su utilidad queda en entredicho, ya que “los trabajadores suelen tener acceso directo a los órganos de dirección, apenas hay dispersión geográfica y medidas protectoras como la garantía de anonimato o confidencialidad no tienen demasiado sentido”<sup>26</sup>.

Respecto del procedimiento que las organizaciones empresariales deben seguir para implantar estos sistemas de denuncias el art. 5.1 LRPI requiere “una previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras”. No indica el precepto si el sistema interno de denuncias debe ser negociado, bastando, en principio, con que se consulte a la representación de los trabajadores con el fin de recabar su opinión, lo que no impide, desde luego, que se negocie y se implante conforme al pacto alcanzado en estas consultas<sup>27</sup>.

### 3.2.2. Conductas objeto de protección

La norma, al igual que la Directiva, tiene como principal objeto luchar contra la corrupción, el blanqueo de capitales, la financiación del terrorismo, la protección del medio

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 4/20.

<sup>27</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 63.

ambiente, la protección frente a las radiaciones y la seguridad nuclear, la seguridad alimentaria, la sanidad y bienestar de los animales, la salud pública, la protección de los consumidores; la protección de la privacidad y de los datos personales; y la seguridad de las redes y los sistemas de información, mediante la posibilidad de denunciar infracciones por parte de las empresas de la normativa comunitaria e interna relacionada. Aunque la delimitación de este ámbito objetivo es ciertamente complicada<sup>28</sup>, mayoritariamente son materias sobre las que los trabajadores pueden tener conocimiento, de ahí que se trate de sujetos idóneos para ejercer de informantes<sup>29</sup>.

Pero, además de estas materias, la LRPI, haciendo uso de la prerrogativa para ampliar el ámbito material de aplicación, ha incorporado en el art. 2.1.b las “*acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave*”, lo que incluye, por una parte los delitos de acoso en la empresa y el resto de los delitos relativos a la libertad sexual en la empresa (arts. 173.1 y 178 y ss. CP); y por otra parte, las infracciones administrativas muy graves relativas a la violencia y el acoso en el trabajo, esto es, la infracción por acoso sexual (art. 8.13 LISOS), la infracción por acosos discriminatorios (art. 8.13 bis LISOS), el acoso moral y otros actos empresariales contrarios al respeto a la intimidad y a la consideración debida a la dignidad de los trabajadores (art. 8.11 LISOS); y las decisiones empresariales que impliquen una discriminación y las represalias empresariales como reacción a una reclamación efectuada en la empresa o ante instancias administrativas y judiciales destinadas a exigir el principio de igualdad de trato y no discriminación (art. 8.12 LISOS), y algunas de menos entidad, pero igualmente graves como el acoso ambiental que se integraría en el art. 7.10 LISOS, en referencia a los actos y omisiones contrarios a los derechos reconocidos en el art. 4 ET, lo que incluye el derecho a no ser discriminado y el derecho a la integridad física, salvo que merezca la calificación de muy grave.

Sin embargo, para parte de la doctrina<sup>30</sup> estas infracciones administrativas no serían denunciabiles por esta vía por formar parte de la exclusión prevista en el art. 35.2.b LRPI que excluye de protección a las personas que comuniquen “*informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación*”. En primer lugar, hay que señalar que lo que en la norma española se recoge como una alternativa en el Considerando 22 de la Directiva (UE) 2019/1937 configura una única excepción, siendo esta la interpretación que debe prevalecer<sup>31</sup>, so pena de entender excluidos algunos supuestos

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 66 y ss.

<sup>29</sup> PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral», *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, Número Extraordinario. Tormenta de Reformas, 2023, p. 36.

<sup>30</sup> PIQUERAS GARCÍA, J., «La garantía de indemnidad a la luz de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, 2, 2023, pp. 14 y 30 y ss.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, 63, 2023, p. 11/28.

de acoso laboral que afectaran únicamente al denunciante y a otro trabajador<sup>32</sup>. En segundo lugar, la noción de conflicto interpersonal actúa como linde entre las conductas sin relevancia en el orden sancionador y las que son perseguibles en el ámbito privado o público. Sin embargo, los diversos supuestos de acoso trascienden este conflicto entre dos personas y conforman una violación de derechos fundamentales que podrá ser denunciada por esta vía<sup>33</sup>. Este ha sido el criterio seguido por la ya mencionada STSJ Canarias-Las Palmas de Gran Canaria, de 18 de julio de 2024, Rec. 462/2024, que determina que “*debe destacarse que la nueva Ley 2/2023 de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, extiende su ámbito de aplicación más allá de la protección de las personas físicas que informen sobre infracciones penales, pues su art.2.1b ) de la norma incluye las «acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción administrativa grave o muy grave»*”, lo que incluye las actuaciones de acoso, consideradas «infracciones graves» de acuerdo con el art. 8.13 bis de la LISOS, máxime cuando el acoso puede afectar a otras personas de la plantilla. Y, además, en el caso que nos ocupa, el impulso del protocolo de acoso no se hace a instancias de la trabajadora, que nunca presentó denuncia a estos efectos, sino a través de miembros del Comité y delegados de prevención, así como por parte de la jefa de Servicios (...), en calidad de informante, lo que dejaría fuera la exclusión prevista en el art. 35.2 b) de la Ley 2/2023”.

### 3.2.3. Ámbito subjetivo

En relación con las potenciales víctimas de la violencia y acoso denunciado por esta vía hay que remitirse necesariamente a las sanciones administrativas y delitos que configuran el objeto de la información a efectos de estos protocolos. Ya se ha señalado el empresario es responsable administrativamente cuando la conducta se produce en su ámbito de dirección y control, lo que permite incluir comportamientos que no se dan en el binomio lugar y tiempo de trabajo e incluir a sujetos que no están ligados al empresario por una relación laboral directa. Sin embargo, penalmente, seguramente nos encontramos con un ámbito más restringido. El art. 173.1 CP considera sujeto activo del delito a quien inflige un grave acoso contra otro en el ámbito de cualquier relación laboral prevaliéndose de su realización de su relación de superioridad. Parece por tanto que ha de existir una relación laboral directa y una superioridad jerárquica entre los sujetos. Obviamente, el entendimiento de la relación de superioridad con otros parámetros distintos al jerárquico-formal, incluyendo la superioridad fáctica, circunstancial o contextual<sup>34</sup> delimita un ámbito de aplicación más amplio que llevaría a incluir a sujetos no necesariamente ligados por una relación laboral

<sup>32</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 74.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 75; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; S. DEL REY GUANTER, «Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 264, 2023.

<sup>34</sup> En la doctrina penal defiende esta interpretación BUSTOS RUBIO, M., «El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal», *Revista de derecho penal y criminología*, vol. 1, 1, 2013, p. 41.

directa. En el art. 184.1 CP que regula el tipo delictivo básico de acoso sexual se utiliza de nuevo como contexto “el ámbito de una relación laboral”, aunque la manera de describir al sujeto activo como quien solicitare para sí o para un tercero favores de naturaleza sexual permite entender que se incluyen conductas entre sujetos que trascienden la relación laboral directa siempre que se produzcan en un ámbito laboral, es decir que no se trata de conductas privadas sin nexo con la relación laboral. De hecho, se incluyen también las prestaciones de servicios, lo que permite incluir posibles acosos en los que uno de los sujetos es un trabajador autónomo presente en la empresa. Lo importante es que se produzca una convivencia que genere una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, que es otro elemento que determina la figura delictiva<sup>35</sup>

Por lo que respecta a los sujetos legitimados para activar el protocolo mediante la oportuna denuncia, el art. 4.1 de la Directiva (UE) 2019/1937 usa un criterio muy amplio que incluye a todos los sujetos que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido la información en un contexto laboral. Se trata de una fórmula que pretende abarcar al máximo número de personas que pueden conocer y denunciar una infracción y requerir por ello protección. El art. 3.1 LRPI añade junto al contexto laboral, el profesional, con el fin de evitar una interpretación restrictiva de lo laboral<sup>36</sup>, manteniéndose en la perspectiva maximalista que caracteriza la directiva<sup>37</sup>.

La LRPI en su art. 3 establece un listado de sujetos que no constituye en ningún caso una relación cerrada, pues, como se señala, se refiere a quienes deben entenderse comprendidos en todo caso. Pues bien, en este listado se incluye, junto a los trabajadores a los autónomos; a los accionistas, miembros de los órganos de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos; a quienes trabajen para o bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores; a ex trabajadores, voluntarios, becarios, y trabajadores en periodos de formación con independencia de que perciban o no una remuneración, así a quienes hayan obtenido la información durante el proceso de selección o de negociación precontractual.

Por otro lado, conviene recalcar, aunque ya se ha avanzado que, en estos protocolos de denuncias, como señala el art. 7.3 LRPI, se admiten las denuncias anónimas, lo que abunda en esta interpretación maximalista que prima la comunicación de la información, sin reparar en quien la pone de manifiesto.

Finalmente, debe señalarse que la LRPI tiene como principal objetivo proteger a los informadores de posibles represalias. Esta protección se proyecta especialmente en el ámbito laboral y a tal fin el art. 36.1 LRPI prohíbe toda represalia, así como las amenazas de represalia y las tentativas de represalia derivadas de la presentación de comunicaciones conforme a lo establecido en la norma.

---

<sup>35</sup> BOIX REIG, J.; E. ORTS BERENGUER, «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999.», *Actualidad Penal*, 2, 1999, p. 678.

<sup>36</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 90.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; J. ABRIL MARTÍNEZ; E. RODRÍGUEZ CELADA; L. I. REYES RICO, «La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 53, 2019, p. 34.

Por su parte, de forma amplia el art. 36.2 LRPI de fine la represalia como “*cualquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes...*”. Finalmente, el art. 36.3 LRPI contempla un listado ejemplificativo de conductas prohibidas que se pueden producir en este contexto laboral o profesional que abarca prácticamente cualquier acción empresarial que pretenda impedir la presentación o tramitación de la información.

Debe dejarse constancia asimismo que la ley no sólo protege a los denunciantes, sino que también quedan incluidos en la protección, de acuerdo con el art. 3 LRPI los representantes legales que realicen funciones de asesoramiento y apoyo al informante; quienes, en el marco de la organización empresarial, les asistan en el proceso; otros sujetos relacionadas con el informante que puedan sufrir represalias, como compañeros de trabajo o familiares del informante; y otras organizaciones con las que el informante que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral o en las que ostente una participación significativa.

#### **4. La ley 4/2023 LGTBI**

Finalmente, hay que hacer referencia al canal de denuncias instaurado por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI (Ley LGTBI). Según se establece en el art. 15.1 Ley LGTBI, las empresas de más de 50 trabajadores deben de contar con una serie de medidas destinadas a lograr la igualdad real y efectiva de las personas LGTBI, entre las que necesariamente se debe incluir un protocolo de actuación para la atención del acoso o la violencia contra las personas LGTBI. Los primeros comentaristas de la norma entendían que esta obligación configura un plan de igualdad de empresa específico para las personas LGTBI en el que se deberá incorporar el protocolo de prevención protección frente al acoso y la violencia de este colectivo<sup>38</sup>.

Pues bien, el Real Decreto 1026/2024, de 8 de octubre, por el que se desarrolla el conjunto planificado de las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI en las empresas (Reglamento LGTBI) confirma en parte esta idea. El conjunto de medidas planificadas no se predefine, pero, de acuerdo con el art. 8.3 y 4 Reglamento LGTBI ha de comprender, como mínimo, el conjunto de medidas incluidas en el anexo I del Reglamento LGTBI, así como un protocolo frente al acoso y la violencia.

De esta manera, deberán introducirse necesariamente cláusulas de igualdad de trato y no discriminación; medidas tendentes a eliminar los estereotipos de las personas LGTBI en el acceso al empleo; criterios para impedir la discriminación de estas personas

---

<sup>38</sup> MORENO SOLANA, A., «Los Protocolos de Acoso (Sexual, por Razón de Sexo, LGTBI, Acoso Moral): ¿Son una obligación legal de todas las Empresas?», *El Foro de Labos*, 2023.

en relación con la clasificación y la promoción profesional; planes de formación específicos sobre los derechos de las personas LGTBI, en especial sobre la igualdad de trato y no discriminación, así como sobre el conjunto de medidas que se aplican en la empresa; la creación de entornos laborales diversos, seguros e inclusivos, para lo que los protocolos frente al acoso y la violencia se convierten en un instrumento fundamental para erradicar los comportamientos LGTBIfóbicos; medidas para garantizar que los permisos y beneficios sociales se disfruten en la empresa sin sesgo por razón de orientación e identidad sexual y expresión de género; y el establecimiento de infracciones y sanciones específicas por comportamientos que atenten contra la libertad sexual, la orientación e identidad sexual y la expresión de género de las personas trabajadoras.

En cuanto al obligatorio protocolo de actuación frente los comportamientos de violencia y el acoso, el art. 8.4 Reglamento LGTBI incide en que éste deberá identificar “*prácticas preventivas y mecanismos de detección y de actuación frente a estos*”, dotándolo de un contenido mínimo que se relata en el anexo II. Aparentemente, el protocolo establece una conexión directa con la prevención de estos riesgos psicosociales, pues requiere integrar mecanismos de prevención y detección de estas conductas y no sólo medidas reactivas una vez se han producido los actos antijurídicos. Sin embargo, este supuesto avance no lo es tal, ya que el contenido mínimo al que se refiere el anexo II se refiere solamente a las medidas para solventar los conflictos laborales que ocasionan, lo que coadyuva a perpetuar el entendimiento de los protocolos como meros canales de denuncias del acoso en la empresa. Además, el Reglamento les confiere un papel importante en la promoción de entornos laborales diversos, seguros e inclusivos, asignándoles un papel esencial para garantizar la protección contra comportamientos LGTBIfóbicos (anexo I, apt. 5); y por ello su conocimiento y difusión forma parte de las obligaciones empresariales relativas a la formación, sensibilización y lenguaje (anexo I, apt. 3).

Aunque a continuación se profundiza en algún aspecto en concreto, puede señalarse que, con carácter general, el protocolo descrito en el anexo II —que está inspirado, tanto en los estándares de los protocolos de acoso sexual, como en el canal de denuncias que diseña la LRPI, al que se hace alguna referencia expresa— incluye, como suele ser habitual, una declaración de principios por parte de la empresa en la garantía de la igualdad y no discriminación de estos colectivos (apt. a); y un procedimiento de denuncia y resolución de los conflictos derivados de estos comportamientos. Este procedimiento, resumidamente, se articula en torno a los principios de agilidad, diligencia y rapidez en la investigación y resolución de la conducta, respetando los plazos establecidos en el protocolo y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en la LRPI; respeto y protección de la intimidad y dignidad a las personas afectadas; confidencialidad del procedimiento; y contradicción a fin de garantizar la imparcialidad y un trato justo (apt. c). Además, si en la resolución se aprecia la existencia de acoso se debe instar un expediente sancionador, adoptar medidas correctoras que incluyen la restitución de las víctimas y mantener las medidas de protección de las víctimas (anexo II).

#### 4.1. Procedimiento de implantación

La asunción del conjunto de medidas planificadas resulta obligatoria para las empresas de más de 50 trabajadores (art. 15.1 Ley LGTBI y art. 2.2 Reglamento LGTBI) y voluntario para las empresas de 50 o menos personas trabajadoras (art. 2.2. Reglamento LGTBI). En cuanto al procedimiento para implantar este conjunto de medidas y el protocolo de actuación la normativa LGTBI presenta una novedad sustancial, ya que se instaure como una obligación compartida. De acuerdo con el art. 15.1 Ley LGTBI, deja de ser una obligación empresarial y se traslada su aprobación a la negociación colectiva, requiriéndose un pacto con la representación legal de los trabajadores.

El Reglamento LGTBI desarrolla cómo se han de negociar estos acuerdos en función de que la empresa cuente con un convenio colectivo propio, esté bajo el paraguas de un convenio colectivo empresarial, carezca de un convenio colectivo aplicable o incluso carezca de representación de los trabajadores, mediante la creación de una comisión *ad hoc* (arts. 4 a 6 Reglamento LGTBI). Hay que significar que este último supuesto será de aplicación en el caso de empresas muy pequeñas que, voluntariamente, asuman la implantación de estas medidas, pero también como específicamente señala la norma, en el supuesto de “empresas que, teniendo la obligación de negociar medidas planificadas”, es decir que tienen más de 50 trabajadores, “no cuenten con convenio colectivo de aplicación y carezcan de representación legal de las personas trabajadoras”, lo que entiendo que será una situación muy residual.

Hay que traer a colación en este momento una paradójica situación que puede plantear esta normativa. Como se ha adelantado, en atención al art. 8.4 Reglamento LGTBI, el conjunto de medidas planificadas incluye en todos los casos un protocolo frente al acoso y la violencia, por lo que en todos los escenarios aludidos éste deberá negociarse. Sin embargo, en el caso de que ya haya un convenio colectivo aplicable, el procedimiento para introducir estas medidas se deriva a la comisión negociadora del convenio que “se reunirá para abordar exclusivamente la negociación de las medidas planificadas previstas en el anexo I” (art. 4.c Reglamento LGTBI). Dado que el protocolo frente a la violencia y el acoso se encuentra en el anexo II, aparentemente queda obligatoriamente fuera de este proceso de negociación y toma de acuerdos, lo que carece de sentido, por lo que me inclino a pensar que se trata de un error que debe ser integrado, entendiéndose que deben negociarse las medidas incluidas en ambos anexos.

Por otro lado, hay que aludir a la imperatividad de esta negociación y del pacto. Si tomamos como referencia la Ley LGTBI, no se trata de un mero deber de negociar, sino que impone alcanzar un pacto. Efectivamente, el art. 15.1 Ley LGTBI dispone que todas las empresas obligadas *deberán contar* con este conjunto de medidas en un plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la norma y que las medidas *serán pactadas*, a través de la negociación colectiva y acordadas con los representantes de los trabajadores. En este contexto, seguramente debería haberse reformado el art. 85 ET referido al contenido mínimo de los convenios colectivos para incluir este conjunto de medidas<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> NIETO ROJAS, P., «El desarrollo de las medidas LGTBI en el RD 1026/2024 ¿Un nuevo contenido negocial?», *El*

El Reglamento, en cambio, a mi modo de ver, suaviza esta situación tan extrema, que de aplicarse literalmente podría impedir, como había señalado la doctrina un bloqueo negocial y la propia existencia del convenio colectivo si no se alcanza un acuerdo sobre estas medidas<sup>40</sup>. El art. 5.1 Reglamento LGTBI determina que las empresas obligadas a negociar las medidas planificadas deberán iniciar el procedimiento mediante la constitución de la comisión negociadora en un plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento, es decir antes del 10 de enero de 2025. Este plazo, como indica el art. 5.2 Reglamento LGTBI, se amplía a seis meses si las empresas obligadas no cuentan con un convenio colectivo, ni con representación legal. Por su parte, el art. 5.3 de la misma norma establece una regla supletoria aplicable cuando hayan transcurridos tres meses desde el inicio del procedimiento sin que se haya alcanzado un acuerdo, o cuando el convenio colectivo aplicable no incluya estas medidas, en base a la cual las empresas obligadas aplicarán las medidas establecidas en el reglamento. En cualquier caso, con ello no se supe la obligación de negociar y alcanzar un acuerdo, puesto se aplicarán hasta el momento en que entren en vigor las que se acuerden posteriormente mediante convenio colectivo o acuerdo de empresa, fomentando de esta manera la toma de acuerdos. Debe tenerse en cuenta que el anexo II Reglamento LGTBI no contiene un protocolo desarrollado y articulado sino los principios que lo rigen y los elementos referentes a la estructura y contenido que deben incluir en las distintas instancias del procedimiento, por lo que siempre requerirá de un mínimo desarrollo por parte de la empresa.

#### *4.2. Conductas objeto de protección*

El protocolo de actuación tiene como objeto proteger y reaccionar ante las conductas de violencia y acoso hacia las personas LGTBI o, como también se señala, garantizar la protección frente a comportamientos LGTBIfóbicos.

La inclusión de la violencia junto al acoso, de acuerdo con la nueva terminología acuñada por el Convenio 190 OIT, resulta plausible y, desde luego, amplía el ámbito objetivo y aumenta considerablemente las conductas perseguibles en el ámbito laboral respecto de aquellas otras que sólo se referían al acoso. No obstante, como se vio, la LOGILS ya había remediado esta situación y había adaptado la LOIEMH de manera que, si bien el acoso sexual y el acoso por razón de sexo siguen siendo el motivo principal de protección, esta se refiere a cualquier comportamiento que atente contra la libertad sexual y la integridad moral en el trabajo.

---

*Foro de Labos*, 2024, fecha de consulta en <https://www.elforodelabos.es/2024/10/el-desarrollo-de-las-medidas-lgtbi-en-el-rd-1026-2024-un-nuevo-contenido-negocial/>.

<sup>40</sup> NIETO ROJAS, P., «Salud Laboral, prevención frente al acoso, violencia de género y lenguaje inclusivo», cit., p. 413.

### 4.3. *Ámbito subjetivo*

El art. 2.4 Reglamento LGTBI extiende el ámbito de protección del protocolo a todas *“las personas que trabajan en la empresa, independientemente del vínculo jurídico que las una a esta, siempre que desarrollen su actividad dentro del ámbito organizativo de la empresa. También se aplicará a quienes solicitan un puesto de trabajo, al personal de puesta a disposición, proveedores, clientes y visitas, entre otros”*. Esta misma disposición se reitera en el anexo II, apt. b.

De esta manera, se recoge un ámbito de aplicación amplio en sintonía con lo que determinan los estándares de los protocolos de acoso y la propia LRPI. Ahora bien, en relación con el doble papel de víctimas y denunciantes se articula alguna singularidad.

Efectivamente, al igual que con los plazos para resolver el procedimiento, en el anexo II, apt. b del Reglamento se establece que los aspectos relativos a la presentación de la denuncia o queja se determinarán en el protocolo, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en la LRPI en su respectivo ámbito personal y material.

Se trata de una mención no exenta de problemas. Las primeras interpretaciones que se han hecho de la norma han llevado a entender, en relación con los plazos, que el protocolo puede y debería establecer términos más cortos, actuando los de la LRPI como máximos; y, en relación con el ámbito personal, que quienes denuncian a través del protocolo LGTBI han de obtener la misma protección que se les hubiera dispensado de haber usado el sistema interno de información<sup>41</sup>. Asimismo, podría interpretarse este reenvío normativo, en el caso de que el protocolo delimite un ámbito material o personal más restringido, serán de aplicación las prerrogativas de la LRPI, lo que, además de dotar de capacidad de denuncia a un amplio y heterogéneo colectivo de sujetos, debería llevar a admitir las denuncias anónimas. Sin embargo, en este mismo apartado del anexo II se contradice esta manera de interpretar, pues se establece que sólo las personas afectadas pueden presentar denuncias, salvo que se autorice a hacerlo a otra persona en su nombre, lo que deberá acreditarse mediante consentimiento expreso e informado para iniciar las actuaciones del protocolo, lo que, evidentemente, prescribe las denuncias anónimas e incluso las denuncias llevadas a cabo por otros sujetos distintos a las víctimas que tengan conocimiento de los hechos. Esta prohibición es especialmente delicada en relación con los representantes de los trabajadores y, además, puede impedir, como he señalado anteriormente, que la empresa actúe conforme a sus obligaciones de prevención y erradicación de las conductas de violencia y acoso, lo que parece ir en contra de los avances que se promueven desde diversas instancias nacionales e internacionales para combatir estos riesgos psicosociales.

Por otro lado, el protocolo de actuación frente a las conductas LGTBI fóbicas debe contener una serie de medidas cautelares y preventivas para proteger a las víctimas mientras se desarrolla el procedimiento hasta su solución (anexo II, apt. b Reglamento LGTBI). Para ello se procederá a modificar temporalmente el contrato de trabajo mediante una movilidad funcional o geográfica, una modificación de ambas condiciones o una suspensión

<sup>41</sup> NIETO ROJAS, P., «El desarrollo de las medidas LGTBI en el RD 1026/2024 ¿Un nuevo contenido negocial?», cit.

del contrato. Obviamente, aunque nada se diga, de acuerdo con los estándares de estos protocolos, este tipo de medidas deben recaer sobre el acosador, salvo que sea la propia víctima la que opte por apartarse. Si se suspende el contrato de trabajo de la víctima, debería mantenerse el derecho al salario. Además, cuando proceda, estas medidas de protección deben mantenerse tras la resolución del procedimiento (anexo II, apt. e Reglamento LGTBI).

Por otro lado, el protocolo debe proporcionar *“protección suficiente de la víctima ante posibles represalias, atendiendo al cuidado de su seguridad y salud, teniendo en cuenta las posibles consecuencias tanto físicas como psicológicas que se deriven de esta situación y considerando especialmente las circunstancias laborales que rodeen a la persona agredida”* (anexo II, apt. c, Reglamento LGTBI). Por tanto, se requiere una actitud preventiva que evite que las víctimas sufran amenazas, coacciones, o cualquier otro tipo de violencia, así como consecuencias laborales con motivo en la denuncia de los hechos.

Además, de forma reactiva se prohíben expresamente las represalias y se establece que *“será declarado nulo cualquier acto constitutivo de represalia, incluidas las amenazas de represalia y las tentativas de represalia contra las personas que presenten una comunicación de denuncia por los medios habilitados para ello, comparezcan como testigos o ayuden o participen en una investigación sobre acoso”*.

## 5. El laberinto y la salida

Como se ha podido comprobar en los epígrafes precedentes, existen hasta 5 variedades de protocolos o canales de denuncia en las empresas con distintos requisitos y distinto alcance en su ámbito subjetivo y objetivo. De ahí que pueda hablarse de un auténtico laberinto para las empresas a la hora de negociarlos e implantarlos y que nos preguntemos si tiene sentido mantenerlos todos. Veamos a continuación las superposiciones, coincidencias y diferencias de estos canales y las posibilidades de refundirlos.

En segundo lugar, si comparamos los canales de denuncias destinados a evitar actividades delictivas cometidas habitualmente desde las organizaciones empresariales, se entiende que la extensión del ámbito objetivo de las materias objeto de información a través de los canales de información regulados en la LRPI, incluyendo todo tipo de delitos en infracciones graves y muy graves ha traído consigo un efecto de superposición en relación con los sistemas de *compliance* penal y los protocolos de actuación frente a la violencia y el acoso en el trabajo. Si tomamos como referencia la comisión de delitos penales, en concreto, en relación con lo que constituye nuestro tema de estudio, el delito de acoso psicológico laboral (art. 173 CP) y el delito de acoso sexual en el trabajo (art. 184 CP), todas las empresas (personas jurídicas), independientemente de su dimensión personal, deberían implantar canales de denuncias para comunicar estas infracciones penales e investigarlas a efectos de eludir la responsabilidad del art. 31 bis CP; y, por otro lado, todos los empresarios (personas físicas) y las organizaciones empresariales (personas jurídicas) con más de 50 trabajadores están obligadas a implantar canales para permitir la información sobre estos mismos delitos y sobre el resto de materias referidas en la LRPI.

En consecuencia, cabe esperar que la pequeña y mediana empresa constituida como personalidad jurídica, aunque no esté obligada, incorpore también estos sistemas de información cumpliendo los requisitos previstos en la norma (art. 10.2 LRPI). Seguramente el legislador debería haber dado un paso más y unificar criterios en relación con estos procedimientos y sus efectos<sup>42</sup>.

Del mismo modo, si tomamos como referencia las sanciones administrativas relativas a la violencia y el acoso en el trabajo (arts. 7.10, 8.11, 8.12 y 8.13 LISOS) este canal de denuncias se superpone con los protocolos que se derivan de la LOIEMH y la LOGILS señalados anteriormente que recordemos son obligatorios para todas las empresas. Sin embargo, aunque la relación de conductas de violencia y acoso en el trabajo que se sancionan como infracciones administrativas graves y muy graves o como delitos es muy amplia, no cubre todo el espectro de conductas posibles, por lo que, hasta las empresas obligadas a implantar canales internos de denuncia por esta norma, deberían tener otros sistemas para dar cumplimiento a las obligaciones laborales en materia de violencia y acoso. Ante esta situación se impone la unificación de estos protocolos y canales de información. De hecho, la LRPI posibilita esta solución, pues el art. 7.4 permite habilitar los canales de denuncia para la recepción de cualquier información ajena a la que determina su ámbito objetivo, aunque sin extender para estas comunicaciones y sus remitentes la protección dispensada por la norma. Esta exclusión debería haberse omitido, ya que estos otros canales de denuncias vienen también exigidos legalmente, aunque no por ello quedaría desprotegido el informante pues mantendría la tutela que dispensan otros derechos ya mencionados como el derecho a la libertad de expresión e información y también la garantía de indemnidad<sup>43</sup>.

En tercer lugar, el diseño de los protocolos frente a comportamientos LGTBIfóbicos trae nuevas confusiones. Si atendemos a la generalidad con la que se describen las conductas ilícitas en la LOGILS en relación con los protocolos frente a la violencia y el acoso en el trabajo, estos incluyen, a mi modo de ver, las posibles situaciones de violencia y acoso que puede sufrir una persona LGTBI y, dado que estos protocolos para dar cauce a las denuncias son exigibles en todas las empresas, independientemente de su tamaño, resulta difícil determinar que plus aporta el art. 15 Ley LGTBI. Tan es así que el art. 8.4 Reglamento LGTBI señala que la obligación de implantar un protocolo de acoso LGTBI en el que se identifiquen prácticas preventivas y mecanismos de detección y de actuación frente a estos “*podrá entenderse cumplida cuando la empresa cuente con un protocolo general frente al acoso y violencia que prevea medidas para las personas LGTBI o bien lo amplíe específicamente para incluirlas*”.

Las duplicidades en relación con las conductas ilícitas con la LRPI son también evidentes. De todas maneras, aunque los comportamientos de violencia y acoso en el trabajo que se sancionan como infracciones administrativas graves y muy graves o como

---

<sup>42</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 134.

<sup>43</sup> PIQUERAS GARCÍA, J., «La garantía de indemnidad a la luz de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», cit., p. 31.

delitos es muy amplia, no cubre todo el abanico de conductas posibles, por lo que las empresas obligadas a implantar canales internos de denuncia deberán tener otros sistemas para dar cumplimiento a las obligaciones en materia de violencia y acoso LGTBI, sin que en este caso esté previsto que opere el ya mencionado art. 7.4 LPRI, pues así se desprende de la Ley LGTBI, cuya intención parece que es dar una visibilidad específica a la protección laboral estas personas<sup>44</sup>. Este presentimiento legal ha sido confirmado por el reglamento LGTBI que tiene en el horizonte la LRPI e incluso prevé su aplicación subsidiaria en algunas materias, al tiempo que para otras materias opta por soluciones distintas, como cuando prohíbe las denuncias anónimas o presentadas por otros sujetos distintos a las víctimas sin consentimiento de estas, lo que no deja de provocar contradicciones que habrá que ver cómo se resuelven en la práctica, pues estas denuncias anónimas o realizadas por sujetos distintos a la víctima podrán tramitarse a través del canal de denuncias interno regulado en la LRPI si la violencia o el acoso LGTBI se integra en el tipo de las infracciones administrativas o delitos penales que conforman el ámbito material de éste.

Visto lo visto, y aras de lograr una cierta seguridad jurídica y lograr salir de este laberinto, se impone la unificación de protocolos y de criterios para establecerlos. De hecho, las organizaciones empresariales, especialmente las más grandes, para lograr mayor eficiencia buscarán la manera de unificar los sistemas de denuncia, como ya hicieron las que habían desarrollado protocolos de *compliance* penal cuando se aprobó la Directiva (UE) 2019/1937<sup>45</sup>.

Existe otro argumento a favor de esta simplificación y unificación de protocolos que tiene que ver con el coste empresarial de todos estos procedimientos en las empresas de más de 50 trabajadores, que se suman a los que ya asumen en materias tales como la contratación y la regulación del empleo, la prevención de riesgos laborales, el registro salarial, la elaboración de planes de igualdad, etc. En este sentido, algunos autores ya han manifestado que los canales de denuncias no deben implicar un aumento directo de los costes económicos y organizacionales de las empresas<sup>46</sup>, lo que, además, es una traba para la transformación de nuestro tejido productivo compuesto mayoritariamente por pequeña y mediana empresa, cuestión sobre la que hare algún comentario adicional en breve.

En cualquier caso, antes de proponer mi salida al laberinto quiero advertir que esta se refiere sólo al canal de denuncias de este tipo de conductas. En la introducción de este estudio se advirtió que los protocolos de actuación son algo más que un sistema de denuncias para que la empresa actúe ante un comportamiento de este tipo. Implican sensibilización, formación y medidas de prevención y probablemente estos aspectos difieren en función de cuál sea el motivo que causa la conducta. Los estereotipos de género, la discriminación por razón de sexo, la violencia sexual, la estigmatización de las personas

---

<sup>44</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 136.

<sup>45</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., «El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva», cit., p. 4/4.

<sup>46</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 137; BERMEJO, M., «Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937», *La Ley Compliance Penal*, 2, 2020, p. 4/23.

LGTBI, la violencia laboral psicológica requiere de actuaciones diferenciadas, pues las situaciones son muy distintas. Por ello, las medidas para la igualdad y no discriminación de las personas LGTBI, que presentan por ejemplo mayores problemas para acceder a un empleo<sup>47</sup>, serán distintas de las que se tomen en los planes de igualdad para evitar la discriminación por razón de sexo, por lo que el diagnóstico, la propuesta y la adopción de las medidas no pueden ser homogéneas. Aun así, sí que debería unificarse el procedimiento de adopción de estas medidas, pues como hemos visto difiere de una norma a otra, sin que ello tenga mucho sentido.

Sin embargo, estas diferencias se diluyen si nos atenemos a los sistemas de denuncias. Una vez se produce la violencia o acoso por cualquiera de estos motivos, la actuación de la empresa para erradicar la conducta y sancionarla adecuadamente no ha de ser distinta, por lo que en este caso la unificación de los distintos sistemas cobra todo su sentido.

A la hora de proponer un modelo debe tenerse en cuenta el tejido productivo de las empresas españolas. Los últimos datos facilitados por el Ministerio de Industria y turismo de febrero de 2024 contabilizan 1.319.327 empresas con trabajadores, de las cuales sólo 32.009 tienen 50 o más trabajadores, lo que representa apenas un 2,43% del total. Por tanto, 1.287.318 empresas, esto es el 97,58% de las empresas tiene entre 1 y 49 trabajadores y de entre estas las microempresas son abrumadoramente mayoritarias, pues se cuantifican en 1.121.675, representando un 85,02% del total de las empresas con asalariados.

Pues bien, exigir para estas empresas procedimientos formales en los que confluyen una serie de principios como la diligencia y celeridad del procedimiento, la confidencialidad, el respeto a la intimidad y dignidad de las personas afectadas y la presunción de inocencia no es real ni eficiente. Por ejemplo, en empresas de 1 a 9 trabajadores no pueden ponerse en marcha con garantías procedimientos que cumplan con los principios de investigación diligente, respeto y protección de la intimidad y dignidad de las personas afectadas, confidencialidad, presunción de inocencia y contradicción, pues su cumplimiento en estos contextos de cercanía de las personas afectadas y del resto de integrantes de la plantilla es algo menos que utópico. Las empresas medianas y pequeñas requieren procedimientos más sencillos y prácticos, que no deben confundirse con los procedimientos informales que se integran en algunos protocolos de actuación. Estos están destinados o deberían estar destinados a solventar conflictos derivados de comportamientos que no constituyen una situación de violencia y acoso, pero que si persisten pueden dar lugar a dicha situación.

Puede argüirse que, en realidad, la normativa, con carácter general, no exige a estas empresas adoptar este tipo de procedimientos. Pero también hay que tener en cuenta que, de alguna manera, las disposiciones legales estudiadas invitan a la pequeña y mediana empresa a asumir voluntariamente estas medidas y que, en relación con los protocolos

---

<sup>47</sup> LENZI, O.; Ó. REQUENA MONTES, «Mecanismos de inclusión laboral trans en el modelo normativo español [en prensa]», 2025.

de violencia y acoso derivados del art. 48 LOIEMH y 12 LOGILS, que son obligatorios para todas las empresas, los estándares elaborados optan por procedimientos que siguen estos principios.

Por ello, este procedimiento formal sólo debería ser obligatorio en las organizaciones empresariales que superen un número determinado de personas empleadas. Como hemos visto actualmente no existe un criterio único en cuanto al número de trabajadores que sirve de límite. Así los planes de igualdad son obligatorios en las empresas de 50 o más trabajadores, mientras que los sistemas internos de denuncias o las medidas para la protección de las personas LGTBI se deben aplicar en las empresas de más de 50 trabajadores. A mi juicio, la unificación debería hacerse en 50 o más trabajadores en consonancia con las escalas para determinar el número de representantes o delegados de prevención.

Por otro lado, por lógica, debería unificarse el procedimiento alrededor del sistema de denuncias interno que regula la LRPI, que, no obstante, debería modificarse para incluir una mención empresa a la violencia y el acoso en el trabajo en su ámbito objetivo y determinar si, en relación con estos ilícitos, debe introducirse alguna limitación en relación con quien puede denunciar, lo que, como he expresado, a mi juicio entorpece la acción diligente de las empresas. Además, se deberían introducir, junto a la protección frente a represalias que ya incluye, medidas cautelares y preventivas para proteger a las víctimas mientras se desarrolla el procedimiento, que, hoy en día, sólo se recogen normativamente para el protocolo de actuación frente a conductas LGTBIfóbicas (anexo II, apt. b Reglamento LGTBI). La ausencia de estas medidas en relación con los supuestos de violencia de género en el trabajo es especialmente sangrante, pues, pese a que la legislación española ha sido pionera en desplegar una protección integral de la violencia de género hacia las mujeres producida en el seno de las relaciones de pareja o por exparejas, armando una serie de derechos que permitan a estas mujeres mantener su relación laboral, no se ha atendido de igual manera otras situaciones laborales, como gestionar la coincidencia de agresor y víctima en el mismo lugar de trabajo o proteger a las víctimas en las situaciones de violencia de género que tengan lugar en el trabajo<sup>48</sup>.

Además, las empresas en aplicación de norma sobre canales de denuncia internos podrán optar por elaborar un procedimiento en el seno de la empresa o bien externalizar el servicio a organizaciones especializadas (art. 6 LRPI), lo que puede reducir costes y aumentar la confianza de los posibles informantes<sup>49</sup>.

Para las empresas de hasta 50 trabajadores no debería establecerse una solución única. La situación en una microempresa con menos de 10 trabajadores no es la misma que en empresas más grandes, con 25 o más trabajadores, pero, en cualquier caso, no deberían estar obligadas a instaurar estos protocolos formales y complejos. Esta exención debería extenderse incluso a las personas jurídicas que quieran cumplir con el *compliance* penal y evitar así responsabilidades derivadas de la comisión de delitos. En este sentido, se ha señalado que habría que recomendar a la Fiscalía española que reconsiderara “su

<sup>48</sup> Sobre el tema E. García Testal, «Violencia, género y trabajo: de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, a la Directiva (UE) 2024/1385, veinte años de protección laboral de las víctimas», La Ley Unión Europea, 131, 2024.

<sup>49</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, cit., p. 88.

afirmación categórica en la Circular de 2016 de que el canal de denuncias es un elemento imprescindible en cualquier modelo de prevención de delitos y a limitar tal exigencia a personas jurídicas de unas determinadas dimensiones. La cifra de cincuenta empleados, establecida en la Directiva, parece razonable”<sup>50</sup>.

Así, en las microempresas y en empresas pequeñas hasta 25 trabajadores, cuando no sea posible una composición interna del conflicto, la mejor solución sería establecer obligatoriamente un sistema de información externo a la empresa, ya que la investigación interna en estos entornos laborales, como he expresado anteriormente, difícilmente será eficaz y diligente. En este sentido, podría acudir a la externalización del servicio a organizaciones especializadas, como en el caso de los canales de denuncias de la LPRPI o incluso a los servicios ajenos de prevención cuando esta haya sido la modalidad organizativa de gestión de la prevención elegida por la empresa. No obstante, no creo que haya que repercutir los gastos de mantenimiento de estos sistemas externos a las empresas. Por ello, seguramente, lo más sencillo sería atribuir esta competencia a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero con ello podría generarse un problema a la hora de determinar las potenciales responsabilidades de la empresa. Efectivamente, las infracciones y sanciones administrativas por violencia y acoso en el trabajo están supeditadas al “cómo” actuó la empresa, no sólo preventivamente, sino también una vez que ha conocido o hubiera podido conocer estos comportamientos. Es decir, los protocolos de actuación bien utilizados pueden minimizar o incluso exonerar a la empresa de su responsabilidad administrativa<sup>51</sup>. De esta manera, si es la propia Inspección la que está a cargo de este protocolo de actuación, esta vía de exoneración de la responsabilidad puede verse entorpecida. Cabría pensar entonces en otro tipo de gestión externa de los protocolos que no conllevara costes económicos para estas empresas, mediante la colaboración con entidades privadas o creando una red pública a tal propósito vinculada con el Ministerio de Igualdad. Estas entidades podrían llevar a cabo un informe al final de su actuación que tendría que ser remitido a la ITSS y que complementaría sus propias actuaciones a efectos de levantar las oportunas actas de infracción.

En las empresas entre 25 y 49 trabajadores podrían plantearse diversas posibilidades para que se optara en función de la organización de la empresa. La implantación de un procedimiento de denuncias interno puede tener sentido en aquellas empresas que con esta dimensión personal tengan un único centro de trabajo. Si existen varios, la dispersión de los trabajadores planteará los mismos problemas de confidencialidad, seguridad y eficacia de los protocolos internos, por lo que, en estos casos, la externalización del procedimiento parece más razonable. En este sentido, podría considerarse vincular la gestión del procedimiento de denuncias a la organización de la gestión preventiva. Como es sabido, en las empresas de estas dimensiones la empresa puede optar entre distintas modalidades organizativas de la gestión preventiva. En primer lugar, la empresa, previa consulta no vinculante con los trabajadores o sus representantes, designe a uno o varios trabajadores

<sup>50</sup> RAGUÉS I VALLÉS, R., «El tratamiento jurídico de los denunciadores antes y después de la Directiva», cit., p. 4/14.

<sup>51</sup> ALTÉS TÁRREGA, J. A., «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, 4, 2022, pp. 104-105.

para llevarla a cabo. Estos trabajadores deberán tener la capacidad y formación necesaria para llevar a cabo estas funciones (art. 30.1 y art. 33.1.b LRPL). En segundo lugar, cuando esta solución resulte insuficiente en función del tamaño de la empresa y de los riesgos a que estén expuestos los trabajadores, podrá constituir un servicio de prevención propio o recurrir a un servicio ajeno (art. 31 LPRL y arts. 15 y 16 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención). Además, en estas mismas empresas el delegado de prevención –el delegado de personal o uno de los delegados de personal– asume, junto con las funciones propias de su cargo, como la colaboración en la acción preventiva de la empresa, el derecho de consulta en diversas materias relacionadas con la prevención de riesgos en las empresas y la vigilancia y control de la normativa de prevención de riesgos, las propias del comité de seguridad y salud, lo que incluye funciones en relación con la evaluación de los riesgos y la elaboración y puesta en práctica de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa (arts. 38 y 39 LPRL). En la elaboración del plan de prevención, tratándose de riesgos psicosociales, conviene tener en cuenta las NTP 891 y 892: Procedimiento de solución autónoma de los conflictos de violencia laboral I y II y el Criterio Técnico 104/2021 sobre actuaciones de la ITSS en riesgos psicosociales. De esta manera, el protocolo de actuación frente a la violencia y acoso podría quedar en manos de la modalidad de gestión preventiva adoptada por la empresa. La misma solución sería extrapolable en las empresas entre 10 y 25 trabajadores en las que, cumpliendo los requisitos legales. Además, el delegado de prevención podría colaborar en la gestión de protocolo, en especial cuando se trate de un sistema concertado externamente, lo que ocurre en la inmensa mayoría de los casos<sup>52</sup>.

En fin, creo que con un modelo como el que se plantea u otro similar que abarque todas las tipologías de violencia y acoso, garantizando simultáneamente la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y la seguridad jurídica de las empresas, se superaría el sistema actual de protocolos empresariales contra la violencia y el acoso en el trabajo, que es fruto de una legislación dispersa y, en ocasiones, redundante, que dificulta su aplicación práctica.

## Bibliografía

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Aspectos laborales de la protección del informante en los canales internos de denuncias*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., *El acoso del trabajador en la empresa (consideraciones al hilo de la Ley 62/2003 de Medidas Fiscal y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

---

<sup>52</sup> Las empresas entre 10 y 40 trabajadores que optan por una modalidad organizativa de gestión de la prevención mediante un servicio de prevención ajeno supera el 92% según datos del 2019 del INSST. <https://www.insst.es/documents/94886/0/La+gesti%C3%B3n+preventiva+en+las+empresas+en+Espa%C3%B1a+2020.+An%C3%A1lisis+del+m%C3%B3dulo+de+prl++de+Encuesta+anual+laboral+2019.pdf/7c49149e-f1b9-c680-56a5-913c60167b0b?t=1643642818842>

- ALTÉS TÁRREGA, J. A., «El Convenio 190 OIT y la tutela administrativa de la violencia y el acoso en el trabajo», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 4, 2022, pp. 97-121.
- ALTÉS TÁRREGA, J. A., «La tutela administrativa y penal frente a la violencia y el acoso en el trabajo», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco (eds.) *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 449-471.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., «La protección laboral y social de las víctimas de violencias sexuales en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual», *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 166, 2023, pp. 11-37.
- BERMEJO, M., «Whistleblowing. Evolución y caracteres esenciales en el Derecho comparado y en la Directiva Europea 2019/1937», *La Ley Compliance Penal*, n.º 2, 2020.
- BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E., «Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999.», *Actualidad Penal*, n.º 2, 1999, pp. 667-687.
- BUSTOS RUBIO, M., «El delito de acoso laboral: exigencias europeas y análisis del tipo penal», *Revista de derecho penal y criminología*, vol. 1, n.º 1, 2013, pp. 13-52.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El complejo juego entre la Ley y la negociación colectiva en la nueva Ley de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres: significación general y manifestaciones concretas», *Relaciones Laborales*, n.º 8, 2007.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., «Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 63, 2023.
- GARCÍA TESTAL, E., «Violencia, género y trabajo: de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, a la Directiva (UE) 2024/1385, veinte años de protección laboral de las víctimas», *La Ley Unión Europea*, n.º 131, 2024.
- IGARTUA MIRÓ, M. T., «Medidas preventivas frente a la violencia y el acoso: Convenio 190OIT, regulación interna y aplicación práctica», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe Blanco (eds.) *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- LENZI, O.; REQUENA MONTES, Ó., «Mecanismos de inclusión laboral trans en el modelo normativo español [en prensa]», 2025.
- LÓPEZ RUBIA, E., «Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo», en Sonia Isabel Pedrosa Alquézar, Elisa Sierra Hernáiz, Ruth Vallejo Dacosta (eds.) *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas: cuestiones claves*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2020, pp. 579-608.
- LÓPEZ RUBIA, M. E., «La actualización del protocolo contra el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo de EMAKUNDE-Instituto Vasco de la mujer», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 416, 2017, pp. 141-166.
- LÓPEZ RUBIA, M. E., «Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo tras las novedades normativas de 2022», en Juan Antonio Altés Tárrega, Sergio Yagüe

- Blanco (eds.) *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso. Consecuencias de su ratificación en el ordenamiento laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 473-500.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «El Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo sobre violencia y acoso en el trabajo», *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019, pp. 55-74.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, D.; ABRIL MARTÍNEZ, J.; RODRÍGUEZ CELADA, E.; REYES RICO, L. I., «La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del derecho laboral, público, penal y de protección de datos», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 53, 2019, pp. 24-68.
- MOLINA NAVARRETE, C., *El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas*, Wolters Kluwer España, 2019.
- MORENO SOLANA, A., «Los Protocolos de Acoso (Sexual, por Razón de Sexo, LGTBI, Acoso Moral): ¿Son una obligación legal de todas las Empresas?», *El Foro de Labos*, 2023.
- NIETO ROJAS, P., «El complicado entramado normativo de planes de igualdad y protocolos en las empresas. Algunas reflexiones sobre protocolos anti-acoso y de gestión de la diversidad», *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n.º Número Extraordinario. Tormenta de Reformas, 2023, pp. 122-142, fecha de consulta en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/7934>.
- NIETO ROJAS, P., «El desarrollo de las medidas LGTBI en el RD 1026/2024 ¿Un nuevo contenido negocial?», *El Foro de Labos*, 2024, fecha de consulta en <https://www.elforodelabos.es/2024/10/el-desarrollo-de-las-medidas-lgtbi-en-el-rd-1026-2024-un-nuevo-contenido-negocial/>.
- NIETO ROJAS, P., «La negociación de los planes de igualdad en las empresas. Marco normativo de referencia», en María Luisa Molero Maraón, Patricia Nieto Rojas (eds.) *Análisis de los acuerdos de los planes de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Justicia Social, Madrid, 2024, pp. 20-34.
- NIETO ROJAS, P., «Salud Laboral, prevención frente al acoso, violencia de género y lenguaje inclusivo», en María Luisa Molero marañón, Patricia Nieto Rojas (eds.) *Análisis de los acuerdos de los planes de igualdad*, Ministerio de Trabajo y Justicia Social, Madrid, pp. 391-446.
- PIQUERAS GARCÍA, J., «La garantía de indemnidad a la luz de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción», *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, vol. 13, n.º 2, 2023, pp. 1-36.
- PUEBLA PINILLA, A. DE LA, «Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos desde una perspectiva laboral», *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, n.º Número Extraordinario. Tormenta de Reformas, 2023, pp. 32-49.
- RAGUÉS I VALLÉS, R., «El tratamiento jurídico de los denunciantes antes y después de la Directiva», *La Ley compliance penal*, n.º 1, 2020.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.; DEL REY GUANTER, S., «Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 264, 2023, pp. 131-196.
- SÁEZ LARA, C., «Violencia sexual, mujer y trabajo», *Revista Galega de Dereito Social*, n.º 16, 2022, pp. 9-44.
- VALLEJO DACOSTA, R., «Acoso sexual y acoso por razón de sexo: Riesgos de especial incidencia en la mujer trabajadora», *Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, n.º 17, 2006.
- YAGÜE BLANCO, S.; MORANT TORAN, B., «La formación preventiva en la política de lugar de trabajo sobre violencia y acoso», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 12, 2024.

# La indefinición del contrato de trabajo temporal por incumplimiento de los requisitos legales para su válida celebración

The conversion of a temporary contract in a permanent contract due to non-compliance with its validity requirements

Francisco Andrés Valle Muñoz\*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Pompeu Fabra, Barcelona*

ORCID ID: 0000-0002-7468-0796

Recibido: 7/1/2025

Aceptado: 7/2/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9407

*Resumen:* El presente estudio tiene por objeto analizar el mecanismo previsto en los artículos 15.4 y 11.h) del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma laboral de 2021, y que permite entender concertados por tiempo indefinido los contratos temporales estructurales y las dos modalidades de contrato formativo cuando se incumplan determinados requisitos legales. Se trata éste de un mecanismo confuso y de perfiles nada claros, como evidencia el estudio de su régimen jurídico. Pese a la falta de precisión, cabe interpretar que los requisitos legales cuyo incumplimiento activará la indefinición del contrato de trabajo serán aquellos relativos a la validez de dichos contratos temporales y relacionados con el objeto y la causa de los mismos, no siendo posible otras interpretaciones extensivas. A través de este mecanismo básicamente se ha trasladado al ordenamiento jurídico laboral la doctrina del fraude de ley que ya se recogía en la regulación anterior.

*Palabras clave:* Contrato temporal, contrato indefinido, fraude de ley.

*Abstract:* The purpose of this study is to analyse the mechanism provided in articles 15.4 and 11.h) of the Workers' Statute law after the 2021 labour reform, which allows structural and training temporary contracts to be transformed into an indefinite contract when certain legal requirements are not met. This is a confusing mechanism, with unclear profiles. Despite the legislator's lack of precision, and after study its legal regime, we conclude that the legal requirements whose non-compliance turns a temporary contract in ah permanent contract will be those inherent to the validity and relate to the object and cause of the contracts,

---

\*francisco.valle@upf.edu

Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya: "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2021 SGR 00460.

with no other extensive interpretations. In fact, the legislator does nothing more than transfer to the labour law system the doctrine of fraud of law, doctrine than, on the other hand, was already included in the previous regulation.

*Keywords:* Temporary contract, permanent contract, legal fraud.

## 1. Delimitación normativa de la materia objeto de estudio

La distinción entre un contrato de trabajo de duración indefinida y un contrato de trabajo de duración determinada, ha sido una constante desde la aparición de las primeras normas laborales, y ha generado numerosos litigios habida cuenta la contraposición de intereses en juego.

Este conflicto de intereses entre la empresa y la persona trabajadora, aplicado a la relación individual de trabajo, se manifiesta en que mientras que la empresa estará siempre interesada en obtener una máxima flexibilidad en la gestión de los recursos humanos con el fin de optimizar sus beneficios y adaptarse mejor a las circunstancias cambiantes de la economía y del mercado (mostrando su interés evidente por una contratación temporal y flexible), por el contrario a la persona trabajadora, que depende de su salario como medio de subsistencia, le interesará un máximo de continuidad y seguridad jurídica en su relación laboral, y desde esta perspectiva le interesará una jornada de trabajo estable y a tiempo completo, una remuneración garantizada o con elementos de incertidumbre limitados al máximo, y, por lo que aquí interesa, un contrato de trabajo de duración indefinida<sup>1</sup>.

Siendo ello así, uno de los problemas más graves de nuestro mercado de trabajo ha sido el de los altos índices de temporalidad en la contratación laboral. Para combatir este problema, el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, se fijó como objetivo que el contrato indefinido fuera la regla general y que el contrato temporal tuviera una justificación estrictamente causal, evitando una utilización abusiva del mismo. Y a tales efectos, este Real Decreto-ley introdujo modificaciones importantes en el régimen jurídico de la contratación temporal previsto en los artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET).

El actual artículo 15.1 del ET señala que el contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefinido, y que el contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora. Además, para que se entienda que concurre una causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato: la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Y por lo que aquí interesa, el apartado 4º de este precepto afirma: “Las

---

<sup>1</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 163.

*personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo adquirirán la condición de fijas*". Esta regulación normativa viene a reemplazar el mandato legal del anterior artículo 15.3 del ET (contemplado desde su primera versión de 1980) conforme al cual se presumían *"por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley"*.

Si esto es así respecto de la contratación temporal estructural, el vigente artículo 11.4.h) del ET contiene una previsión similar para las dos modalidades de contrato formativo, al señalar: *"Los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario"*.

Una regulación similar se contempla en los Reales Decretos por los que se desarrollan los artículos 11 y 15 del ET (vigentes en aquello que no se opongan a la actual regulación legal)<sup>2</sup>, y concretamente en el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo por el que se desarrolla el artículo 11 del ET en materia de contratos formativos; en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual; y en el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada.

A lo largo de las siguientes páginas se abordará este mecanismo de transformación del contrato de trabajo temporal estructural y del contrato formativo en otro indefinido por incumplimiento de los requisitos legales para su válida celebración, mecanismo que presenta unos perfiles nada claros, que exigen de interpretaciones correctoras.

## 2. El fundamento jurídico del mecanismo legal

### 2.1. La preferencia legal por la contratación indefinida

El fundamento del mecanismo que estamos estudiando hay que buscarlo en la preferencia legal por la contratación indefinida, que no deja de ser una manifestación del principio de estabilidad en el empleo. Dicho principio ha sido definido<sup>3</sup> como un principio nuclear o "vertebrador" del Derecho del Trabajo, amparado a su vez en el artículo 35 de la Constitución Española, y que se plasma a lo largo del ET mediante distintas reglas jurídico-positivas destinadas a la "conservación" del contrato de trabajo y a otorgarle la mayor duración posible<sup>4</sup>.

Una de estas reglas es la preferencia legal por la contratación indefinida contemplada en el artículo 15.1 del ET tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 32/2021,

---

<sup>2</sup> Por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria única 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.

<sup>3</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUÍZ, I., *La estabilidad en el empleo. Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pp. 53 y ss.

<sup>4</sup> PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004, p. 40.

según el cual: “*El contrato de trabajo se presume concertado por tiempo indefnido*”. Con ello se ha vuelto a incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una previsión que ya se contenía tanto en el artículo 14 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, como en el artículo 15 del ET en su versión de 1980, y que sin embargo fue suprimida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, al sustituir la preferencia legal en favor del contrato de duración indefinida por una disyuntiva entre la contratación laboral indefinida y la temporal, según la cual: el contrato de trabajo podría concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.

Prevista en el artículo 385 de la LEC<sup>5</sup>, la presunción legal ha sido definida por la doctrina científica laboralista<sup>6</sup> como aquella operación intelectual realizada por la ley en virtud de la cual, partiendo de un hecho conocido o suficientemente probado, se llega a la determinación de otro hecho desconocido a través de un enlace o conexión entre ambos. De donde se desprende que toda presunción debe contener un hecho base, un hecho presunto o deducido y un enlace o conexión entre ambos.

Sin embargo, el artículo 15.1 del ET carece del hecho base en el que apoyar el hecho deducido (que es la indefinición del contrato de trabajo), por lo que, desde el punto de vista de la estructura interna de una presunción, no estaríamos en presencia de la misma, aunque la ley utilice el verbo “presumir”. En este punto podemos afirmar que, más que ante una presunción, estaríamos ante una regla que impone la contratación por tiempo indefinido, sin más excepciones que los contratos temporales previstos legalmente, limitando con ello la autonomía de la voluntad de las partes para fijar un término al contrato de trabajo<sup>7</sup>. Ello entronca precisamente con la segunda regla que opera como fundamento del mecanismo que estamos estudiando, que es el principio de causalidad en la contratación temporal, el cual no deja de ser otra manifestación del principio de estabilidad en el empleo.

## 2.2. *El principio de causalidad en la contratación temporal*

Según dicho principio, los contratos temporales en nuestro ordenamiento jurídico han de obedecer a una causa concreta de temporalidad, estando tasados legalmente, sin que el contrato de trabajo pueda quedar sujeto a término por la mera voluntad de

---

<sup>5</sup> Según el artículo 385 de la LEC, con el título: “Presunciones legales”: “1. *Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba.* 2. *Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción.* 3. *Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”.

<sup>6</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, Laborum, Murcia, 2004, pp. 14.

<sup>7</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, ob. cit. p. 170; GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3, extra 0, 2022, p. 21.

las partes<sup>8</sup>. El principio de causalidad en la contratación temporal implica que solamente es posible celebrar contratos temporales en base a una de las causas legalmente establecidas, no pudiéndose formalizar por otros motivos, constituyendo en este punto un límite al principio de autonomía de la voluntad. Por tal motivo, y según el artículo 15.1 del ET también: “*El contrato de trabajo de duración determinada solo podrá celebrarse por circunstancias de la producción o por sustitución de persona trabajadora*”.

En el contrato temporal por circunstancias de la producción, la causa habilitante de la temporalidad aparece descrita en el apartado 2º del artículo 15 del ET, que entiende por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos para la celebración de un contrato fijo discontinuo e incluyendo entre estas oscilaciones, aquellas que derivan de las vacaciones anuales<sup>9</sup>.

Cuando el contrato obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses, si bien por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima hasta un año. Y para el caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

Igualmente, se podrán formalizar estos contratos para atender situaciones ocasionales y previsibles siempre que tengan una duración reducida con un máximo de noventa días en el año natural independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada<sup>10</sup>. Y no podrá identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos anteriores.

En el contrato por sustitución de persona trabajadora, la causa de temporalidad aparece descrita en el apartado 3º del artículo 15 del ET<sup>11</sup>, y consiste en sustituir a una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo<sup>12</sup>, siempre que se especi-

---

<sup>8</sup> POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 151.

<sup>9</sup> La STS de 12 de junio de 2012 (R.º 3375/2011, Sala de lo Social) ya había considerado que era lícita la suscripción de un contrato eventual para la cobertura de las vacaciones de las personas trabajadoras de la plantilla.

<sup>10</sup> En este punto, puede resultar de interés la jurisprudencia sentada en su momento sobre el recurso al contrato eventual en las campañas y trabajos de temporada, como es el caso de las encuestas, las campañas agrícolas, las rebajas, etc.: STS de 5 de julio de 1999 (R.º 2958/1998, Sala de lo Social); STS de 11 de abril de 2006 (R.º 22/2003, Sala de lo Social); STS de 22 de febrero de 2011 (R.º 2498/2010, Sala de lo Social); STS de 26 de octubre de 2016 (R.º 3826/2015, Sala de lo Social).

<sup>11</sup> Véase: NAVARRO NIETO, F., “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022, pp. 133 y ss.

<sup>12</sup> La situación que justifica el recurso a esta modalidad contractual se define por la ausencia en la empresa de una

fique en el contrato de trabajo el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. En tal supuesto, la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días<sup>13</sup>.

Asimismo, podrá concertarse para completar la jornada reducida por otra persona trabajadora, cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo. Y también podrá celebrarse para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo<sup>14</sup>, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima<sup>15</sup>.

La jurisprudencia<sup>16</sup> conceptúa este principio de causalidad en la contratación temporal en el sentido de que no basta la voluntad de las partes de celebrar un contrato de trabajo de duración determinada, sino que ha de concurrir una de las causas específicamente previstas para ello como justificativas de la temporalidad del contrato, causas que además están legalmente tasadas, por lo que, cuando se pretenda utilizar la contratación temporal, el supuesto de hecho debe estar contemplado en uno de los supuestos legales de contratación temporal previstos en el artículo 15 del ET. Es decir, únicamente se puede contratar temporalmente a una persona trabajadora mediante alguna de las modalidades legalmente previstas y cuando concurra la causa justificativa que es propia de cada una de ellas, exigiéndose, además, para que el contrato temporal sea válido, no solo que concurra la causa que lo legitima sino que la misma se especifique con claridad en el propio contrato y, como la temporalidad no se presume, también debe acreditarse su concurrencia real y efectiva, pues, en caso contrario, operará la presunción de indefinición a favor de la contratación indefinida.

Por tal motivo, la redacción legal de 2021 ha ido más allá, y ha introducido por primera vez una nueva precisión en el artículo 15.1 del ET, al señalar: *“Para que se en-*

---

persona trabajadora con derecho a reserva del puesto de trabajo: STS de 5 de julio de 2016 (R.º 84/2015, Sala de lo Social), sin que se exija que la misma derive necesariamente de una previa suspensión del contrato de la persona trabajadora sustituida, pues la norma no lo contempla y existen otras posibilidades que así lo permiten: STS de 26 de mayo de 2021 (R.º 2199/2019, Sala de lo Social).

<sup>13</sup> Se trata de una previsión pensada para aquellos supuestos en los que la persona trabajadora contratada mediante la modalidad de contrato por sustitución pase a desarrollar las mismas funciones que ha venido desarrollando la persona que va a ser sustituida temporalmente, lo cual no siempre será así, puesto que el Tribunal Supremo admite que las funciones que realizaba el empleado sustituido sean encomendadas durante su ausencia, a otro persona trabajadora de la empresa que pueda desarrollarlas más adecuadamente que la persona interina, pasando ésta a desarrollar funciones no coincidentes con las del sustituido, siempre que el puesto de trabajo objeto de la sustitución quede identificado plenamente: STS de 1 de diciembre de 2021 (R.º 110/2022, Sala de lo Social).

<sup>14</sup> Plazo que opera como un término final y no como una condición: STS de 16 de mayo de 2005 (R.º 2646/2004, Sala de lo Social).

<sup>15</sup> Como ya había señalado la STS de 14 de junio de 1999 (R.º 4271/1998, Sala de lo Social).

<sup>16</sup> STS de 5 de mayo de 2004 (R.º 4063/2003, Sala de lo Social); STS de 6 de marzo de 2009 (R.º 1221/2008, Sala de lo Social); STS de 15 de julio de 2009 (R.º 3787/2008, Sala de lo Social); STS de 4 de abril de 2022 (R.º 4913/2021, Sala de lo Social); STS de 21 de junio de 2022 (R.º 7353/2021, Sala de lo Social).

*tienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista*". En este punto, se vincula la existencia real de la causa de temporalidad, a que la misma se especifique "con precisión" en dicho contrato, de modo que, de no hacerse, se entiende que no existe tal causa. Y la consecuencia de no hacer constar en el contrato de trabajo estos requisitos, también será la adquisición de fijeza de la persona trabajadora "ex" artículo 15.4 del ET<sup>17</sup>.

### 3. La naturaleza jurídica del mecanismo legal

#### 3.1. La indefinición del contrato temporal como consecuencia de la nulidad de su cláusula de temporalidad

A la hora de abordar la naturaleza jurídica de este mecanismo contemplado en los artículos 15.4 y 11.4.h) del ET, se pueden ofrecer diversas tesis interpretativas. Una primera tesis<sup>18</sup> parte de la base de entender que el contrato se entiende concertado por tiempo indefinido como consecuencia de la nulidad de su cláusula de temporalidad.

Según esta tesis, los requisitos esenciales exigidos para la validez de los contratos temporales y previstos en los artículos 11 y 15 del ET, son, por regla general, de carácter objetivo, y se refieren al objeto y a la causa del contrato. Estamos, por tanto, ante normas de carácter imperativo absoluto, que regulan los requisitos esenciales exigidos para la válida celebración de alguna de las modalidades de contratación temporal ya sea estructural o formativa. Y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.3 del Código Civil: "los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención".

Lo que, trasladado al ordenamiento jurídico laboral, significa que, si el contrato temporal concertado incumple estas normas y no reúne los requisitos esenciales para su validez, ello no comportará la nulidad del contrato de trabajo en sí mismo, sino la de su cláusula de temporalidad, permaneciendo válido en lo restante, y entendiéndose completado con los preceptos jurídicos adecuados, convirtiéndose por ello en un contrato por tiempo indefinido según se desprende del artículo 9.1 del ET en relación con el art. 6.3 del Código Civil<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Y ello pese a existir una causa cierta y real de temporalidad: MONTOYA MEDINA, D., "Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 3, 2022, pp. 34 y ss.

<sup>18</sup> Así lo entendía con la regulación anterior: BEJARANO HERNÁNDEZ, A., "Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad", *Relaciones Laborales*, n.º 1, 1997, pp.16 y ss.

<sup>19</sup> Según el artículo 9.1 del ET: "Si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1".

### *3.2. La indefinición del contrato temporal como consecuencia de la aplicación de la doctrina del fraude de ley*

Una segunda tesis<sup>20</sup> parte de la base de entender que la previsión contenida en el ET podría explicarse desde la doctrina del fraude de ley, según lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, conforme al cual: “*los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley, y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubiere tratado de eludir*”. Es decir, los contratos concertados al amparo de los preceptos reguladores de cualquiera de las modalidades de contratación temporal previstas en el artículo 15 del ET sin que exista una causa cierta de temporalidad, y con el fin de soslayar las normas reguladoras de la contratación indefinida, no impedirán la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, y por tal motivo se entenderán concertados por tiempo indefinido<sup>21</sup>.

Y en aquellos contratos temporales como son los formativos, en que lo relevante no es tanto la causa que justifica su celebración (dado que los mismos pueden ser concertados para trabajos de carácter permanente), sino otros requisitos de índole subjetiva tales como que la persona trabajadora pueda recibir una formación teórica y práctica mientras presta servicios en la empresa, o que disponga de un título habilitante para poder concertar el contrato, el incumplimiento de tales requisitos no impedirá la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir, que es la de la contratación indefinida.

Esta segunda tesis interpretativa, encuentra precisamente su justificación en la redacción que contenía el artículo 15.3 del ET antes de ser reformado legalmente en 2021, y conforme a la cual, se presumían por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley. Así lo ha entendido el grueso de la doctrina científica<sup>22</sup> que ha tenido ocasión de analizar el precepto afirmando que la nueva regulación legal no hace más que plasmar aquello que se reconocía tradicionalmente: una presunción de indefinición del contrato temporal que ha sido celebrado en fraude de ley. Y, de hecho, así se sigue recogiendo en el artículo 9.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre,

---

<sup>20</sup> Así lo había interpretado con la regulación anterior: PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 249; GIL PLANA, J., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 61; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 16 y ss.

<sup>21</sup> Véase: PURCALLA BONILLA, M.A., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en AA.VV. *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010, pp. 180 y ss.

<sup>22</sup> MONTOYA MEDINA, D., “Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, ob. cit. pp. 34 y ss.; LÓPEZ AHUMADA, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 13, 2022, p. 13; LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 85; POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. p. 257.

por el que se desarrolla el artículo 15 del ET, conforme al cual: “*Se presumirán por tiempo indefinido los contratos de duración determinada celebrados en fraude de ley*”.

### 3.3. *La indefinición del contrato temporal como norma alejada del régimen de las presunciones*

Una tercera tesis interpretativa, ha sido defendida por algunos autores<sup>23</sup> que han afirmado abiertamente que la nueva redacción legal habría transformado radicalmente el anterior sistema de presunciones de carácter indefinido por fraude de ley sin que pueda hablarse en la actualidad, y en sentido estricto, de ningún tipo de presunción legal, sino simplemente de reglas que imponen la indefinición del contrato de trabajo ante el incumplimiento empresarial de los requisitos exigidos legalmente y sin que sea necesario ahora probar el fraude por parte de la persona trabajadora.

Como habría señalado la doctrina judicial<sup>24</sup> a la hora de interpretar este precepto, con la actual regulación desaparece la presunción de indefinición en los supuestos de fraude de ley, no requiriéndose ahora ningún tipo de intencionalidad o negligencia, ni deficiencias en materia de afiliación y cotización, para considerar que el contrato sea de carácter fijo, bastando simplemente con el mero incumplimiento de los requisitos formales que establece la norma.

## 4. El supuesto de hecho: el incumplimiento de los requisitos legales para la válida celebración de los contratos temporales

### 4.1. *El incumplimiento de los requisitos legales en los contratos temporales estructurales*

Tal y como dispone el artículo 15.4 del ET: “*Las personas contratadas incumpliendo lo establecido en este artículo*” adquirirán la condición de fijas. Una cuestión previa a resolver es si el precepto, al sancionar con la adquisición de fijeza el incumplimiento de “*lo establecido en este artículo*” estaría ampliando los motivos de conversión en indefinido del contrato temporal a otros supuestos distintos de los exigidos para la válida celebración de dichos contratos.

Para un sector de la doctrina científica<sup>25</sup>, la actual previsión legal también incluiría el incumplimiento de otros requisitos previstos en el precepto como son: el desconoci-

<sup>23</sup> GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, en GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 51; NAVARRO NIETO, F., “El contrato temporal de sustitución”, ob. cit. pp. 152 y ss.

<sup>24</sup> STSJ del País Vasco, de 9 de mayo de 2024 (R.º 807/2024).

<sup>25</sup> En este sentido: GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, ob. cit. p. 51; IGARTÚA MIRÓ, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022, p. 269; POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. p. 257.

miento del principio de igualdad de derechos entre trabajadores fijos y temporales (art. 15.6), la ausencia informativa a los trabajadores temporales sobre vacantes de puestos permanentes (art. 15.7), la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores sobre los contratos temporales celebrados (art. 15.7), etc.

Sin embargo, desde mi punto de vista, aceptar la conversión en indefinidos de los contratos temporales ante estos incumplimientos sin más, o sin aplicar ningún tipo de criterio atenuador, resulta quizá un tanto desproporcionado. Es por ello que, como ha puesto de manifiesto otro sector de la doctrina científica<sup>26</sup> debiera de prosperar una interpretación restrictiva de los incumplimientos legales que activan la indefinición para referirlos a aquellos que están estrictamente vinculados a los requisitos de validez del propio contrato temporal. Es decir, el presupuesto fáctico de la norma lo conforma el incumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la válida celebración de un contrato temporal, y, por tanto: la celebración de un contrato temporal sin que concurra una causa cierta de temporalidad, o la celebración de un contrato temporal en el que no se especifique con precisión la causa habilitante de la contratación, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista.

Por lo que se refiere al incumplimiento de estos requisitos, la parte interesada deberá demostrarlo, y concretamente deberá probar la inexistencia de una causa de temporalidad, o bien que en el contrato no se especifica con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista (en cuyo caso la prueba resultará relativamente sencilla, dado que tan solo deberá aportar el contrato de trabajo inicialmente celebrado). Es decir, la persona trabajadora deberá probar la abierta y manifiesta contradicción entre los términos del contrato y el ulterior comportamiento adoptado por las partes que lo suscribieron, demostrativo de una relación laboral de carácter indefinido<sup>27</sup>.

Respecto al contrato temporal por circunstancias de la producción<sup>28</sup>, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial han entendido que existe fraude de ley, y en consecuencia cabe entenderlo concertado por tiempo indefinido cuando no existe causa de temporalidad o no se puede acreditar<sup>29</sup> (aunque posteriormente se celebre un contrato en que sí concurra)<sup>30</sup>, cuando el incremento de la actividad productiva carece de la entidad su-

---

<sup>26</sup> PASTOR MARTÍNEZ, A., “La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 152, 2022, p. 28; MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 44ª ed. Tecnos, Madrid, 2023, p. 364.

<sup>27</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 16 y ss.; CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, pp. 106 y ss.

<sup>28</sup> Véase: MORENO GENÉ, J., “Diálogos entre jurisprudencia y legislador reformista de 2021 en materia de contratos de duración determinada”, *Iuslabor*, n.º 1, 2023, pp. 111 y ss.

<sup>29</sup> STSJ de las Islas Baleares, de 27 de febrero de 2019 (R.º 602/2018); STSJ del País Vasco, de 26 de septiembre de 2023 (R.º 1570/2023).

<sup>30</sup> STS de 7 de noviembre de 2005 (R.º 5175/2004, Sala de lo Social); STS de 5 de diciembre de 2005 (R.º 5176/2004, Sala de lo Social).

ficiente<sup>31</sup>, o cuando se celebra un contrato por circunstancias de la producción para cubrir necesidades ordinarias y permanentes de la empresa<sup>32</sup>.

Como hemos visto anteriormente, el artículo 15.1 del ET exige que se especifique con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista, de donde se desprende que la consignación de la causa de temporalidad en este tipo de contratos debe ser clara y precisa. Y, de hecho, según el artículo 3.2.a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET, y tratándose de un contrato por circunstancias de la producción, éste: “*deberá identificar con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo*”<sup>33</sup>.

Inicialmente se discutió si se podía considerar cumplido el requisito de identificación causal con la simple mención o repetición en el contrato de algunas de las causas genéricamente dispuestas en la ley, o si, por el contrario, se requería una labor de individualización que adaptase éstas a las concretas circunstancias que habían motivado a las partes a hacer uso de esta específica modalidad contractual, y la postura jurisprudencial dominante fue la segunda.

En este sentido, la doctrina judicial<sup>34</sup> ha afirmado que la simple repetición del tenor literal del artículo 15.2 del ET, haciendo constar en el contrato fórmulas genéricas que no describan la concreta situación de incremento efectivo y puntual del proceso productivo y vengan a ser una simple reproducción de la fórmula legal, no da cumplimiento a la exigencia de hacer constar con precisión y claridad la causa de la contratación. Y que se presume por tiempo indefinido el contrato por circunstancias de la producción, cuando no se cumple el requisito formal de identificar con claridad y precisión la causa de temporalidad del mismo o la circunstancia que los justifica<sup>35</sup>, o cuando ésta no se expresa en el contrato<sup>36</sup>.

Respecto al contrato por sustitución de persona trabajadora<sup>37</sup>, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial han entendido que existe fraude de ley, y en consecuencia el contrato por sustitución se presume concertado por tiempo indefinido, cuando

<sup>31</sup> STSJ de las Islas Canarias, de 2 de mayo de 2017 (R.º 193/2017).

<sup>32</sup> STS de 20 de marzo de 2002 (R.º 1676/2001, Sala de lo Social); STS de 6 de mayo de 2003 (R.º 2941/2002, Sala de lo Social); STS de 27 de junio de 2018 (R.º 161/2017, Sala de lo Social); STS de 9 de diciembre de 2020 (R.º 3954/2018, Sala de lo Social).

<sup>33</sup> De modo que el actual tenor legal mejoraría el precedente tenor reglamentario. En este sentido: BALLESTER PASTOR, I., “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, n.º 2, 2022, pág. 109 y ss.

<sup>34</sup> STSJ de Cataluña, de 22 de marzo de 1999 (R.º 9219/1998).

<sup>35</sup> STS de 20 de marzo de 2002 (R.º 1676/2001, Sala de lo Social); STS de 13 de julio de 2009 (R.º 2109/2008, Sala de lo Social); STS de 25 de enero de 2011 (R.º 658/2010, Sala de lo Social); STS de 7 de junio de 2011 (R.º 3028/2010, Sala de lo Social); STSJ de Galicia, de 31 de enero de 2024 (R.º 4564/2023); STSJ de Cataluña, de 14 de febrero de 2024 (R.º 6304/2023); STSJ de Cataluña, de 11 de marzo de 2024 (R.º 7322/2023).

<sup>36</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 19 de diciembre de 2008 (R.º 3555/2008); STSJ del País Vasco, de 20 de febrero de 2024 (R.º 131/2024).

<sup>37</sup> Véase: MORENO GENÉ, J., “Diálogos entre jurisprudencia y legislador reformista de 2021 en materia de contratos de duración determinada”, ob. cit. pp. 129 y ss.

no existe una causa que se corresponda con el objeto del contrato<sup>38</sup>, cuando la persona trabajadora ocupa, mediante uno o varios contratos, el mismo puesto de trabajo de modo ininterrumpido durante varios años, desempeñando las mismas funciones por haber incumplido la empresa su obligación de organizar un proceso selectivo para cubrir la vacante<sup>39</sup>, o cuando se presta servicios en un puesto de trabajo fijo no correspondiente al de la persona sustituida<sup>40</sup>.

Por otro lado, al contrato de sustitución también le es de aplicación la regla genérica prevista en el artículo 15.1 del ET, conforme a la cual, en el mismo se ha de especificar con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Tal y como exige el propio artículo 15.3 del ET, en el contrato ha de especificarse el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución. Y según el artículo 4.2.a) del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratos de duración determinada, este contrato: *“deberá identificar al trabajador sustituido y la causa de la sustitución, indicando si el puesto de trabajo a desempeñar será el del trabajador sustituido o el de otro trabajador de la empresa que pase a desempeñar el puesto de aquél”*<sup>41</sup>.

El tono imperativo de estos preceptos, lleva a entender que no estamos ante un simple requisito de forma, sino ante un requisito consustancial de la propia validez y existencia del contrato temporal y por tal motivo, la jurisprudencia<sup>42</sup> ha insistido en que se presume por tiempo indefinido el contrato por sustitución de la persona trabajadora cuando no se identifica en el contrato de trabajo el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución.

Y tratándose de una sustitución por cobertura de vacante, el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, señala en su artículo 4.2.a) “in fine” que: *“el contrato deberá identificar el puesto de trabajo cuya cobertura definitiva se producirá tras el proceso de selección externa o promoción interna”*.

Respecto a la identificación de la vacante, y tras algún pronunciamiento jurisprudencial<sup>43</sup> que inicialmente exigió la perfecta identificación de la misma, lo cierto es que la posterior doctrina en unificación<sup>44</sup> ha rebajado su rigor entendiendo que para concretar el puesto a cubrir basta con precisar la categoría, el lugar o el centro de trabajo en que la plaza está situada, siendo suficiente con la identificación de la plaza se haga de modo suficiente y en condiciones de objetividad<sup>45</sup>.

<sup>38</sup> STSJ de Galicia, de 27 de septiembre de 2018 (R.º 1818/2018); STSJ de Madrid, de 12 de enero de 2024 (R.º 550/2023).

<sup>39</sup> STS de 30 de junio de 2021 (R.º 2492/2019, Sala de lo Social).

<sup>40</sup> STSJ de Andalucía, de 25 de junio de 2020 (R.º 181/2019).

<sup>41</sup> STSJ de Galicia, de 18 de enero de 2024 (R.º 4271/2023).

<sup>42</sup> STS de 10 de julio de 2013 (R.º 1991/2012, Sala de lo Social).

<sup>43</sup> STS de 18 de junio de 1994 (Rec. n.º 182/1994, Sala de lo Social).

<sup>44</sup> STS de 1 de junio de 1998 (Rec. n.º 4063/1997, Sala de lo Social).

<sup>45</sup> STS de 20 de junio de 2000 (Rec. n.º 4282/1999, Sala de lo Social).

#### 4.2. El incumplimiento de los requisitos legales en las dos modalidades de contrato formativo

El artículo 11 del ET recoge los requisitos esenciales para la válida concertación del contrato formativo en sus dos modalidades de compatibilizar la actividad laboral retribuida con los correspondientes procesos formativos en el ámbito de la formación profesional, los estudios universitarios o el Catálogo de especialidades formativas del Sistema Nacional de Empleo (art. 11.2 del ET), y de obtener la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.3 del ET). Habrá que estar por lo tanto a las previsiones contenidas en los apartados 2º y 3º de dicho precepto para verificar el cumplimiento de dichos requisitos de validez y especialmente los referentes a las obligaciones formativas<sup>46</sup>, ya que las mismas constituyen un elemento esencial para la válida celebración de este tipo de contrato<sup>47</sup>.

En este contexto, el artículo 11.4.h) del ET (dentro de lo que son las disposiciones comunes a las dos modalidades de contrato formativo), señala que se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario: “*Los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas*”. Interesa que nos centremos en primer lugar en los contratos formativos celebrados en fraude de ley, y posteriormente en aquellos en que la empresa incumple con sus obligaciones formativas.

La consideración como indefinidos de los contratos formativos celebrados en fraude de ley aparece prevista no solo en el artículo 11.4.h) del ET, sino también en los Reales Decretos de desarrollo del artículo 11 del ET, vigentes en aquello que no se opongan a la vigente regulación legal. Y así, el artículo 22.3 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo por el que se desarrolla el artículo 11 del ET, señala expresamente que: “*Se presumirán por tiempo indefinido los contratos en prácticas y para la formación celebrados en fraude de ley*” (art. 22.3). Y el artículo 14.3 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual señala: “*Se presumirán por tiempo indefinido y a jornada completa los contratos para la formación y el aprendizaje celebrados en fraude de ley*”. De modo que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, la celebración de un contrato formativo con el fin de soslayar la aplicación de la normativa sobre la contratación indefinida, determinará que el contrato se haya celebrado en fraude de ley y, en consecuencia, se presuma por tiempo indefinido y de carácter ordinario.

Y como insistentemente ha recordado la jurisprudencia<sup>48</sup>, el fraude de ley no se presume, sino que debe probarse por quien lo sostenga. Es decir, para que opere la in-

<sup>46</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J., “El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo”, *Iuslabor*, n.º 1, 2002, p. 46.

<sup>47</sup> MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A., “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º extraordinario 1, 2022, p. 80; POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. pp. 139 y ss.

<sup>48</sup> STS de 16 de febrero de 1993 (R.º 2655/1991, Sala de lo Social); STS de 18 de julio de 1994 (R.º 137/1994, Sala de lo Social). Esto no significa que tenga que justificarse específicamente la intencionalidad fraudulenta, sino que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la Ley: STS de 19 de junio de 1995 (R.º 2371/1994, Sala de lo Social).

definición del contrato formativo fraudulento, siempre resultará necesaria una actividad probatoria por la parte interesada (la persona trabajadora), que deberá demostrar que el contrato formativo no reúne los requisitos esenciales para su válida concertación. Naturalmente, el rigor probatorio no puede ser llevado hasta el extremo de exigir en todo caso la prueba plena del fraude, sino que éste podrá admitirse mediante pruebas directas o indirectas<sup>49</sup>.

Por lo que se refiere al incumplimiento de las obligaciones formativas, la consideración como indefinidos de los contratos formativos en aquellos casos en que la empresa incumple dichas obligaciones aparece previsto no solamente en el artículo 11.4.h) del ET, sino también en el artículo 22.4 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET al afirmar: *“El contrato para la formación se considerará de carácter común u ordinario cuando el empresario incumpla en su totalidad sus obligaciones en materia de formación teórica”*.

De estos preceptos se desprende, como vimos en su momento, que el incumplimiento de dichas obligaciones formativas no comportará la nulidad del contrato de trabajo en sí mismo, sino la de su cláusula de temporalidad, permaneciendo válido en lo restante, y entendiéndose completado con los preceptos jurídicos adecuados, convirtiéndose por ello en un contrato por tiempo indefinido según se desprende del artículo 9.1 del ET en relación con el art. 6.3 del Código Civil.

Tratándose del contrato de formación en alternancia, los tribunales lo entienden concertado en fraude de ley, y en consecuencia lo presumen por tiempo indefinido: cuando no se imparte formación teórica o práctica o ésta es insuficiente<sup>50</sup>, cuando se dispone de conocimientos y titulación para desempeñar funciones superiores a la asignada<sup>51</sup>, cuando no se tutela el proceso formativo<sup>52</sup>, cuando la persona trabajadora dispone de la titulación para celebrar un contrato para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados<sup>53</sup>, cuando la duración de la jornada es superior a la legalmente establecida<sup>54</sup>, cuando existe una falta de adecuación entre el trabajo efectivo y el objeto del contrato<sup>55</sup>, o cuando la persona trabajadora prestó servicios con anterioridad en el mismo puesto de trabajo superándose el umbral de la duración máxima legal<sup>56</sup>.

Y tratándose del contrato para la obtención de una práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursados, los tribunales han entendido que existe fraude de ley y por tanto cabe entenderlo concertado por tiempo indefinido: cuando la persona trabajadora carece de título habilitante para celebrar el contrato o éste no resulta idóneo<sup>57</sup>,

<sup>49</sup> STS de 21 de junio de 2004 (R.º 3143/2003, Sala de lo Social).

<sup>50</sup> STS de 30 de junio de 1998 (R.º 3675/1997, Sala de lo Social); STS de 31 de mayo de 2007 (R.º 401/2006, Sala de lo Social); STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 2021 (R.º 2343/2020).

<sup>51</sup> STS de 18 de diciembre de 2000 (R.º 456/2000, Sala de lo Social).

<sup>52</sup> STSJ de Andalucía, de 24 de junio de 2004 (R.º 1850/2004).

<sup>53</sup> STS de 18 de diciembre de 2000 (R.º 456/2000, Sala de lo Social).

<sup>54</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 15 de noviembre de 2001 (R.º 2439/2001).

<sup>55</sup> STSJ de Galicia, de 16 de abril de 2010 (R.º 4411/2006).

<sup>56</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de febrero de 2017 (R.º 1693/2016).

<sup>57</sup> STS de 13 de mayo de 1992 (R.º 1040/1991, Sala de lo Social); STSJ de Madrid, de 12 de febrero de 2018 (R.º 1172/2017).

cuando existe una falta de adecuación entre la titulación y las prácticas profesionales a desarrollar y el puesto de trabajo no permite obtener la práctica profesional adecuada al nivel de estudios cursado<sup>58</sup>, cuando el contrato se celebra transcurridos los plazos fijados legalmente desde la terminación de los estudios<sup>59</sup>, cuando la persona trabajadora había prestado servicios anteriormente para la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo<sup>60</sup>, cuando se ha suscrito un contrato anterior por el tiempo máximo legal en base a la misma titulación<sup>61</sup>, cuando se incumplen las obligaciones formativas<sup>62</sup>, o cuando no existe supervisión o no se designa tutor por la empresa<sup>63</sup>.

## 5. La consecuencia jurídica: la indefinición del contrato de trabajo

### 5.1. La consecuencia jurídica en los contratos temporales estructurales

La consecuencia jurídica de incumplir los requisitos legales para la válida celebración de un contrato de trabajo temporal es la adquisición de fijeza de la persona trabajadora. Y todo ello sin olvidar, claro está, que las consecuencias de la fijeza que se derivan legalmente vienen siendo excepcionadas por la jurisprudencia<sup>64</sup> cuando la empresa es una Administración Pública, ya que, en tales casos, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público determinan que la persona trabajadora no pueda ser considerada fija de plantilla, sino indefinida no fija, a la espera de que se convoque y supere el oportuno proceso selectivo<sup>65</sup>. Aunque no han faltado autores<sup>66</sup> que han defendido que, con la actual regulación, al afirmarse que la persona trabajadora adquirirá la condición de “fija”, y no de “indefinida”, podría plantearse la duda de si la contratación temporal ilícita en el sector público precipitaría la fijeza en los términos del EBEP<sup>67</sup>.

<sup>58</sup> STSJ de Extremadura, de 25 de enero de 2021 (R.º 499/2020).

<sup>59</sup> STSJ de Galicia, de 16 de febrero de 2001 (R.º 298/2001).

<sup>60</sup> STSJ de Andalucía, de 21 de julio de 2016 (R.º 1209/2016).

<sup>61</sup> STSJ de Canarias, de 1 de febrero de 2021 (R.º 1054/2020).

<sup>62</sup> STSJ de Cataluña, de 10 de diciembre de 1993 (R.º 7068/1993).

<sup>63</sup> STSJ de Castilla y León, de 12 de mayo de 2015 (R.º 685/2015).

<sup>64</sup> STS de 20 de enero de 1998 (R.º 317/1997, Sala de lo Social); y STS de 21 de enero de 1998 (R.º 315/1997, Sala de lo Social).

<sup>65</sup> PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, ob. cit. pp. 218 y ss.

<sup>66</sup> NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el Real Decreto-ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, presunciones y sanciones”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3 extra 0, 2022, p. 34.

<sup>67</sup> La STJUE de 22 de febrero de 2024 (asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22, Consejería de Presidencia, Justicia e Interior de la Comunidad de Madrid, UNED, y la Agencia Madrileña de Atención Social de la Comunidad de Madrid) y posteriormente la STJUE de 13 de junio de 2024 (asuntos acumulados C-331/22 y C332/22, Dirección General de la Función Pública, adscrita al Departamento de la Presidencia de la Generalitat de Catalunya, y el Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya), ha afectado decididamente a esta materia, al afirmar que esta calificación no es una respuesta adecuada para combatir el abuso en la contratación temporal sucesiva, abriendo con ello la puerta a la declaración de fijeza de estos trabajadores. Lo que a su vez ha provocado una respuesta por parte del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 2024 (R.º 4962/2022, Sala de lo Social) afirmando que dicha interpretación resulta incompatible con el sistema español de acceso a la función pública.

Naturalmente, la cuestión a dilucidar es si esta conversión en indefinido del contrato de trabajo temporal concertado sin reunir los requisitos legales para su válida celebración admite o no admite prueba en contra por parte de la empresa sobre naturaleza temporal de los servicios prestados o el carácter temporal del contrato celebrado.

Un sector de la doctrina científica<sup>68</sup> ha afirmado, abiertamente, que, para el caso de entender que estamos ante una presunción de indefinición del contrato de trabajo, la empresa siempre podría probar la naturaleza temporal de los servicios prestados o el carácter temporal del contrato celebrado, y ello, aunque el contrato temporal se hubiera celebrado en fraude de ley. Este sector doctrinal se basa en la dicción literal del artículo 385.3 de la LEC, conforme al cual: “*Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba*”, y ante el silencio del ET en este punto, la indefinición contractual que estamos analizando, admitiría prueba en contra.

Sin embargo, coincido con el grueso de la doctrina científica<sup>69</sup> que ha tenido ocasión de analizar este precepto tras la redacción dada en 2021, al afirmar que la conversión en indefinido del contrato temporal no admitiría prueba en contra por parte de la empresa, de modo similar a lo que sucedía con la regulación anterior en los casos en que se presumía por tiempo indefinido el contrato temporal celebrado en fraude de ley<sup>70</sup>, y ello por ser un acto que no impediría la debida aplicación de la norma que se intentaba eludir.

Así se desprende además de una interpretación literal de la norma, ya que cuando el ET ha permitido a la empresa probar el carácter temporal de un contrato transformado en indefinido, lo ha hecho constar expresamente, como sucede en los casos de ausencia de forma escrita en la contratación temporal (art. 8.2 del ET) o en la conversión en indefinido del contrato de trabajo temporal una vez agotado su plazo máximo sin que medie denuncia por alguna de las partes y se continúe en la prestación de servicios (art. 49.1.c) del ET). Y, sin embargo, esto no ha sucedido con el mecanismo que estamos analizando aquí.

El principal problema a resolver es si cabe predicar también la imposibilidad de prueba en contra en aquellos casos en que en el contrato temporal no se ha especificado con precisión la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias con-

---

<sup>68</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., CARDENAL CARRO, M., *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La ley, Madrid, 1996, p. 55; GIL PLANA, J., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, ob. cit. pp. 58.

<sup>69</sup> MONTOYA MEDINA, D., “Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, ob. cit. pp. 34 y ss.; LÓPEZ AHUMADA, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, ob. cit. p. 13; LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, ob. cit. p. 87; GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, ob. cit. p. 50; MORENO VIDA, M.N., “El contrato temporal por razones productivas”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022, p. 130; POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. p. 258; SALA FRANCO, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 52; LÓPEZ TERRADA, E., *La redefinición de la temporalidad y fijeza laborales: nuevos límites, nuevas incertidumbres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 131.

<sup>70</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, ob. cit. p. 170; OJEDA AVILES, A., GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006, p. 189.

cretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. Y al respecto caben dos interpretaciones.

La primera de ellas es que la ausencia de identificación causal en el contrato temporal o su identificación imprecisa, no provocaría otra consecuencia que una indefinición del contrato, que admitiría prueba en contra de la naturaleza temporal del mismo, de manera similar a como se recoge en el artículo 8.2 del ET conforme al cual: *“de no observarse esta forma escrita, el contrato de trabajo se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”*.

Tradicionalmente, tanto la jurisprudencia<sup>71</sup> como la doctrina judicial<sup>72</sup> venían concibiendo dichos incumplimientos en los contratos temporales como meras irregularidades formales que permitían a la empresa probar el carácter causal de la contratación, pese a no haberse precisado de manera clara y concisa la causa de temporalidad en el contrato de trabajo o pese a existir un error en la modalidad contractual celebrada. En ambos casos no cabría apreciar ningún tipo de fraude de ley, dado que el acto contraventor de la norma, no sería, en puridad, contrario a Derecho, sino que sería un acto irregular subsanable<sup>73</sup>.

Así lo manifestaba expresamente el Tribunal Supremo<sup>74</sup> al afirmar que la falta de precisión en el contrato en cuanto a la causa justificante de la temporalidad opera como un incumplimiento de la forma escrita del contrato, que conlleva la presunción “*iuris tantum*” de su carácter indefinido, la cual cede cuando la temporalidad se deduce de la propia naturaleza de los servicios contratados. Esta interpretación partía de la base de entender que las consecuencias que se derivan de un eventual incumplimiento de estos requisitos específicos que ha de reunir el contrato temporal, no tendrían que diferenciarse de las consecuencias derivadas de la omisión total de la forma escrita del contrato y previstas en el artículo 8.2 del ET. De manera que, como indicaba la doctrina judicial<sup>75</sup>: “si la total inobservancia de la exigible forma escrita sólo produce la mencionada presunción, no resulta lógico atribuir mayores consecuencias a defectos formales de menor entidad”.

De no aceptarse esta interpretación resultaría que mientras que el incumplimiento total de la forma escrita en un contrato temporal determinaría la presunción “*iuris tantum*” de indefinición del mismo, presunción que admitiría prueba en contra de la naturaleza temporal de los servicios por la empresa (art. 8.2 del ET), por el contrario el incumplimiento formal de carácter parcial de un contrato temporal (como podría ser, por ejemplo, la falta de consignación en el contrato de la relación entre su duración y la causa que lo justifica), determinaría su conversión en indefinido “*iuris*

<sup>71</sup> STS de 8 de abril de 2009 (R.º 788/2008, Sala de lo Social); STS de 7 de junio de 2011 (R.º 308/2010, Sala de lo Social).

<sup>72</sup> STSJ de Cataluña, de 14 de septiembre de 2001 (R.º 2879/ 2001).

<sup>73</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 5 y ss.

<sup>74</sup> STS de 5 de mayo de 2004 (R.º 4063/2003, Sala de lo Social).

<sup>75</sup> STSJ de las Islas Canarias, de 9 de abril de 1999 (R.º 223/1999).

et de iure”, no admitiendo prueba en contra por parte de la empresa<sup>76</sup>, lo cual sería un contrasentido.

La segunda interpretación es aquella conforme a la cual la causa de temporalidad ha de constar necesariamente por escrito en el contrato de trabajo con carácter sustancial, de modo que su ausencia determinaría la transformación del contrato en indefinido, sin posibilidad de prueba en contrario, a modo de presunción “iuris et de iure”. Desde mi punto de vista, esta segunda interpretación es la que debe prosperar con el vigente tenor literal del precepto. Así se desprende del actual artículo 15.1 del ET, al señalar que para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad, “*será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato*”: la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista”. De modo que las personas contratadas “*incumpliendo lo establecido en este artículo*” adquirirán la condición de fijas (art. 15.4 del ET).

Actualmente la norma atribuye la condición de fija a la persona trabajadora cualquiera que sea el incumplimiento de las previsiones de contratación temporal estructural del artículo 15 del ET, tanto por no existir una causa cierta de temporalidad, como por no hacerla constar adecuadamente en el contrato de trabajo, lo que permite concluir que la presunción de indefinición “iuris et de iure” operaría incluso ante meras irregularidades formales.

La identificación precisa y ajustada de la causa de temporalidad del contrato forma parte de los requisitos sustantivos de la modalidad contractual elegida y constituye un elemento imprescindible para poder hacer valer la temporalidad de la relación laboral. A diferencia de la ausencia de forma escrita, la identificación causal en el contrato de duración determinada es consustancial a la temporalidad, y su ausencia no puede provocar otros efectos que los de la fijeza contractual, sin posibilidad de prueba en contrario<sup>77</sup>. Y ello tanto para el contrato por circunstancias de la producción, como para el contrato por sustitución. En consecuencia, el precepto establecería, aunque no utilice esta terminología, una conversión legal con carácter “iuris et de iure”, sin admitirse prueba en contrario. Y cuando la causa de temporalidad no ha sido definida, ni por escrito, ni por ningún otro modo en el contrato de trabajo, el mismo se entendería concertado por tiempo indefinido, sin que quepa actividad probatoria dirigida a mantener su temporalidad<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> STS de 21 de septiembre de 1993 (R.º 129/1993, Sala de lo Social).

<sup>77</sup> POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. pp. 197 y 223; LÓPEZ TERRADA, E., “La complejidad interpretativa del régimen estatutario de la contratación temporal: principales ejemplos y propuestas de solución”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 3, n.º 1, 2024, p. 54; IGARTÚA MIRÓ, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, ob. cit. p. 271; LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, ob. cit. p. 87; GIL PLANA, J., “Reforma de la contratación laboral”, en AA.VV. *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, La Ley, Madrid, 2023, p. 83; LÓPEZ TERRADA, E., *La redefinición de la temporalidad y fijeza laborales: nuevos límites, nuevas incertidumbres*, ob. cit. p. 134; BALLESTER PASTOR, I., “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 2, 2022, pág. 110.

<sup>78</sup> Ahora bien, si la identificación causal no se plasmó por escrito, pero fue expresada oralmente, siendo consciente de ello el trabajador, entonces sí estaríamos ante una mera irregularidad formal que permite ser subsanada a través de la oportuna prueba de la naturaleza temporal del contrato: PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, ob. cit. p. 126.

## 5.2. La consecuencia jurídica en las dos modalidades de contrato formativo

Como ha podido observarse, el artículo 15.4 del ET tan solo contempla la indefinición de los contratos temporales previstos en el artículo 15 del ET (contrato por circunstancias de la producción, y contrato para la sustitución de persona trabajadora), pero no la de las dos modalidades de contrato formativo, previstas en el artículo 11 del ET. Para el contrato formativo, habrá que acudir al artículo 11.4.h) del ET, según el cual: los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas “*se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario*”. Con ello se habría mejorado la técnica legislativa que constaba en la precedente redacción. Con la actual regulación, no es que los contratos formativos (en puridad las dos modalidades de contrato formativo) se presuman concertadas por tiempo indefinido, sino que “*se entenderán*” concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario.

Tal y como acertadamente ha defendido un sector de la doctrina científica<sup>79</sup>, una vez que el fraude de ley concurre por haber sido probado, el contrato de trabajo no es que se “presuma” por tiempo indefinido, sino que en realidad “es” indefinido. Entender lo contrario supondría reabrir la cuestión sobre si esa presunción, a su vez, puede ser destruida por cualquier medio de prueba, lo cual es propiamente absurdo: obligaría a probar primero el fraude y, después, que no concurre alguna otra posible causa de temporalidad, lo que supondría un encadenamiento diabólico de la actividad probatoria. Por ello la utilización actual del término “*se entenderá*” es mucho más acertada y equivale a decir que el contrato temporal formativo fraudulento se considerará en realidad indefinido<sup>80</sup>.

Es evidente que, en la mayoría de los casos, la ley que se intenta eludir con la contratación formativa fraudulenta es precisamente aquella que regula la contratación indefinida. Y en estos casos, la aplicación del artículo 6.4 del Código Civil conduciría a la aplicación de la norma eludida, que no sería otra que la del contrato indefinido, lo que daría lugar a la fijeza contractual, aunque nada dijera el artículo 11.4.h) del ET. Pero excepcionalmente puede suceder que las normas eludidas sean las que disciplinan otras modalidades contractuales temporales, como sería el caso de utilizar un contrato formativo cuando en realidad debiera de haberse celebrado alguno de los contratos temporales causales previstos en el artículo 15 del ET. Por este motivo un sector de la doctrina científica<sup>81</sup> ha entendido que estaríamos ante una recepción “singularizada” del fraude de ley en el ámbito laboral, dado que en sentido estricto las normas eludidas pueden ser también las que disciplinan las distintas modalidades contractuales temporales.

<sup>79</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, ob. cit. p. 170.

<sup>80</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 4 y ss.

<sup>81</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, ob. cit. pp. 108 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 16 y ss.

En cualquier caso, la consecuencia prevista de forma implícita en el artículo 6.4 del Código Civil para el fraude de ley es clara y terminante: opera como si se tratase de una presunción “*iuris et de iure*”, no admitiéndose prueba en contra sobre el hecho deducido que pretendiera acreditar la naturaleza temporal de la prestación<sup>82</sup>. Y, de hecho, puede fácilmente constatarse que la presunción contenida en el artículo 11.4.h) del ET no admite prueba en contrario de manera similar a la sanción de nulidad del acto contrario a las normas imperativas o prohibitivas contenida en el artículo 6.3 del Código Civil.

Ahora bien, una cuestión a analizar es si esta conversión en indefinido sin admisión de prueba en contra del contrato formativo celebrado en fraude de ley o con incumplimiento de las obligaciones formativas, cabe extenderla también a aquellos casos en que el contrato formativo ha incurrido en irregularidades formales. Ciertamente, el artículo 11 del ET no contempla una previsión similar a la establecida en el artículo 15 del ET según la cual, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario “*que se especifiquen con precisión en el contrato*”: la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. La razón de ser parece obvia, dado que la persona trabajadora con un contrato formativo puede estar destinada a realizar tareas permanentes en la empresa, por lo que la especificación de la causa de temporalidad en el contrato puede quedar vacía de contenido.

Un sector de la doctrina científica<sup>83</sup> ha entendido que, a diferencia de los contratos temporales causales, las irregularidades formales en el contrato formativo determinarían su conversión en indefinido, pero admitirían prueba en contra por parte de la empresa. Esa falta de especificación en el contrato no tendría la entidad suficiente como para ser considerada un acto contrario a la ley, sino tan solo una mera irregularidad formal que no afectaría al carácter temporal del contrato formativo<sup>84</sup>. Según este sector doctrinal, si la omisión total de la forma escrita en el contrato formativo, determinará la presunción “*iuris tantum*” de indefinición del mismo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 8.2 del ET, también serían susceptibles de generar las mismas consecuencias aquellas irregularidades de carácter parcial consistente, no en omitir absolutamente la forma escrita, sino alguna de las menciones que obligatoriamente deben constar en el contrato escrito.

Y así se desprendería meridianamente del artículo 22.1 del Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del ET, y del artículo 14.1 del

---

<sup>82</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Artículo 15. Duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983, pp.36 y ss.; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 5 y ss.; PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, ob. cit. p. 216; MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M., “El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 152, 2022, p. 96; GARRIDO PÉREZ, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022, p. 98.

<sup>83</sup> PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, ob. cit. p. 129.

<sup>84</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, ob. cit. pp. 13 y ss.

Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, cuando afirman que se presumirán por tiempo indefinido ambas modalidades de contrato formativo: “cuando no se hubiesen observado las exigencias de formalización escrita, salvo prueba en contrario que acredite su naturaleza temporal”. El uso en plural del término “exigencia” evidenciaría que la razón de ser de la conducta infractora iría más allá de los casos de ausencia de forma escrita e incluiría también a las omisiones parciales o inexactitudes en el documento contractual.

Sin embargo, desde mi punto de vista, estas irregularidades formales a las que hemos hecho referencia, también podrían provocar una presunción “iuris et de iure” de indefinición de este contrato. El artículo 11.4.c) del ET, dentro de lo que son las disposiciones comunes a ambas modalidades de contrato formativo, señala expresamente que: “El contrato, que deberá formalizarse por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 8, incluirá obligatoriamente el texto del plan formativo individual al que se refieren los apartados 2. b), c), d), e), g), h) y k) y 3.e) y f), en el que se especifiquen el contenido de las prácticas o la formación y las actividades de tutoría para el cumplimiento de sus objetivos. Igualmente, incorporará el texto de los acuerdos y convenios a los que se refiere el apartado 2.e)”.

Por otro lado, el Real Decreto 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla este precepto estatutario exige que, en el contrato para la puesta en práctica del nivel de estudios cursados, conste por escrito: la titulación del trabajador, la duración del contrato y el puesto de trabajo a desempeñar (art. 3). Y el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual insiste en que estos contratos se formalicen por escrito junto con los anexos relativos a los acuerdos para la actividad formativa (art. 7.1).

Los requisitos que han de constar necesariamente por escrito en las dos modalidades de contrato formativo y contemplados en el artículo 11.4.c) del ET y en los Reales Decretos de desarrollo (plan formativo, titulación, duración del contrato, puesto de trabajo a desempeñar, etc.) son condiciones mínimas cuya ausencia impide confrontar la realidad declarada por las partes con el sustrato fáctico al que pretenden dar cobertura jurídica, de modo que la defectuosa plasmación de estos elementos esenciales será constitutiva de un incumplimiento de sus requisitos de validez, ya que pueden encubrir prácticas fraudulentas y abusivas en materia de contratación, y por ello permiten activar la indefinición contractual sin que quepa prueba en contra a cargo de la empresa.

Además, como hemos visto, en el contrato formativo no existe, en sentido estricto, una necesidad temporal que sirva para justificar su uso ya que la contratación formativa, por sí misma, no encuentra justificación en necesidades temporales de la empresa, sino más bien todo lo contrario. Y esta circunstancia hará especialmente compleja por no decir imposible la prueba empresarial destinada a evitar la fijeza de la persona trabajadora<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, ob. cit. p. 132; APILLUELO MARTÍN, M., *El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 108.

## 6. Conclusiones

- I. Tras la reforma operada por Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, el ET entiende concertados por tiempo indefinido los contratos temporales estructurales y las dos modalidades de contrato formativo cuando se incumplen determinados requisitos legales. Y así, según el artículo 15.4 del ET, las personas contratadas incumpliendo lo establecido en dicho artículo adquirirán la condición de fijas (lo que supone un cambio en el tratamiento frente a la presunción de indefinición del contrato de trabajo temporal celebrado en fraude de ley que preveía la anterior regulación). Y según el artículo 11.4.h) del ET los contratos formativos celebrados en fraude de ley o aquellos respecto de los cuales la empresa incumpla sus obligaciones formativas se entenderán concertados como contratos indefinidos de carácter ordinario.
- II. El fundamento de ambas normas hay que buscarlo en el principio de estabilidad en el empleo, como principio nuclear o vertebrador del Derecho del Trabajo, y más concretamente en dos de sus manifestaciones: en la preferencia legal por el contrato indefinido, que se plasma en la presunción de indefinición del contrato de trabajo prevista en el artículo 15.1 del ET; y en el principio de causalidad en la contratación temporal, conforme al cual, únicamente es posible celebrar un contrato de trabajo temporal siempre que exista una causa cierta de temporalidad y conforme a las modalidades tasadas legalmente, limitando con ello la autonomía de la voluntad para fijar un término final al contrato de trabajo.
- III. Por lo que se refiere a su naturaleza jurídica, ambos preceptos trasladan al ordenamiento jurídico laboral dos previsiones contenidas en Código Civil de modo que si un contrato temporal se concierta infringiendo las normas imperativas reguladoras de su régimen jurídico, ello no comportará la nulidad del contrato de trabajo en sí mismo, sino la de su cláusula de temporalidad, permaneciendo válido en lo restante y completándose con los preceptos jurídicos adecuados, convirtiéndose, por tanto, en un contrato por tiempo indefinido (artículo 6.3 del Código Civil y 9.1 del ET). Y si un contrato temporal se celebra sin una causa cierta de temporalidad, con el fin de evitar la aplicación de las normas reguladoras de la contratación indefinida, el contrato se entenderá concertado en fraude de ley, y la consecuencia será la inaplicación del régimen jurídico propio de la contratación temporal y la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, que sería la regulación jurídica del contrato indefinido (art. 6.4 del Código Civil).
- IV. El supuesto de hecho de ambas normas lo conforma el incumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la válida celebración de un contrato temporal estructural, el incumplimiento de las obligaciones formativas en un

contrato formativo, o la celebración del mismo en fraude de ley. Pero también aquellos casos en que la causa de temporalidad en un contrato temporal estructural o ciertos requisitos de validez en un contrato formativo, no aparecen debidamente especificados en el contrato. Estos son los requisitos cuyo incumplimiento determinaría la conversión en indefinido del contrato temporal, sin que pueda prosperar una interpretación extensiva conforme a la cual, cualquier otro incumplimiento empresarial de lo dispuesto en el artículo 15 del ET permitiría activar la indefinición de contrato de trabajo, como por ejemplo: la ausencia informativa a los trabajadores temporales sobre vacantes de puestos permanentes, la falta de comunicación a los representantes legales de los trabajadores sobre los contratos temporales celebrados, etc.

- V. Respecto a la consecuencia jurídica, la persona trabajadora adquirirá la condición de fija en la empresa, sin que la indefinición de su contrato de trabajo admita prueba en contra por parte de la empresa sobre el carácter temporal del contrato celebrado o de los servicios prestados, al ser ésta la consecuencia de los actos contrarios a normas imperativas o en fraude de ley. Y esta consecuencia también sería aplicable en aquellos casos en que no se especificara con precisión en el contrato temporal: la causa habilitante de la contratación, las circunstancias que la justifican y su conexión con la duración prevista; o cuando en el contrato formativo no se identificaran los requisitos intrínsecos para su validez, como pueden ser el plan formativo, la titulación, o la duración del contrato. Tal circunstancia resulta de difícil conjunción con la previsión contenida en el artículo 8.2 del ET, que, tras presumir por tiempo indefinido el contrato de trabajo temporal en aquellos supuestos en que no se observa la exigencia de forma escrita, admite sin embargo la prueba en contra de la naturaleza temporal de los servicios prestados.

## 7. Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, M.R., “Duración del contrato, jornada y salario”, en AA.VV. *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- APILLUELO MARTÍN, M., *El contrato para la formación y el aprendizaje: la cualificación profesional como clave*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- BALLESTER PASTOR, I., “La reformulación de los contratos temporales causales: avances, inercias y nuevos peligros”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*, n.º 2, 2022.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A., “Presunción de duración indefinida del contrato y prueba de su temporalidad”, *Relaciones Laborales*, n.º 1, 1997.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., *La estabilidad en el empleo. Un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

- CERVILLA GARZÓN, M.J., “El avance hacia la menor temporalidad y la mayor capacidad formativa del nuevo contrato formativo”, *Iuslabor*, n.º 1, 2002.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M., *Las presunciones como método de prueba en el proceso laboral. Especial referencia a la “presunción de duración indefinida del contrato de trabajo”*, Laborum, Murcia, 2004.
- GARRIDO PÉREZ, E., “El nuevo régimen jurídico de los contratos formativos tras el RDL 32/2021: la centralidad estructural y finalista de la formación”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022.
- GIL PLANA, J., “Reforma de la contratación laboral”, en AA.VV. *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, La Ley, Madrid, 2023.
- GIL PLANA, J., SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La presunción jurídica en el Derecho del Trabajo*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- GOERLICH PESET, J.M., “La reforma de la contratación laboral”, en GOERLICH PESET, J.M., MERCADER UGUINA, J., DE LA PUEBLA PINILLA, A., *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., “Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3, extra 0, 2022.
- IGARTÚA MIRÓ, M.T., “Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 161, 2022.
- LÓPEZ AHUMADA, J.E., “La reforma del sistema de contratación temporal desde la perspectiva del fomento de la contratación indefinida y la reducción del abuso de la temporalidad: Análisis del Real Decreto-ley 32/2021”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 13, 2022.
- LÓPEZ BALAGUER, M., RAMOS MORAGUES, F., *La contratación laboral en la reforma de 2021. Análisis del RDL 32/2021, de 28 de diciembre*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- LÓPEZ TERRADA, E., “La complejidad interpretativa del régimen estatutario de la contratación temporal: principales ejemplos y propuestas de solución”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, vol. 3, n.º 1, 2024.
- LÓPEZ TERRADA, E., *La redefinición de la temporalidad y fijeza laborales: nuevos límites, nuevas incertidumbres*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- MARTÍNEZ EMPERADOR, R., “Artículo 15. Duración del contrato de trabajo y la contratación temporal”, en AA.VV. *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo IV, Edersa, Madrid, 1983.
- MERCADER UGUINA, J.R., MORENO SOLANA, A., “La última reforma de los contratos formativos: un nuevo intento para potenciar su utilización y mejorar la formación de los jóvenes”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado. Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, n.º extraordinario 1, 2022.
- MONTOYA MEDINA, D., “Estabilidad y contención de la temporalidad en la reforma laboral española de 2021”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n.º 3, 2022.

- MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*, 44ª ed. Tecnos, Madrid, 2023.
- MORENO GENÉ, J., “Diálogos entre jurisprudencia y legislador reformista de 2021 en materia de contratos de duración determinada”, *Iuslabor*, n.º 1, 2023.
- MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A.M., “El nuevo contrato formativo: una apuesta decidida por la formación como mecanismo de inserción laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 152, 2022.
- MORENO VIDA, M.N., “El contrato temporal por razones productivas”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022.
- NAVARRO NIETO, F., “El contrato temporal de sustitución”, *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n.º 161, 2022.
- NIETO ROJAS, P., “La contratación temporal en el Real Decreto-ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, presunciones y sanciones”, *Labos. Revista de Trabajo y Protección Social*, vol. 3 extra 0, 2022.
- OJEDA AVILES, A., GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Los contratos de trabajo temporales*, Iustel, Madrid, 2006.
- PASTOR MARTÍNEZ, A., “La reforma de los contratos de duración determinada (art. 15 TRLET). Una aproximación a la regulación del RD-L 32/2021”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, n.º 152, 2022.
- PÉREZ REY, J., *Estabilidad en el empleo*, Trotta, Madrid, 2004.
- PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- POQUET CATALÀ, R., *Los nuevos contratos formativos y de duración determinada*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- PURCALLA BONILLA, M.A., “El fraude de ley en la contratación temporal”, en AA.VV. *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Comares, Granada, 2010.
- SALA FRANCO, T., *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., CARDENAL CARRO, M., *Los contratos temporales ordinarios en el ordenamiento laboral*, La ley, Madrid, 1996.

# La prohibición de la esclavitud y otras prácticas análogas en el sistema europeo de derechos humanos: evolución y preguntas sin respuesta\*

## The prohibition of slavery and similar practices in the European human rights system: evolution and unanswered questions

Ana Belén Valverde-Cano\*

*Investigadora Ramón y Cajal del área de Derecho Penal  
Universidad Complutense de Madrid*

Recibido: 19/12/2024

Aceptado: 19/2/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9408

*Resumen:* El artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe la esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso, ha evolucionado en su aplicación para incluir la trata de personas. Si bien esto amplía la protección de derechos, también genera desafíos significativos, como la necesidad de definir un umbral mínimo de severidad que preserve la eficacia del sistema. Este umbral debería basarse en los elementos “clásicos” del régimen contra el trabajo forzoso, la servidumbre y la esclavitud, como la coacción y la gravedad de la explotación, que son criterios esenciales para diferenciar entre conductas que justifican sanciones graves y aquellas que, aunque reprochables, no deberían encajar en el ámbito del artículo 4.

*Palabras clave:* Esclavitud, servidumbre, trabajo forzoso, trata de seres humanos, artículo 4 CEDH, jurisprudencia TEDH.

*Abstract:* Article 4 of the European Convention on Human Rights (ECHR), which prohibits slavery, servitude and forced labour, has evolved in its application to include human trafficking. While this broadens the protection of rights, it also raises significant challenges, such as the need to define a minimum threshold of severity that preserves the effectiveness of the system. This threshold should be grounded in the ‘classical’ elements of the legal framework addressing forced

---

\*Esta publicación se ha elaborado en el marco de los proyectos RYC2022-037101-I/PID2022-141837OB-I00/PID2022-141824OB-I00. Quiero agradecer especialmente al profesor Esteban Pérez Alonso por la discusión continua de muchas de las ideas que aparecen en este texto. Este trabajo está dedicado a Inmaculada Ramos Tapia†, con quien inicialmente planeé escribirlo.

anabeval@ucm.es

labour, servitude, and slavery –namely, coercion and the severity of exploitation– as these are critical in distinguishing conduct warranting the most serious sanctions from that which, while objectionable, does not fall within the protective scope of Article 4.

*Keywords:* Slavery, servitude, forced labour, human trafficking, article 4 ECHR; ECtHR case-law.

## 1. Introducción

En la actualidad, existe un *corpus* jurídico consolidado en el Derecho internacional de los derechos humanos que prohíbe la esclavitud y prácticas similares<sup>1</sup>. Este ha sido objeto de un intenso (y fructífero) desarrollo normativo, que se ha caracterizado por las notas progresividad en la determinación de los conceptos, así como por su carácter fragmentado y politizado. Así, la determinación de los límites conceptuales de lo que significaba ser sometido a “esclavitud”, “servidumbre” o “trabajo forzoso”, fue una tarea que ocupó gran parte del siglo XX, y no estuvo exenta de vaivenes<sup>2</sup>. Se desarrolló, además, de una manera muy fragmentada: el régimen contra el trabajo forzoso se encomendó a la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>3</sup>; otras modalidades de esclavitud o prácticas análogas, en cambio, primero a la Sociedad de Naciones y luego a Naciones Unidas<sup>4</sup>. Algunos tratados prohíben todas las prácticas conjuntamente, otros no; algunos las prohíben sin definir las, y otros contienen una definición<sup>5</sup>. Esta tarea, además, se veía con frecuencia afectada por intereses políticos de los Estados, que buscaban engrosar el concepto con

<sup>1</sup> Es preciso hacer notar, sin embargo, que los únicos conceptos que están respaldados por una definición jurídica son los de “esclavitud”, “servidumbre o instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, “trabajo forzoso u obligatorio” y “trata de seres humanos”. Por razones de eficiencia, no hay inconveniente con referirse a ellos indistintamente como “esclavitud moderna” o “formas contemporáneas de esclavitud”. Cfr. Siller (2016), p. 406. No obstante, cuando de la utilización de tal etiqueta se pretenda derivar el ejercicio de un derecho o atribuir responsabilidad individual, será exigible una mayor precisión.

<sup>2</sup> De esto dan cuenta numerosos y magníficos trabajos. *Vid., inter alia*, Allain (2008), pp. 51 y ss.; Allain (2013), *passim*; Bassiouni (1991), pp. 446 y ss.; Bonet Pérez (2022), pp. 385-422; Casadei (2018), pp. 35-61; Rojo Torrecilla (2017), pp. 734 y ss.; Stoyanova (2017), pp. 218-291. En relación con la creación del régimen internacional contra la trata de esclavos, *vid.*, Allain (2007), pp. 342 y ss.; Allain (2015), pp. 46-100; Miers (1975), pp. 46, 118.

<sup>3</sup> Aunque la Convención sobre la Esclavitud de 1926 se refiere al trabajo forzoso en su artículo 5, desincentivándolo cuando se exigía para fines privados, la OIT es quien realmente encabeza la lucha contra el trabajo forzoso por requerimiento de la Asamblea de la Sociedad de Naciones (Documento A.123.1926.VI de la Sociedad de las Naciones). Como consecuencia de este mandato, el Consejo de Administración de la OIT creó en 1926 una Comisión de Expertos que fue crucial para la redacción del texto del Convenio No. 29. *Vid.*, Maul (2007), pp. 477-500; Stoyanova (2017), pp. 196 y ss.

<sup>4</sup> Resultado de esto fue la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, que entró en vigor el 9 de marzo de 1927. Fue enmendada por el Protocolo de 7 de diciembre de 1953, que entró en vigor el 7 de julio de 1955. La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, fue adoptada por la resolución de la Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608 (XXI), de 30 de abril de 1956, y entró en vigor el 30 de abril de 1957.

<sup>5</sup> Puede verse una panorámica muy exacta y concienzuda en la Opinión Concurrente del Juez Pinto de Albuquerque, a la que se une la Jueza Tsotsoria, en *J. y Otros c. Austria* (2017), §§ 2-21.

otras prácticas que querían prohibir, como el *apartheid*<sup>6</sup>, o simplemente pretendían promover un “cambio de etiquetas” para seguir perpetuando las prácticas de explotación de las que eran responsables<sup>7</sup>.

Sin embargo, las notas características del régimen jurídico contra la “esclavitud moderna” en el Derecho internacional han cambiado. Sigue existiendo cierta evolución en su desarrollo normativo –consustancial, por otro lado, a cualquier régimen jurídico “vivo”–, que afecta especialmente a la delimitación de la esfera de obligaciones de los Estados, especialmente las que se etiquetan como “positivas”<sup>8</sup>. Se trata, además, de un régimen menos compartimentado. A pesar de la dispersión de normas, los órganos internacionales que se han ocupado de interpretarlas han tendido a confluír, como ha ocurrido especialmente en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>9</sup>. Además, sobre la característica de la politización, podemos decir que sigue estando presente, no tanto para legitimar prácticas de explotación a gran escala promovidas por el Estado –como ocurría el siglo pasado–, sino más bien para fomentar o legitimar el recurso a políticas migratorias restrictivas y securitarias<sup>10</sup>. Sí que hay un aspecto novedoso que no estaba presente en épocas anteriores, y es la mayor relevancia de un régimen que no se ciñe a los conceptos “clásicos” sino que engloba más generalmente la promoción del trabajo digno y decente, por ejemplo, mediante las obligaciones de “diligencia debida”<sup>11</sup>. En este nuevo régimen se amplían las obligaciones y los sujetos a quienes se dirigen, y se relativiza la importancia del consentimiento de la persona sujeta a explotación; cuestión que, por el contrario, había jugado tradicionalmente un papel central en el desarrollo de los conceptos relacionados con la esclavitud<sup>12</sup>.

Partiendo de este panorama, en este trabajo abordo fundamentalmente tres cuestiones. En primer lugar, explico en qué medida han cambiado los estándares definicionales “clásicos” de los conceptos del artículo 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

<sup>6</sup> Allain (2012), pp. 209-213.

<sup>7</sup> McGeehan (2012), pp. 447 y ss.; Miers (1998), pp. 16, 22; Miers (2003), pp. 47 y ss.; Stoyanova (2017), 219 y ss.

<sup>8</sup> Pati (2011), pp. 96 y ss.; Piotrowicz (2012), pp. 181-201; Stoyanova (2017), pp. 327, 338-340, *passim*. Más generalmente sobre las obligaciones positivas, *vid.*, Ashworth (2015); Lazarus (2012), pp. 135-156; Mowbray (2004); Pinto (2020), pp. 729-761; Stoyanova (2023); Tomás-Valiente Lanuza (2016), pp. 12 y ss.; Viganò (2014), pp. 428 y ss.

<sup>9</sup> Correa da Silva (2022), *passim*; Groppi, Cocco-Ortu (2014), pp. 85-120; Mac-Gregor (2017), pp. 89-127. Es especialmente representativa de este diálogo la Sentencia de la Corte IDH *caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde c. Brasil*, 2016, en lo relativo a la conceptualización de las prácticas de esclavitud, servidumbre, trabajos forzados y trata del art. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>10</sup> *Vid.*, *inter alia*, Chuang (2014), pp. 609-649; Kotiswaran (2017), pp. 16 y ss.; Maqueda Abreu (2020), pp. 213-222; Pinto (2023), pp. 122-142; Pérez Alonso, (2013), pp. 1174 y ss.; Pomares Cintas (2020), pp. 173-191; Weitzer (2015), pp. 223-242; Zúñiga Rodríguez (2018), p. 379.

<sup>11</sup> *Vid.*, Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859. También, *inter alia*, García Sedano (2022), pp. 210-229; Guamán (2022); Guisasola Lerma (2023), pp. 49 y ss.; Nieto (2021), pp. 4 y ss.; Pereira Garmendia (2023), pp. 893 y ss.; Pérez Cepeda (2024), pp. 305-326; Vioque (2021), pp. 72 y ss. Sobre los retos procesales y sustantivos que plantean las cadenas globales de suministro para una adecuada protección frente a las formas contemporáneas de esclavitud, *vid.*, Gallo, García Sedano (2020), pp. 159 y ss.

<sup>12</sup> Algunos autores sugieren que el régimen clásico contra la esclavitud habría evolucionado para abarcar prácticas más generales de explotación: Lucifora (2019), pp. 264 y ss.; Pomares Cintas (2022), pp. 13 y ss.; Scarpa (2019), pp. 19-41; Terradillos Basoco (2024), pp. 1-31 –menos explícitamente–.

(CEDH) en la jurisprudencia del TEDH en los últimos años (II); para, a continuación, explicar en qué medida esta evolución es problemática o requiere un mayor desarrollo. Entre otras cosas, me refiero a si el (relativamente) nuevo paradigma del trabajo decente o de la trata puede o debe tener un impacto en el régimen “clásico” contra la esclavitud (III). Por último, planteo los límites de la transmisibilidad de estas definiciones desarrolladas en el ámbito internacional a los ordenamientos penales nacionales, especialmente al hilo de las obligaciones positivas de incriminación (IV); y finalizo con unas conclusiones (V).

## 2. La progresiva evolución del régimen clásico contra la esclavitud y sus prácticas similares

El apartado 1 del art. 4 CEDH prohíbe, sin excepciones, la “esclavitud” y la “servidumbre”. Se trata además de prácticas injustificables aun en contextos de emergencia, de acuerdo con el art. 15.2 CEDH<sup>13</sup>. Por su parte, el art. 4.2 CEDH prohíbe el recurso al “trabajo forzoso u obligatorio”. A diferencia del apartado anterior, esta prohibición contiene una serie de excepciones que marcan los límites de la justificación estatal para obligar a realizar ciertos servicios<sup>14</sup>, y puede hipotéticamente derogarse e imponerse fuera de los casos permitidos en tiempos de emergencia *ex art. 15 CEDH*.

Hasta 2005, la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 4 CEDH se había centrado en la determinación de los límites de los supuestos permitidos de trabajos o servicios forzados impuestos por el Estado, por ejemplo, como parte de las obligaciones cívicas habituales<sup>15</sup>, en el contexto del servicio militar<sup>16</sup>, o en relación con el trabajo en prisión<sup>17</sup>. No obstante, a partir de *Siliadin c. Francia*, que es el primer caso en el que el TEDH se pronuncia sobre los trabajos impuestos entre particulares, se inicia una línea de interpretación que profundiza en la delimitación del contenido de los conceptos del art. 4 CEDH y de las obligaciones exigibles al Estado para prevenir e impedir tales situaciones<sup>18</sup>. Y desde *Rantsev c. Chipre y Rusia* en 2010, el TEDH incorpora las conductas

<sup>13</sup> Además, la prohibición de esclavitud es una norma *ius cogens* de conformidad con la resolución dictada por la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, que genera obligaciones *erga omnes*. *Vid.* Corte Internacional de Justicia, caso *Barcelona Traction, Light and Power Company (Belgium v. Spain), Limited*, 1970, §§ 33, 34 y 35; Allain (2013), p. 109; Bassiouni (1991), p. 448.

<sup>14</sup> En profundidad sobre el contenido de estas excepciones, *vid.*, Allain (2013), pp. 224 y ss.; Rivas Vallejo (2021), pp. 99-135; Stoyanova (2017), pp. 260 y ss.; Valverde-Cano (2019), pp. 263 y ss.

<sup>15</sup> Por ejemplo, *Van der Mussel c. Bélgica*, 1983; en *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, 1994; *Zarb Adami c. Malta*, 2006; *Reitmayr c. Austria*, 1995; *Steindel c. Alemania*, 2010; *Cuatro Compañías c. Austria*.

<sup>16</sup> *W, X e Y c. Reino Unido*, 1968; *Chitos c. Grecia*, 2015.

<sup>17</sup> P. ej., en *Stummer c. Austria*, 2010; *Zhelyazkov v. Bulgaria*, 2012; *Floroiu c. Rumanía*, 2014; *Veintiún detenidos c. Alemania*, 1968; *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, 1971.

<sup>18</sup> El concepto de trabajo forzoso es la base de referencia que utiliza el TEDH para construir los conceptos del art. 4 CEDH. Desde *Van der Mussel c. Bélgica*, en 1983, recurre a la Convención No. 29 de la OIT de 1930 para definirlo, incluso cuando es de naturaleza sexual, indicando que debe suponer una carga desproporcionada. En relación con la servidumbre, el TEDH utiliza como punto de partida la Convención Suplementaria de 1956 sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, y a partir de ahí elabora un concepto propio, una forma *agravada* de trabajo forzoso, caracterizada por imponer una obligación de “vivir en la propiedad de

de trata de personas en la *ratio materiae* del art. 4 CEDH, definidas conforme a los parámetros del Protocolo de Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas (en adelante, Protocolo de Palermo), y el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia)<sup>19</sup>.

El razonamiento que pretendo desarrollar a continuación es el siguiente: debido sobre todo a la inclusión del concepto de trata en el ámbito del art. 4 CEDH, en ese artículo conviven ahora, además del régimen clásico contra la esclavitud y sus prácticas similares, otro que resta importancia al consentimiento y se centra en mayor medida en la vulnerabilidad de las víctimas y el contexto de explotación. Como resultado de esto, se han difuminado las diferencias conceptuales entre la trata y las prácticas materiales de explotación, por un lado; y entre el trabajo forzoso y explotación laboral abusiva, por otro.

### 2.1. Abandono del elemento “coacción” como eje vertebrador del art. 4 CEDH

El binomio coacción/ausencia de consentimiento ha sido tradicionalmente un elemento fundacional en los delitos de esclavitud y práctica análogas. Esto es una consecuencia

---

otra persona” y sobre todo por generar un sentimiento de que la situación es permanente y que es imposible que cambie (*Siliadin c. Francia*, 2005, § 123; *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 89). Esta última característica es la que el TEDH considera realmente definitoria de una situación de servidumbre en relación con el trabajo forzoso (*Chowdury y Otros c. Grecia*, 2017, § 99). En relación con el concepto de esclavitud, el TEDH parte de la Convención de 1926 sobre esclavitud, limitando su aplicación a situaciones jurídicas –legalmente reconocidas– y no *de facto* (*Siliadin c. Francia*, 2005, § 122). Esta interpretación fue muy criticada doctrinalmente, por suponer una restricción indebida que no tenía en cuenta los nuevos desarrollos de la jurisprudencia penal internacional. Desde *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 2010, sin embargo, el TEDH parece haber asumido un concepto más generoso con otras modalidades contemporáneas de sujeción “basadas en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad” (§ 280). Sobre estos conceptos, vid., múltiples y excelentes trabajos de Bonet Pérez (2022), pp. 404 y ss.; Berasaluze Gerrikagoitia (2022), pp. 349-364; Correa da Silva (2022), *passim*; Gallo (2022), pp. 251-270; Gallo, García Sedano (2020), *passim*; García Sedano (2020), *passim*; Jovanovic (2023), pp. 64 y ss., 88 y ss., *passim*; Olarte Encabo (2018), pp. 55-86; Pardo Miranda (2023), pp. 250 y ss.; Pardo Miranda (2024), pp. 244 y ss.; Rivas Vallejo (2021), pp. 100-135; Rodríguez López (2022), pp. 129 y ss.; Pérez Alonso (2017), pp. 333 y ss.; Pérez Alonso (2022), *passim*; Pomares Cintas (2022), *passim*; Rodríguez Vásquez, Montoya Vivanco (2022), pp. 307-308, y *passim*; Rojo Torrecilla (2017), pp. 721-755; Schwarz, Nicholson (2020), pp. 391-414; Stoyanova (2017), pp. 271 y ss., y *passim*; Villacampa Estiarte (2013), pp. 311 y ss.; Weatherburn (2021), parte IV. Algunos autores, con un criterio que comparto, han criticado lo subjetivo de un criterio como el “sentimiento de que la situación es permanente” para constituir un parámetro fiable en el que fundar el incremento de pena que normalmente conlleva la servidumbre en relación con el trabajo forzoso [Stoyanova (2017), p. 257]. Por el contrario, otros autores han sostenido que el elemento fundamental que diferencia ambas situaciones debe ser el primero, “la obligación de vivir en la propiedad de otra persona”. Este no ha de interpretarse de manera literal como incapacidad de salir de la propiedad de otro individuo o de que debe estar encerrado en un edificio, sino, más bien, como una manifestación del aislamiento general de las víctimas y del ejercicio de control sobre otros aspectos de sus vidas más allá del trabajo. Vid., Rodríguez Vásquez, Montoya Vivanco (2022), pp. 307-308 (utilizando nociones como “prohibición de instrumentalización”); Stoyanova (2017), pp. 258 y *passim*; Stoyanova (2018), pp. 67-75; Valverde-Cano (2023), pp. 161, 282 y *passim*.

<sup>19</sup> El TEDH recurre a varios cánones interpretativos, como las reglas generales de interpretación del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados y otros principios interpretativos característicos del Derecho internacional de los derechos humanos, como el de efectividad, el de coherencia *ad intra* y *ad extra*, y el de interpretación de la Convención como “instrumento vivo”. De acuerdo con este canon interpretativo, el TEDH considera que la trata de personas es equivalente al concepto de esclavitud “por su naturaleza y propósito de explotación”, ya que se trata de una conducta basada en el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad (§ 281). Vid., también, *S.M. c. Croacia*, 2020, §§ 290, 296; *V.C.L. y A.N. c. Reino Unido*, 2021, § 149; *Zoletic y Otros c. Azerbaiján*, 2021, § 155; *Krachunova c. Bulgaria*, 2024, § 145; *T.V. c. España*, 2024, §§ 90, 93; *Jasuitis y Šimaitis c. Lituania*, 2024, §§ 127-128, 131.

lógica de construir el régimen del art. 4 CEDH en clave de *continuum* de gravedad: si la esclavitud presupone una situación de servidumbre, y esta a su vez presupone trabajo forzoso<sup>20</sup>, el “mínimo común múltiplo” de cualquier situación que encaje en el ámbito material del art. 4 CEDH debe ser una conducta que exija un trabajo “bajo la amenaza de una pena cualquiera”<sup>21</sup>, para el que el individuo no se ha ofrecido voluntariamente. La falta de consentimiento –esto es, el completo desprecio por la agencia personal–, en definitiva, se encontraba en el mismo corazón del régimen contra la esclavitud y sus prácticas similares.

Lo anterior había sido objeto de razonables críticas porque, al asimilar el elemento “coacción” a las defensas de “*duress*”<sup>22</sup>, el artículo 4 CEDH no podía hacerse cargo de las complejas dinámicas de control que estaban detrás de contextos de extrema vulnerabilidad y explotación severa en los que a menudo se constata una aparente aceptación de los trabajadores<sup>23</sup>. Consciente de esta dificultad, el TEDH emprendió un meritorio trabajo interpretativo. Por un lado, se centró en la delimitación de lo que puede constituir una “amenaza de un mal”, indicando que la noción de “pena” debía entenderse en un sentido amplio, incluyendo la violencia física directa y otro tipo de amenazas más sutiles (como la denuncia a las autoridades de migración), pero que tuvieran un efecto opresivo *equivalente* en el caso concreto:

En *C.N. y V. c. Francia*, por ejemplo, el Tribunal observa que “La señora M. amenazaba a las solicitantes enviarlas de vuelta a Burundi, lo que significaba, para la primera demandante, la muerte y el abandono de su hermana menor. También observa que, de acuerdo con sus alegaciones, esta había hecho el trabajo requerido precisamente debido a la amenaza de ser enviada a su país de origen [...]. En opinión del Tribunal, la primera demandante consideraba la devolución a Burundi como una ‘pena’ y la advertencia de devolución como la ‘amenaza’ de ejecución de dicha ‘pena’”<sup>24</sup>.

El Tribunal desarrolla también qué vicios del consentimiento pueden invalidarlo. En concreto, examina los *presupuestos* físicos y psicológicos asociados a la capacidad de la persona para decidir si acepta o no la realización de un trabajo. Por ejemplo, en *Siliadin c. Francia* determina que la situación de extrema vulnerabilidad en la que se encontraba

<sup>20</sup> Constituyendo así una “forma agravada de trabajo forzoso”, como indica en *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 91. Cfr. Berasaluze Gerrikagoitia (2022), pp. 362-363; Gallo (2022), p. 255; Lousada Arochena (2020), p. 438 y ss.; Rivas Vallejo (2021), p. 106; Sanz Mulas (2024), p. 21.

<sup>21</sup> La traducción más correcta de esta expresión, que procede del texto en inglés “*under the menace of any penalty*” (art. 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT sobre el trabajo forzoso), seguramente sea “amenaza de un mal”, porque “pena”, en nuestro sistema jurídico, está relacionada con las consecuencias jurídicas del orden penal. No es a estas a las que se refiere el art. 2.1, sino a un concepto más amplio asimilable a “mal”. Por esta razón, en lo sucesivo me referiré a “amenaza de un mal”, aunque me base en expresiones inglesas que aludan a “*penalty*”, salvo cuando se trate de una traducción literal entrecomillada.

<sup>22</sup> La *duress* se considera mayoritariamente una causa de exculpación (distinta a la *necessity*, que constituye una causa de justificación). Así, Fletcher (1978), pp. 830-831; Williams, (1983), pp. 626-627; y Herring, (2020), pp. 641 y ss.

<sup>23</sup> Berasaluze Gerrikagoitia (2022a), pp. 19 y ss.; Giammarinaro (2020), pp. 11-12; Jovanovic (2020), p. 697; Lucifora (2019), pp. 251-267; Pomares Cintas (2022), pp. 13 y ss.

<sup>24</sup> *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 78. También, *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 78; *Chowdury y Otros c. Grecia*, 2017, § 95; *Zoletic y Otros c. Azerbaijón*, 2021, § 151.

la menor de edad impide que su consentimiento se tenga por válidamente emitido<sup>25</sup>. Y, más claramente aún, en *Choudury y Otros c. Grecia* sostiene que “si el empleador abusa de su poder o se aprovecha de la situación de vulnerabilidad de sus trabajadores para explotarlos, se considera que no se han ofrecido voluntariamente”<sup>26</sup>. En ambas situaciones el TEDH no se centra únicamente en la validez del consentimiento en concreto. Ante todo examina si este se emitía en un contexto coercitivo, y concluye que sí porque no trabajar llevaba consigo la imposición un mal antijurídico que dependía de los empleadores.

Así, en *Choudury*, el Tribunal sostiene que “[...] los solicitantes no tenían permiso de residencia o de trabajo. Eran conscientes que su situación irregular los ponía en riesgo de ser arrestados y detenidos y seguramente deportados de territorio griego. Un intento de abandonar su trabajo habría incrementado esta perspectiva y hubiera significado *la pérdida de cualquier esperanza de recibir sus salarios* o al menos parte de ellos. Dado que no habían recibido ningún salario, no podían abandonar Grecia”<sup>27</sup>.

La valoración del contexto coercitivo requiere necesariamente la identificación de un “mal” con el que se amenaza y que no sea uno que la persona esté obligada a tolerar. Uno de los avances más notorios de la interpretación del TEDH es la relativización del concepto “amenaza de una pena”, que no tiene que ser delictivo para constituir un mal<sup>28</sup>. Se amenaza con una “pena” si implica un empeoramiento significativo y antijurídico de la situación personal: en el caso *Choudury y Otros c. Grecia*, no se trataba únicamente de que los trabajadores temieran la deportación (un mal que en algunos casos las personas están obligadas a soportar), sino sobre todo que ello supondría, casi con toda seguridad, la pérdida de su derecho adquirido a percibir el salario de varios meses<sup>29</sup>. El segundo avance es el de la “normativización” del consentimiento. Si la persona se encontraba en un contexto de extrema vulnerabilidad, no es necesario indagar sobre su aceptación psicológica porque se trata de un consentimiento que no se ha podido emitir válidamente. De esta manera, el TEDH añade a la definición de trabajo forzoso una cláusula correctiva: “para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente *o lo hace de manera completamente viciada*”. En cualquier caso, se trata de una condición necesaria, pero no suficiente, del trabajo forzoso, porque esta falta de consentimiento había de ponerse en relación *directa* con una amenaza de un mal significativo.

A mi juicio, estas interpretaciones correctoras eran suficientes para adaptar el art. 4 CEDH a las nuevas realidades de explotación, sin olvidar que su núcleo seguía siendo la prohibición de conductas extraordinariamente limitadoras de la libertad personal (por algo se consideran formas contemporáneas de *esclavitud*)<sup>30</sup>. No obstante, como a continuación demostraré, en algunas de las nuevas resoluciones el TEDH abandona la necesi-

<sup>25</sup> *Siliadin c. Francia*, 2005, §§ 118-119.

<sup>26</sup> *Choudury y Otros c. Grecia*, 2017, § 96.

<sup>27</sup> *Ibid.*, § 95.

<sup>28</sup> *Vid.*, el análisis de Castellví Monserrat (2023), pp. 23 y ss.; Weatherburn (2019), pp. 109-110, *passim*.

<sup>29</sup> Similar, *Zoletic y Otros c. Azerbaijón*, 2021, §§ 158 y ss.

<sup>30</sup> En palabras de Pomares Cintas (2011), p. 18: “Los trabajos o servicios forzados, la esclavitud, la servidumbre o prácticas análogas a la esclavitud son modos de imponer la condición de trabajador, vulnerando la libertad de decidir realizar la prestación laboral”. Cfr. también Gallo (2022), p. 257; Sanz Mulas (2024), pp. 15, 18.

dad de vincular la falta de consentimiento a la amenaza de un mal grave atribuible a los explotadores. Se sustituye así el elemento “amenaza de una pena” –esto es, la amenaza de un mal concreto– por el “aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad”, donde se presume la amenaza de un mal genérico.

El caso *Krachunova c. Bulgaria* es representativo de esta tendencia. En este supuesto, la demandante había aceptado trabajar en la prostitución con X debido a su necesidad económica, “sin que conste con claridad que él la amenazara”<sup>31</sup>. Cuando es detenida por la policía mientras ejercía la prostitución, informó que X la retenía contra su voluntad y tenía su tarjeta de identidad, expresando también que ya no quería dedicarse al trabajo sexual. Ese mismo día, fue llevada a una comisaría, entrevistada y luego trasladada a un refugio en Sofía. En su pronunciamiento, el TEDH sostiene que, aunque no hay evidencia de que X recurriera a la violencia o a las amenazas de violencia para obligar a la demandante a dedicarse al trabajo sexual en su beneficio, “el derecho internacional refleja claramente el entendimiento de que la trata de seres humanos en la actualidad a veces se realiza mediante medios más sutiles, como el engaño, la presión psicológica y el abuso de una situación de vulnerabilidad”<sup>32</sup>. Esta idea no es en absoluto novedosa, como hemos visto anteriormente. Lo que es novedoso es que el TEDH ni siquiera trate de relacionar esa situación de vulnerabilidad con el riesgo de sufrir un mal concreto con el que amenaza X, que haga que “la persona no tenga una alternativa razonable más que someterse al abuso”<sup>33</sup>. Una vez constatada la existencia de “transporte” y “acogida” por parte de X, así como el propósito de explotación (porque se quedaba con parte de lo que obtenía con el ejercicio de la prostitución), al Tribunal le basta con certificar la existencia de una situación de vulnerabilidad para afirmar que estamos ante un caso de trata *ex art. 4 CEDH*.

Así, el TEDH se limita a decir que “La demandante era una joven pobre y emocionalmente inestable proveniente de un pequeño pueblo, quien aparentemente tenía relaciones conflictivas con sus padres [...]. Por su parte, X –un hombre varios años mayor que la demandante, con antecedentes penales [...]– tenía a la demandante viviendo en su casa con él, su esposa y sus hijos. Además, fue él quien instruyó a la demandante en los detalles prácticos sobre cómo dedicarse al trabajo sexual y se presentó como su ‘protector’. No es descabellado inferir de todo esto que ella se sintiera lo suficientemente dependiente de él como para no oponerse abiertamente”<sup>34</sup>.

De manera similar se pronuncia en *S.M. c. Croacia*. El caso se refiere a una mujer que en 2012 presentó una denuncia contra T.M., alegando que la había forzado a ejercer la prostitución durante el verano de 2011. La demandante pertenecía a un grupo vulnerable. Los tribunales nacionales no condenaron a T.M. por el delito de proxenetismo coactivo porque no se pudo probar el uso de la coacción y no cambiaron en ningún momento la calificación del delito –p. ej., delito de proxenetismo no coactivo–, por lo que

<sup>31</sup> *Krachunova c. Bulgaria*, § 8.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 148.

<sup>33</sup> *Vid.*, las notas interpretativas del Protocolo de Palermo (A/55/383/Add.1, § 63) y los También los §§ 82-84 del Informe Explicativo del Convenio de Varsovia.

<sup>34</sup> *Krachunova c. Bulgaria*, § 148.

T.M. fue finalmente absuelto. El fallo del Pleno de la Sala, que condena a Croacia por el incumplimiento de sus obligaciones positivas de carácter procedimental, parece partir de que el art. 4 CEDH abarca no solo la trata de personas, sino también la “explotación de la prostitución” como tal, sin los otros elementos constitutivos de la definición de trata<sup>35</sup>, aunque la víctima haya aceptado porque considera irrelevante el consentimiento<sup>36</sup>. Y esto es problemático no solo porque lo incierto del concepto de “explotación” plantea problemas desde la perspectiva del propio art. 7 TEDH (como sostiene el agudo y razonable voto particular de la jueza Koskelo), sino porque supondría introducir en el mismo seno del art. 4 CEDH –y por la puerta de atrás– conductas de las que difícilmente puede decirse que compartan el “espíritu y propósito” del resto de situaciones *de naturaleza intrínsecamente coactiva* a las que alude el mencionado artículo.

## 2.2. La reformulación del contenido de la “explotación”

A diferencia de la “coacción”, no está claro qué debe entenderse por “explotación” en el régimen contra las formas contemporáneas de esclavitud. Se da por sentado que las personas que son objeto de trabajo forzoso son explotadas, pero en ningún lugar se especifica en qué medida deben serlo. ¿Tienen que sufrir la imposición de condiciones laborales degradantes? Si la respuesta es sí, ¿cuánto? ¿El impago del salario convierte la prestación de un servicio en algo degradante? ¿Estas condiciones degradantes y abusivas deben alcanzar también al tipo de vida al que se ve abocado el individuo?

En el Convenio No. 29 de la OIT no hay una respuesta porque la definición que contiene se centra en uno de los elementos –“forzado”–, pero nada dice del otro –“trabajo”–. A la luz de este concepto, sería trabajo forzoso la situación de un individuo (p. ej., un futbolista) que, amenazado por un mal (riesgo de supervivencia de su familia), es forzado a aceptar un trabajo en condiciones razonables –incluso, muy buenas– que, de otra manera, no hubiera aceptado (porque en realidad él quiere ser médico). Para Stoyanova, este tipo de situaciones muestran que la definición de trabajo forzoso es *supra-inclusiva*<sup>37</sup>, y que requiere ser corregida añadiendo un elemento de explotación. Con esa corrección, la definición *ex art. 4 CEDH* quedaría así: “trabajo o servicio *en condiciones abusivas o degradantes* exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”. A mi juicio, las situaciones de trabajo en condiciones aceptables, aunque impuestas, suponen una instrumentalización del individuo lo suficientemente

<sup>35</sup> *S.M. c. Croacia*, 2020, § 54.

<sup>36</sup> *Ibid.*, §§ 54 y 79. Crítica con esta interpretación es la Jueza Koskelo, como explica en su opinión discrepante (§§ 17-23). La jueza encuentra problemático inferir que el reconocimiento inicial (administrativo) como víctima de trata sea suficiente para comprometer la aplicación del art. 4 CEDH (§ 21); y Stoyanova (2020), aunque insiste en que “solo la prostitución *forzada* puede encajar dentro de los parámetros definitorios del artículo 4”. A mi juicio, sin embargo, la argumentación del TEDH deja poco margen a la interpretación, al menos en lo que a la explotación sexual se refiere, al basarse en el Convenio de Ginebra de 1949 para la Supresión del Tráfico de Personas y la Explotación de la Prostitución de Otros, que se refiere al castigo de situaciones de prostitución consentida.

<sup>37</sup> Stoyanova (2018), pp. 67-75; Stoyanova (2017), pp. 277 y ss.

grave como para merecer la calificación de trabajo forzoso en los ordenamientos penales nacionales<sup>38</sup>. Ahora bien, es preciso reconocer que Stoyanova no se está refiriendo al castigo del trabajo forzoso en las jurisdicciones estatales, sino en el contexto del CEDH, cuyo objeto son las graves violaciones de derechos humanos. Aquí la crítica de *supra-inclusividad* es certera porque parece razonable que el TEDH exija un mínimo de severidad de la situación para que devenga aplicable el art. 4 CEDH<sup>39</sup>. Sería un enfoque similar al que aplica al art. 3 CEDH (prohibición de la tortura), donde no considera cualquier conducta degradante, sino solo aquellas que alcanzan un límite mínimo de gravedad<sup>40</sup>.

Lo cierto es que, al menos hasta *Chowdury y Otros c. Grecia*, el TEDH había esbozado algunas nociones sobre el umbral mínimo de explotación. El trabajo tenía que suponer una “carga desproporcionada” atendiendo al *volumen* y al *tipo* de trabajo<sup>41</sup>. En las últimas resoluciones, sin embargo, el TEDH no se pronuncia sobre si el trabajo requerido fue excesivo para desencadenar la aplicación del art. 4 CEDH. La sentencia *Jasuitis y Šimatis c. Lituania* ilustra bien esta evolución. En este caso los demandantes no eran las víctimas, sino los que habían sido condenados como *autores* del delito de trata por la captación de chicas mayores de edad para realizar actividades pornográficas<sup>42</sup>. Recurrieron porque, según ellos, los elementos constitutivos del delito de trata no se ajustan a las exigencias de certeza y concreción del art. 7 CEDH, dando lugar en la práctica a una interpretación expansiva prohibida en el Convenio<sup>43</sup>. El TEDH sostiene, sin embargo, que la interpretación del delito de trata castigado en el Código Penal lituano es previsible (y, por tanto, no infringe los artículos del CEDH) porque capta la “esencia” del delito de trata, conformada por la tríada acción-medios-objetivos de explotación: se había constatado la captación, transporte y, en algunos casos, acogida; los medios –

<sup>38</sup> *Vid.*, en profundidad, Valverde-Cano (2023), pp. 245 y ss.

<sup>39</sup> Y, para decidir si una conducta supera este umbral, el grado de explotación al que fueron sometidas las víctimas, parece que es un buen criterio sobre la gravedad, especialmente en las relaciones entre particulares. No obstante, si el nivel de coacción es muy intenso, el grado de explotación laboral de las víctimas necesario para colmar el mínimo del umbral de gravedad puede ser menor. En sentido parecido, Stoyanova (2017), p. 278.

<sup>40</sup> Según jurisprudencia asentada del TEDH, los malos tratos deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad para quedar comprendidos dentro del ámbito del artículo 3, salvo que la persona se encuentre privada de libertad o “enfrentada a los agentes de las fuerzas del orden”, en cuyo caso el umbral es menor (*Bouyid c. Bélgica*, 2015, §§ 100-101). La valoración de ese nivel es relativa y depende de todas las circunstancias del caso, como la duración del trato, sus efectos físicos o psicológicos y, en algunos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima. *Vid.*, *Muršić c. Croacia*, 2016, § 97; Mavronicola (2021), pp. 60 y ss.

<sup>41</sup> En *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 75, por ejemplo, este criterio le permite calificar de manera distinta la situación de dos hermanas que se encontraban en el mismo contexto. *Vid.*, nota al pie 19.

<sup>42</sup> En el momento de la captación no les informaban de la verdadera naturaleza del trabajo, y, posteriormente, las mantenían en esa situación aprovechándose de las respectivas situaciones de necesidad en las que se encontraban, aunque muchas vivían en sus casas y todas podían abandonar el trabajo.

<sup>43</sup> El art. 147 del Código Penal lituano, transcrito en *Jasuitis y Šimatis c. Lituania*, 2024, § 56, establece: “1. Quien venda, compre o de cualquier otra forma transfiera o adquiera a un ser humano, o quien reclute, transporte o mantenga cautiva a una persona mediante violencia física o amenazas, o por cualquier otro medio que prive [a esa persona] de la posibilidad de resistirse, o aprovechándose de la dependencia o vulnerabilidad de la víctima, o recurriendo al engaño [...], cuando el autor sea consciente o tenga la intención de que la víctima, esté de acuerdo o no, sea explotada en condiciones de esclavitud o en condiciones similares a la esclavitud, para fines de prostitución, pornografía u otras formas de explotación sexual, trabajos forzados o servicios [...], o para otros fines de explotación, será castigado con una pena de prisión de entre dos y diez años”.

conformaban un “grupo vulnerable”–; y el propósito de explotación –“los demandantes habían obtenido ilegalmente dinero de la prestación de servicios pornográficos por parte de las víctimas”–. No se especifica por qué tales servicios constituyen una “carga desproporcionada”. De hecho, da a entender que simplemente ha de constatar la presencia de servicios de naturaleza sexual para que, cualquier aprovechamiento de los mismos, siempre que se trate de una víctima vulnerable, constituya trata o trabajo forzoso<sup>44</sup>.

### 3. ¿Debemos abandonar los parámetros “clásicos” (o el umbral mínimo) para decidir si una conducta encaja en el art. 4 CEDH?

#### 3.1. Los efectos indeseados de abandonar el umbral de severidad del art. 4 CEDH

Como indiqué en el inicio de este apartado, estos problemas de indeterminación pueden explicarse atendiendo a la manera en que se ha incorporado el delito de trata de seres humanos al art. 4 CEDH. No es que su inclusión, *per se*, sea negativa. Al contrario, era claramente necesaria por su parentesco con las formas contemporáneas de esclavitud<sup>45</sup> y porque refuerza el aparato protector de las víctimas (por ejemplo, con la inclusión en el ámbito del art. 4 CEDH de la cláusula de no punición<sup>46</sup> propia del régimen contra la trata) y el de cooperación inter-estatal<sup>47</sup>. No obstante, tal incorporación debería haberse realizado con una mayor cautela, revisando los umbrales de severidad requeridos, porque el concepto de trata de seres humanos que recogen tanto el Protocolo de Palermo como el Convenio de Varsovia acoge en su seno conductas de una gravedad muy variable: algunas puede decirse que son equivalentes a las figuras que recoge el art. 4 CEDH, pero otras no. Entre otras cosas, porque el delito de trata es, en principio y por definición, *instrumental* a la posterior explotación<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> Seguramente esto se deba en parte a la propia definición de trata, ya que los estándares para la explotación laboral y la sexual son algo distintos. Así, el art. 3 del Protocolo de Palermo y el art. 4 del Convenio de Varsovia indican que “La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos”. En el caso de la explotación sexual “basta” con que el propósito sea la obtención de beneficios de la prostitución de otra persona [S.M. c. Croacia, 2020, § 31; UNODC (2009), pp. 13-15, 19], mientras que el estándar mínimo para la trata laboral es la imposición de una situación de trabajo forzoso.

<sup>45</sup> Como Jovanovic argumenta detalladamente, las conductas de trata constituyen una “violación autónoma de derechos humanos”, y en muchos casos crean vulnerabilidad para posteriores violaciones de derechos, Jovanovic (2023), pp. 15, 46 y *passim*. Además, como nota Torres Ferrer (2022), pp. 655-698, este “parentesco”–en concreto, ella resalta su aspecto como delitos económicos– nos puede ayudar a formular formas comunes, más eficaces, de combatir estos fenómenos conjuntamente.

<sup>46</sup> Al respecto, vid., los magníficos trabajos de Cuerda Arnau (2024), pp. 1-56; Gómez Lanz (2020), pp. 235-260; Marco Francia (2024); Martín Muñoz (2024), pp. 1-12; Martínez Escamilla (2023), pp. 1-32; Martínez Escamilla et al (2022); Valle Mariscal de Gante, M. (2019), pp. 124 y ss.; Villacampa Estiarte (2022); Villacampa Estiarte (2022b), pp. 497-543; Villacampa Estiarte (2023), pp. 465-476; Villacampa Estiarte (2024), pp. 592 y ss.

<sup>47</sup> Vid., los análisis que se encuentran en Villacampa Estiarte (dir.) (2022), *passim*. También, cfr. Casadei (2017), pp. 112 y ss.

<sup>48</sup> Enfatizan este aspecto Guisasola Lerma (2019), pp. 178 y *passim*; Lloria García (2019), pp. 358 y ss.; Maqueda Abreu (2018), pp. 1251 y ss.; Villacampa Estiarte (2017), p. 465.

No puede ignorarse que la definición de trata incluye conductas peligrosas, pero no lesivas en el mismo sentido que un supuesto de trabajo forzoso, servidumbre o esclavitud (es necesario que se realicen “con propósito de explotación”, por lo que, si la explotación se materializa, se trata de una conducta distinta). Pensemos, por ejemplo, en dos escenarios. En el primero, A contacta con B, que sabe que está atravesando un momento muy difícil porque su hija recién nacida está enferma y se encuentra en una situación de extrema pobreza, y le ofrece una ocupación sexual en unas “condiciones razonables”. El segundo escenario es el de un grupo de personas que contactan con unos inmigrantes en situación administrativa irregular, y les ofrecen trabajo, indicándoles que les van a pagar algo menos que el salario mínimo. De acuerdo con la jurisprudencia actual del TEDH, ambos escenarios encajan en el ámbito material de la conducta de trata del art. 4 CEDH (pueden constatarse la acción, el medio y el propósito de explotación sexual o laboral). No obstante, es evidente que se trata de situaciones menos graves que obligar a alguien a ejercer la prostitución sin que pueda abandonar y en condiciones de completa insalubridad; o que explotar a un grupo de individuos en las condiciones que relatan los casos de *Choudury y Otros c. Grecia* y de *Zoletic y otros c. Azerbaiján*.

El problema de equiparar tales conductas, ignorando su gravedad desigual, es que luego no se distingue en el tipo e intensidad de las obligaciones positivas que le exige a los Estados para erradicarlas. Si el Estado, por ejemplo, conoce el escenario que hemos planteado debido a una denuncia, tiene la obligación de llevar a cabo una investigación que cumpla con las exigencias procedimentales del art. 4 CEDH y orientada a un duro castigo de los responsables. Esto es problemático, entre otras cosas, porque en algunos casos supone endurecer notablemente el castigo de situaciones que “simplemente” constituyen explotación laboral (a veces ni siquiera explotación abusiva, como en el trabajo sexual), y porque obliga a aplicar herramientas concebidas para otros ámbitos que, fuera ellos, son inoperativas o suponen una carga excesiva para los Estados.

En otras palabras: las medidas jurídicas se diseñan a medida de los fenómenos que pretenden combatir. Si son fenómenos muy lesivos, las medidas exigibles para prevenirlos o castigarlos pueden ser muy elevadas e incisivas. Como las conductas a las que se refería el art. 4 CEDH constituían graves formas de explotación e implicaban un considerable ejercicio de control sobre otro sujeto, medidas como la exención de punibilidad de las víctimas adquieren completo sentido, aunque impliquen que el Estado deje de cumplir una de sus funciones esenciales (ejercicio del *ius puniendi*)<sup>49</sup>. Esta idea puede ilustrarse realizando un paralelismo con la institución jurídica *Habeas Corpus*. Esta interesante institución obliga a que, si media solicitud y se cumplen una serie de condiciones, toda persona detenida por los agentes de seguridad sea presentada en un determinado plazo ante el juzgado pertinente, que puede ordenar su libertad inmediata si no hay motivos suficientes para su arresto<sup>50</sup>. Se trata de una medida pensada y diseñada para un supuesto

<sup>49</sup> Se trata de situaciones en las que las víctimas se encuentran envueltas en complejas dinámicas de las que realmente no pueden salir y en las que *no es exigible una conducta distinta*. Por ejemplo, en una situación de ejercicio forzado de la prostitución donde la red criminal las obliga también a vender droga.

<sup>50</sup> *Vid., Mooren c. Alemania*, 2009, § 106; *Rakevich c. Rusia*, 2004, § 43.a

muy concreto: aquellas privaciones de libertad que efectúa el Estado antes de la intervención de un juez. Fuera de estos supuestos, por ejemplo, cuando un particular detiene ilegalmente a otro, o cuando la privación de derechos no es de libertad, sino económica (p. ej., una multa) no tiene sentido exigir al Estado que establezca este tipo de sistemas. Al contrario, extender indebidamente el *Habeas Corpus* a situaciones en las que no hay tanto en juego, porque únicamente suponen una pérdida patrimonial, harían inoperativa esta institución, perjudicando a quienes sí tienen mucho que perder porque se hallan privados de libertad ambulatoria.

Igualmente, fuera de los escenarios de explotación y sometimiento que instauran las conductas a las que se refería originalmente el art. 4 CEDH, algunas medidas positivas exigibles –criminalización con penas muy altas, despliegue de intensas medidas de protección, renuncia del *ius puniendi*– devienen desproporcionadas. En definitiva, puesto que no todos los casos de trata son igualmente graves, es razonable exigir también al concepto de trata un umbral mínimo de severidad, de manera que *se trate como* una situación de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso únicamente cuando sea una conducta valorativamente *equiparable* a las del art. 4 CEDH<sup>51</sup>. Al fin y al cabo, eso es lo que hacemos con el trabajo forzoso: no todos los trabajos exigidos bajo amenaza de un mal constituyen trabajos forzados. Sin ir más lejos, en cierto sentido, el trabajo asalariado realizado por una persona en situación vulnerable con el miedo del despido podría considerarse forzado. Su exclusión se debe, entre otras razones, a criterios de proporcionalidad y racionalidad en la distribución de los recursos del Estado<sup>52</sup>.

Por esta razón, también creo que es criticable la afirmación de que, una vez constatada la existencia de trata, “no es preciso distinguir si el tratamiento del demandante constituyó ‘esclavitud’, ‘servidumbre’ o ‘trabajo forzoso’”<sup>53</sup>. No solo porque tal distinción puede ofrecer alguna orientación sobre el nivel y el tipo de medidas de protección exigibles al Estado, sino también porque, a diferencia de la servidumbre o esclavitud, el trabajo forzoso es una prohibición suspendible y contiene unas excepciones o supuestos permitidos. La distinción en estos casos resultará fundamental para excluir algunas prácticas del ámbito

<sup>51</sup> Esto, además, es lo único coherente con la afirmación que frecuentemente se realiza por el TEDH, de que la trata de seres humanos es una forma de “esclavitud moderna” o de que es el concepto heredero del antiguo “tráfico de esclavos” (*Rantsev c. Chipre y Rusia*, 2010, § 281; *Zoletic y Otros c. Azerbaiján*, 2021, § 152). No lo sería un supuesto de prostitución consentida, a pesar de la jurisprudencia de *S.M. c. Croacia*, 2020, § 54.

<sup>52</sup> En *Tibet Mentas y Otros c. Turquía*, 2017, por ejemplo, el TEDH establece que “[l]a mera posibilidad de que los solicitantes pudieran haber sido sancionados con un despido si se negaban a trabajar bajo el arreglo impugnado no constituye una amenaza de sanción en el sentido del artículo 4 del Convenio” (§ 68). Tampoco se considera trabajo forzoso el supuesto de un empleado al que no se le pagó por su trabajo porque este se había llevado a cabo voluntariamente y el derecho al pago no estaba en disputa (*Sokur c. Ucrania*, 2002); el caso en el que solicitante fue trasladado a un empleo menos lucrativo (*Antonov c. Rusia*, 2005); o aquel en el que la normativa de asistencia social obligaba a que el solicitante aceptara cualquier tipo de trabajo, independientemente de si era adecuado o no, reduciendo sus beneficios si se negaba a hacerlo (*Schuitemaker c. Países Bajos*, 2010); o el supuesto en el que los tribunales nacionales redujeron unilateralmente las tarifas de los solicitante, cuando actuaban como abogados de oficio (*Dănoiu y Otros c. Rumanía*, 2022).

<sup>53</sup> *Rantsev c. Chipre y Rusia*, 2010, § 282; *S.M. c. Croacia*, 2020, § 54. Es interesante notar, sin embargo, que en *Zoletic y Otros c. Azerbaiján*, 2021, sí establece la analogía con el segundo apartado del art. 4 CEDH (trabajo forzoso): “el concepto de trata de seres humanos con fines de trabajo forzado u obligatorio entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 4 § 2 de la Convención” (§ 154). También es crítico con esta interpretación Bonet Pérez (2022), p. 406.

del art. 4 CEDH como, por ejemplo, en el supuesto del reclutamiento realizado por el Estado fuera de sus fronteras para que sus nacionales realicen el servicio militar obligatorio.

### 3.2 Reflexiones sobre los parámetros para determinar el umbral de severidad del art. 4 CEDH

Ante este nuevo escenario, si no queremos que el régimen de derechos humanos contra la trata se convierta en uno inoperativo creo que nos encontramos ante una disyuntiva: o se vuelven a elevar los estándares definicionales del art. 4 CEDH, requiriendo que las conductas de trata tengan un nivel de severidad equivalente al que se había establecido para las conductas de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; o se reducen las exigencias de criminalización, procedimentales y de protección que se han establecido por el TEDH para el adecuado cumplimiento de las obligaciones positivas *ex art. 4 CEDH. Tertium non datur.*

En este punto, seguramente al lector no se le oculte mi opinión sobre el conflicto —establecimiento de un umbral de severidad mínimo *v.* disminución de las garantías y exigencias—. La primera opción me parece preferible porque no puede ignorarse que las conductas que recoge el art. 4 CEDH constituyen algunas de las violaciones de derechos más graves que se pueden concebir (muerte legal de una persona<sup>54</sup>), y merecen que se adopten de las medidas más contundentes y protectoras que el Estado tenga en su arsenal. Si se rebaja el nivel de las medidas exigibles al Estado, esto inevitablemente acabará rebajando también el estándar de protección en los casos más graves. Además, tampoco puede olvidarse que algunos supuestos que se están incorporando en el ámbito del art. 4 CEDH (explotación de la prostitución consentida) son instituciones sobre las que no existe acuerdo de que se traten casos de explotación antijurídica<sup>55</sup>; y, en otros casos, tienen el efecto de difuminar las diferencias entre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, confirmando los augurios de aquellos autores que veían en el régimen contra la trata una excusa para criminalizar aún más los flujos migratorios de personas vulnerables<sup>56</sup>.

¿Y qué elementos deben tenerse en cuenta para establecer este umbral de gravedad? Nada menos que los que conforman las bases del régimen clásico contra la esclavitud: los elementos “coacción” y “gravedad de la explotación”. En relación con el primero, debe existir un “mal” con el que el autor amenace a la víctima, que *provoque* que la opción más razonable para la persona sea someterse al abuso. Debe reunir las siguientes características: ser grave, antijurídico, atribuible directamente a la acción del individuo y provocar una reacción psicológica de constricción severa en quien recibe la información. Para que un mal sea grave y antijurídico debe suponer un *empeoramiento* de la situación de la persona en relación con el tratamiento al que tiene derecho, y que tal perjuicio ponga en riesgo su supervivencia o suponga un mal equivalente.

<sup>54</sup> Vid., Schwarz, Nicholson (2020), *passim*.

<sup>55</sup> Esto también lo hace notar la Jueza Koskelo en la opinión discrepante de *S.M. c. Croacia*, 2020, § 22. Cfr. también Llobet Anglís (2020), pp. 90-112; Lloria García (2019), pp. 364 y ss.; Pomares Cintas (2020), pp. 173-192; Pomares Cintas (2022a), pp. 275-292; Zúñiga Rodríguez (2018), pp. 379 y *passim*. Vid., por el contrario, los trabajos de Pérez Alonso que muestra que casos que suelen etiquetarse como “prostitución coactiva” constituyen, en realidad, supuestos claros de esclavitud : Pérez Alonso (2022), pp. 8 y ss.; Pérez Alonso (2023), pp. 1583 y ss.

<sup>56</sup> Cfr. nota al pie 10.

Así, los hechos probados de *Chowdury* muestran una situación de tratamiento abusivo de los trabajadores migrantes a quienes, durante varios meses, ni se les regularizó ni se les pagó el salario debido. A ellos se les amenazó con que, si no seguían trabajando, no cobrarían el salario al que tenían derecho. Esta amenaza es grave por el contexto en el que se produce. Consideremos otro escenario, no obstante, en el que esta misma amenaza podría no considerarse grave porque no está en juego la supervivencia del individuo o de su familia. Por ejemplo, un supuesto en el que una importante firma de abogados amenaza con no pagar los exiguos salarios de sus jóvenes becarios, procedentes de familias acomodadas, a menos que saquen más casos adelante. Seguramente, esta amenaza de un mal no deba considerarse grave a efectos de trabajo forzoso. También son discutibles que las amenazas que consistan en revelar a los familiares cierta información sensible puedan considerarse graves –“si no sigues ejerciendo la prostitución, le diré a tus padres que te dedicas al trabajo sexual”– cuando no se trate de un secreto que exista obligación de guardar<sup>57</sup>.

Además, no basta con que la persona se aproveche de las pocas opciones de un individuo vulnerable, presentándole una “oferta coercitiva”<sup>58</sup> –p. ej., un político importante ofrece dinero a una mujer que acaba de perderlo todo para que sea su concubina–. Su acción tiene que consistir en la amenaza de empeorar *activamente* su situación si no acepta la “oferta”. Este sería el caso si el importante político del ejemplo anterior, en lugar de realizar un ofrecimiento incondicionado, le sugiere a la mujer que, si no acepta ser su concubina, no va a poder acceder a las ayudas a las que tienen derecho las personas que están en su situación.

Son especialmente problemáticos los supuestos en los que un individuo se aprovecha del estatus irregular de otro para someterlo a explotación, porque la expulsión de un individuo no puede considerarse –en principio– un mal antijurídico ya que el Estado tiene derecho a expulsar individuos en algunos casos. Ahora bien, no puede decirse que una persona tenga el derecho a extorsionar a otra con revelar ante las autoridades la información sobre su estatus migratorio. A la luz de esto, podemos distinguir dos tipos de situaciones: (1) la del individuo que simplemente se limita a realizar una oferta coercitiva –“te ofrezco trabajo, pero pago por debajo del salario mínimo”–, situación que, en principio, no constituiría trabajo forzoso o trata<sup>59</sup>; y (2) la del individuo que presiona con denunciar a las autoridades si la persona no trabaja para ella<sup>60</sup>. Dependiendo de lo que suponga la expulsión para el individuo, podrá (o no) considerarse grave la amenaza de un mal y, por tanto, constitutiva de trabajo forzoso.

<sup>57</sup> Esta estructura de casos en los que se amenaza con un mal que se está obligado a soportar (o, más bien, que no tiene derecho a evitar) suelen castigarse con delitos autónomos, como el “chantaje”, que lo que tratan de evitar no es la amenaza del “mal” (que no existe, al menos no en sentido jurídico), sino la generalización de conductas que perturban la paz pública. Cfr. Castellví Monserrat (2023), p. 28; Peralta (2014), p. 498; Jakobs (1997), p. 473.

<sup>58</sup> En las ofertas coercitivas, el autor no provoca con una amenaza la presión motivacional que sufre la víctima, sino que, simplemente, se aprovecha de ella; concretamente, se aprovecha de ella mediante una oferta. *Vid.*, Castellví Monserrat (2023), pp. 22 y ss.; Feinberg (1986), p. 230.

<sup>59</sup> Digo en principio porque no hay que olvidar que la asunción del estatus de empleador implica también la asunción de ciertas obligaciones de *proveer*, por lo que, en algunos casos, el “no dar” un salario adecuado puede ser equivalente a la “amenaza de un mal” si supone un empeoramiento significativo respecto de la situación a la que tiene derecho. También, una situación de explotación muy intensa es un indicador muy fuerte (a veces, insoslayable) de que la persona se siente poderosamente amenazada.

<sup>60</sup> Este esquema plantearía problemas si las personas tuvieran obligación de denunciar a los migrantes que se encuentran irregularmente en un Estado, porque en ese caso la estructura la de una amenaza, sino la de una oferta coercitiva porque no hay un anuncio de un empeoramiento de su situación jurídica, sino de la oferta de otra opción distinta, que puede ser considerada una mejora.

Además, el “mal” o “pena” debe producir un efecto de amenaza, de constricción psicológica. En otras palabras: debe influir directamente en la psique del individuo. Esta es la razón por la que los “engaños coercitivos”, incluso aunque el mal sea irreal o no dependa de la persona que amenaza, pueden dar lugar a una situación de trabajo forzoso. Por ejemplo, en *C.N. y V. c. Francia*, las hermanas tenían un estatus administrativo regularizado en Francia porque sus tíos eran diplomáticos<sup>61</sup>. El mal con el que las amenazaban (denunciarlas a las autoridades, lo que supondría volver a Burundi), por tanto, no era real. Sin embargo, esto no tiene importancia porque lo fundamental es que se trate de un mal *percibido* por el individuo como real y grave. Para *C.N.*, menor de edad, para quien volver a Burundi era equivalente a una condena de muerte<sup>62</sup>, desde luego lo era.

En relación con el elemento de la gravedad de la explotación, parece otro parámetro razonable para definir del umbral de severidad del art. 4 CEDH. Este criterio deberá atender a las condiciones de vida y de trabajo impuestas a los trabajadores: en general, deberán ir en detrimento de su salud y bienestar, aunque, como mencioné anteriormente, no me parece que este tenga que constituir un elemento imprescindible para castigar el trabajo forzoso a nivel nacional, ni que tenga que vincular al sistema de la OIT<sup>63</sup>. En el nivel internacional de los derechos humanos, también en su vertiente económica<sup>64</sup>, sin embargo, sí parece razonable incluir este parámetro —el aspecto degradante y abusivo del trabajo—, incluso relativizando el elemento “coacción”: un nivel de explotación muy elevado es un indicio muy poderoso (a veces podrá considerarse incontestable) de que la realización del trabajo no es consentida y de que la situación se mantiene por la amenaza de un mal<sup>65</sup>. De hecho, el Comité de Derechos Humanos (CDH), que interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incluye en su concepto de trabajo forzoso el aspecto *degradante o deshumanizador* del trabajo exigido<sup>66</sup>. Este parámetro, por

<sup>61</sup> *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 17. También opera al contrario: no habría trabajo forzoso si esa amenaza existe, pero no es conocida por el individuo.

<sup>62</sup> *C.N. y V. c. Francia*, 2013, § 34.

<sup>63</sup> En estos supuestos, el grado de explotación laboral puede jugar únicamente un papel de “baseline”, como ocurre en España con el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, cuyo art. 177 ter CP define el trabajo forzoso en los siguientes términos: “1. Será castigado como autor del delito de trabajos o servicios forzosos con la pena de prisión de cinco a ocho años, quien, ejerciendo sobre una persona un poder de disposición o control, y empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima, la obligare a realizar cualquier trabajo o servicio, incluyendo prestaciones o actividades de naturaleza sexual, la mendacidad y la realización de actividades delictivas”.

<sup>64</sup> Cfr. Nieto (2021), pp. 4-34; Vioque (2021), pp. 72-86. Este aspecto sería fundamental para delimitar el ámbito de aplicación de las obligaciones de diligencia debida a las que se refiere, entre otros instrumentos, la Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. Cfr. también Olarte Encabo (2020), pp. 91-134.

<sup>65</sup> En sentido parecido creo que puede leerse a Gallo (2022), pp. 254 y ss.

<sup>66</sup> La postura del CDH queda bien reflejada en *Bernadette Faure c. Australia*, que es la única comunicación individual en la que se ha pronunciado sobre el concepto de trabajo forzoso (Comunicación No. 1036/2001, UN Doc. CCPR/C/85/D/1036/2001, 23 de noviembre, 2005). El CDH observó que “en el Pacto no se explica con más detalle el significado del término ‘trabajo forzoso u obligatorio’. Aunque las definiciones contenidas en los instrumentos pertinentes de la OIT podrían ayudar a elucidar su significado, en última instancia le corresponde al Comité determinar si se cometieron actos prohibidos”. Finalmente acaba enunciando un concepto muy similar: “el término ‘trabajo forzoso u obligatorio’ comprende toda una gama de conductas que abarcan desde el trabajo impuesto a una persona por sanción penal, particularmente en condiciones especiales de coacción o explotación o inaceptables por otro motivo, hasta

cierto, tiene una naturaleza comparativa: para determinar si las condiciones son degradantes y abusivas se ha de tener en cuenta la regulación del Estado y las condiciones que se imponen por regla general a los trabajadores en un determinado contexto.

Es interesante, en este sentido, la regulación alemana de los delitos de trata y trabajo forzoso, porque define la “explotación mediante el empleo” indicando que se produce “si el empleo se lleva a cabo con un afán excesivo de lucro en condiciones de trabajo que son manifiestamente desproporcionadas con respecto a las condiciones de trabajo de los empleados que tienen el mismo empleo o un empleo comparable”, en el delito de trata del art. 232 StGB (*Menschenhandel*).

## V. ¿Deben coincidir los conceptos internacionales del Art. 4 CEDH con los que se tipifiquen en los ordenamientos nacionales?

La “gramática” tradicional del Derecho internacional de los derechos humanos no se encuentra adaptada al castigo de los individuos, básicamente porque se trata de una rama jurídica dirigida a los Estados y destinada principalmente al establecimiento de responsabilidad colectiva (estatal) y no individual (personal). A pesar de esto, es indiscutible que en los últimos años el TEDH recurre cada vez con más frecuencia al Derecho penal como herramienta para la protección de los derechos contenidos en el Convenio. De esta manera, aunque directamente no tiene capacidad de imponer sanciones penales a los individuos o para poner en funcionamiento los sistemas penales estatales, “fuerza” a los Estados a hacerlo mediante el recurso a obligaciones sustantivas o procedimentales, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad internacional<sup>67</sup>. Estas obligaciones con ramificaciones penales se han desarrollado especialmente en el ámbito del art. 4 CEDH. Así, en *Siliadin* condena a Francia porque su regulación penal “no proporcionó a la demandante, menor de edad, una protección práctica y efectiva contra los actos de los que fue víctima”<sup>68</sup>; y a Reino Unido en *C.N.* porque no tenía un delito específico de servidumbre doméstica:

[...] la servidumbre doméstica es un delito específico, distinto de la trata y la explotación, que implica un complejo conjunto de dinámicas, en las que intervienen formas de coacción tanto manifiestas como más sutiles, para forzar el cumplimiento. Por lo tanto, una investigación exhaustiva de las de-

---

trabajos menos importantes en circunstancias en las que se amenaza con un castigo como sanción comparable en caso de no efectuarse el trabajo exigido”. Además, señala que: “en relación con los hechos expuestos y en particular ante la ausencia de un aspecto degradante o deshumanizador del trabajo realizado, la documentación que tiene ante sí el Comité no indica que el trabajo en cuestión quede abarcado en el ámbito de los extremos prohibidos en virtud del artículo 8” (§ 7.5). De estas consideraciones Stoyanova deduce que, según el CDH, para que exista trabajo forzoso u obligatorio es necesario que exista una sanción penal o un castigo comparable si no se realiza el trabajo requerido, y que este trabajo debe tener un aspecto *degradante* o *deshumanizador*, Stoyanova (2017a), p. 429, 527.

<sup>67</sup> Cfr. Pinto (2020), pp. 729-761. No obstante, esta diferencia estructural impide que se puedan trazar paralelismos entre la forma de establecer la responsabilidad de ambas ramas jurídicas (salvando quizás las estructuras de imprudencia o derecho de daños). *Vid.*, Stoyanova (2023), *passim*.

<sup>68</sup> *Siliadin c. Francia*, 2005, § 148. Los artículos que se encontraban en vigor en ese momento “no lidiaban específicamente con los derechos garantizados en el art. 4 de la Convención, sino que se centraban, de una manera mucho más restrictiva, en la explotación a través del trabajo y la sujeción a las condiciones de trabajo y de vida incompatibles con la dignidad humana” (§ 141); y, además permitían interpretaciones excesivamente amplias (§ 147).

nuncias de este tipo de conducta requiere una comprensión de las muchas formas sutiles en que una persona puede caer bajo el control de otra. En el presente caso, el Tribunal considera que, *debido a la ausencia de un delito específico de servidumbre doméstica*, las autoridades nacionales no pudieron dar la debida importancia a estos factores. En particular, el Tribunal está preocupado por el hecho de que durante el curso de la investigación sobre las quejas del demandante, no parece que se hiciera ningún intento de entrevistar a S. a pesar de la gravedad del delito que supuestamente había cometido [...]. Para el Tribunal, la laguna del Derecho interno en aquel momento puede explicar esta omisión [...]”<sup>69</sup>.

Con independencia de las críticas que pueden efectuarse a la deriva criminalizadora del TEDH en general<sup>70</sup>, no parece que evitar lagunas de impunidad en los casos más graves suponga imponer a los Estados una carga excesiva. Sí constituiría una carga desproporcionada, sin embargo, el obligar a los Estados a criminalizar cualquier forma de explotación de la prostitución consentida; y de ahí la importancia de ser exigentes con los parámetros definicionales del art. 4 CEDH: si a los Estados se les va a exigir unos estándares procedimentales o de criminalización muy elevados, estos tienen que estar muy justificados en atención a las conductas que se pretenden evitar. Ahora bien, habiendo aceptado que es razonable la obligación de establecer un marco penal sustantivo adecuado para combatir estas formas de explotación, la siguiente pregunta que hemos de responder es la que titula el apartado: ¿deben coincidir los conceptos del 4 CEDH, desarrollados en la jurisprudencia del TEDH, con los que se encuentran en los ordenamientos penales nacionales? ¿Y con los conceptos en otros ámbitos del derecho internacional o transnacional?

Responder a estas preguntas exige realizar una consideración previa, y es que, como se ha indicado, el Derecho penal y el Derecho internacional de los derechos humanos tienen un punto de partida radicalmente distinto. El Derecho penal se ocupa sobre todo del establecimiento de la responsabilidad del individuo y la asignación de una pena —que normalmente implica privación de libertad—, mientras que el Derecho internacional solo puede establecer la responsabilidad de un ente colectivo, al que no puede infligir dolor. Esto determina que sus presupuestos de legitimidad, sus técnicas de regulación e interpretación, así como el contenido de sus principios limitadores, sea muy distinto<sup>71</sup>: no es casualidad que lo que se conoce como “Derecho penal internacional” se haya desarrollado como una rama *autónoma* del Derecho internacional<sup>72</sup>. El Derecho penal requiere definiciones precisas que se ajusten al principio de legalidad, y se encuentra intensamente limitado por el principio de culpabilidad, mientras que el Derecho internacional se guía por la *rationale* de la expansión de su ámbito de protección y la de promover mejores y más protectoras dinámicas por parte de los Estados. Así, las técnicas de interpretación del TEDH favorecen una interpretación expansiva, lo que es contrario a la prohibición de la analogía *in malam partem* que rige en Derecho penal. Por estas y otras razones, el trasvase de los conceptos de uno a otro ámbito del derecho debe realizarse de forma crítica. Por un lado, porque los intentos de implementar los conceptos que

<sup>69</sup> *C.N. c. Reino Unido*, 2013, § 80.

<sup>70</sup> Pinto (2020); Tomás-Valiente Lanuza (2016), pp. 29 y ss.

<sup>71</sup> Lazarus (2012), p. 150; Stoyanova (2017), pp. 332 y ss.

<sup>72</sup> Fletcher (2020).

surgen en el Derecho internacional crean tensiones con los principios nacionales, especialmente con el de legalidad<sup>73</sup>; y, por otro, porque, al ser ramas con objetivos distintos, los conceptos que establezcan una y otra pueden (y, en ocasiones, deben) diferir<sup>74</sup>. Esto también ocurre a nivel interno: un Estado puede ser más laxo o “generoso” otorgando la calificación de “víctima de trata de seres humanos” cuando se trata de asignar un determinado estatus administrativo que permite a la persona solicitar medidas protectoras, que cuando estamos en un procedimiento penal y tal etiqueta implica asignar la pena por trata, así como el estigma de “tratante”, a otro individuo.

Esto es aplicable a otras ramas del Derecho internacional o transnacional, como el régimen de derechos laborales de la OIT o lo que se viene llamando el “Derecho penal económico de los derechos humanos”<sup>75</sup>. En estas áreas se pueden establecer estándares definicionales algo distintos (centrándose en el aspecto de la explotación y no tanto en el coactivo), atendiendo al tipo de medidas que establezcan, por ejemplo, relacionadas con la diligencia debida y la transparencia.

## VI. Conclusiones

Es difícilmente rebatible que la inclusión del concepto de trata en el ámbito del art. 4 CEDH no solo ha “actualizado” el artículo, adaptándolo a una nueva realidad, sino que ha sido el desencadenante del progresivo abandono de los elementos estructurales del régimen clásico contra la esclavitud y sus prácticas similares –la coacción y el grado de explotación–, dando cabidas a prácticas como la explotación de la prostitución consentida. Esta modificación no es inocua porque el régimen punitivo y protector fue diseñado a medida de este régimen clásico, por lo que, si se modifica sustancialmente, también debería repensarse la respuesta sancionadora y protectora para que no sea excesiva o inoperante. Volviendo a la analogía con el *Habeas Corpus*, si mediante esta institución se obligara a revisar no solo las privaciones de libertad, sino también las multas –en el entendimiento de que son equivalentes funcionales a las detenciones–, las exigencias de esta institución también deberían cambiar. No podrían ser tan altas porque el número de reclamaciones aumentaría y porque, en muchos casos, no habría tanto en juego; y se ten-

<sup>73</sup> El principio de legalidad comprende elementos como la certeza y previsibilidad, lo que significa que la ley debe ser lo más predecible, específica y detallada posible, e indicar claramente cuál es la conducta prohibida. Nociones como los “atributos del derecho de propiedad” pueden no tener un significado concordante en el derecho interno o no alcanzar el umbral de previsibilidad de las jurisdicciones nacionales. Así, por un lado, las definiciones de los conceptos del art. 4 CEDH en los ordenamientos nacionales deben adaptarse a las categorías existentes del ordenamiento nacional –por ejemplo, aquellas que sean equivalentes a la “amenaza de una pena cualquiera”–, que, en el caso español, serían las categorías “intimidación” y “abuso de situación de superioridad”. Un ejemplo de los retos que plantea la concreción de los términos jurídico-penal lo analiza Villacampa Estiarte (2022a), pp. 173 y ss., en relación con la trata laboral Cfr., también, Pérez Alonso (2017), pp. 341 y ss.; Rodríguez López (2022), *passim*.

<sup>74</sup> Respetando el núcleo esencial de la conducta prohibida por el artículo. *Vid.*, Valverde-Cano (2023), pp. 397 y ss. Terradillos Basoco (2024), pp. 12 y ss., de hecho, sugiere de manera muy persuasiva que la propia normativa española que debería ampliar el concepto de trata, de modo que abarque la imposición de condiciones de explotación.

<sup>75</sup> Nieto Martín (2020), pp. 137-172; Nieto Martín (2021), *passim*; Muñoz de Morales (2020), pp. 948-992.

dría que asumir el inevitable coste de una menor eficacia de la respuesta estatal ante los supuestos de personas que sufren una auténtica privación de su libertad deambulatoria.

Este trabajo constituye, por tanto, una defensa de la interpretación “clásica” que realizaba el TEDH de los conceptos que engloba el art. 4 CEDH, centrada en dos elementos –“coacción” y “explotación”– unidos de manera causal. Esta interpretación encaja además en la lógica del CEDH como instrumento que trata de garantizar un *mínimo* de protección para los casos más graves, sin perjuicio de que puedan establecerse otros estándares definicionales en los Estados o en otras áreas del Derecho internacional.

## Bibliografía

- Allain, J. (2015), *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*. Leiden: Brill.
- Allain, J. (2013), *Slavery in International Law. Of human exploitation and trafficking*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Allain, J. (2012), “The Legal Definition of Slavery into the Twenty-First Century”, en Allain, J. (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: from the Historical to the Contemporary*. Oxford: Oxford University Press, pp. 199-219.
- Allain, J. (2008), *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
- Allain, J., (2007), “Nineteenth Century Law of the Sea and the British Abolition of the Slave Trade”, *British Yearbook of International Law*, (78-1), p. 342-388.
- Ashworth, A. (2015), *Positive obligations in Criminal Law*. Oxford: Bloomsbury Publishing.
- Bassiouni, C. (1991), “Enslavement as an International Crime”, *NYU Journal of International Law and Politics*, (23), pp. 445-517.
- Berasaluz Gerrikagoitia, L. (2022), “La esclavitud, la servidumbre, el trabajo forzoso y la trata de seres humanos: artículo 4 del CEDH y el TEDH”, en Fernández Cabrera, M., Fernández Díaz, C. R., *Retos del Estado de Derecho en materia de inmigración y terrorismo*. Madrid: Iustel, pp. 349-364.
- Berasaluz Gerrikagoitia, L. (2022a), “Delimitación conceptual del bien jurídico en el delito de trata de seres humanos en el tipo básico recogido en el art. 177 bis CP contra mayores de edad: entre la dignidad, la integridad moral, la libertad o la pluriofensividad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (24-31), pp. 1-28.
- Bonet Pérez, C. (2022), “El ordenamiento jurídico internacional y la trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, en Villacampa Estiarte, C., *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 385-422.
- Casadei T. (2018), “Modos y formas de la esclavitud contemporánea”, *Derechos y Libertades*, (39), pp. 35-61.

- Casadei, T. (2017), “Sujetos vulnerables , trata y formas contemporáneas de esclavitud: el papel de las instituciones”, en Pérez Alonso, E. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 101-116.
- Castellví Monserrat, C. (2023), “¿Intimidación o abuso de una situación de superioridad? Sobre el consentimiento, la libertad y las amenazas en las agresiones sexuales”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (25-32), pp. 1-46.
- Chuang, J. A. (2014), “Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law”, *American Journal of International Law*, (108-4), pp. 609-649.
- Correa da Silva, W. (2022), *Regime Internacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris.
- Fletcher, G. P. (2020), *The Grammar of Criminal Law. Volume Two: International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fletcher, G. P. (1978), *Rethinking Criminal Law*, Boston y Toronto.
- Gallo, P. (2022), “La explotación laboral en Argentina: problemática y propuesta legislativa”, en Rodríguez Vásquez, J. A. (ed.), *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, CICAJ, pp. 251-270.
- Gallo, P., García Sedano, T. (2020), *Formas contemporáneas de esclavitud y explotación laboral. Talleres textiles clandestinos, explotación sexual y trata de personas*. Buenos Aires: BdF.
- García Sedano, T. (2022), “Diligencia debida y modelos de política criminal en la lucha contra las formas contemporáneas de esclavitud”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (22), pp. 210-229.
- García Sedano, T. (2020), *La detección, identificación y protección de las víctimas de trata de seres humanos*. Madrid: Editorial Reus.
- Giammarinaro, M. G. (2020), “The importance of implementing the non-punishment provision: the obligation to protect victims”, *Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*.
- Gómez Lanz, J. (2020), “La exención de pena para delitos cometidos por víctimas de trata de seres humanos”, en Benito Sánchez, D., Gómez Lanz, J. (dirs.), *Sistema penal y exclusión social*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 235-260.
- Groppi, T., Cocco-Ortu, A. M. L. (2014), “Las referencias recíprocas entre la Corte europea y la Corte interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?”, *Revista de Derecho Público*, (80), pp. 85-120.
- Guamán, A. (2022), *Diligencia debida en derechos humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guisasola Lerma, C. (2023), “Prevención y represión penal del delito de trata: una aproximación al anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación”, *Revista española de empresas y derechos humanos*, (1), pp. 37-62.
- Guisasola Lerma, C. (2019), “Formas contemporáneas de esclavitud y trata de seres humanos: una perspectiva de género”, *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXXIX), pp. 175-215.

- Herring, J. (2020), *Criminal Law: Text, Cases and Materials*, 9.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press.
- Jakobs, G. (1997), *Estudios de Derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Jovanovic, M. (2023), *State Responsibility for 'Modern Slavery' in Human Rights Law. A Right Not to Be Trafficked*. Oxford: Oxford University Press.
- Jovanovic, M. (2020), "The Essence of Slavery: Exploitation in Human Rights Law", *Human Rights Law Review*, (20), pp. 674-703.
- Kotiswaran, P. (2017), *Revisiting the law and governance of trafficking, forced labor and modern slavery*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Lazarus, L. (2012), "Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?", en Zedner, L., Roberts, J. V. (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*. Oxford: Oxford University Press, pp. 135-156 .
- Llobet Anglí, M. (2020), "¿El fin de la prostitución acabará con la trata? Las cuatro falacias del discurso abolicionista", *RELIES: Revista Del Laboratorio Iberoamericano Para El Estudio Sociohistórico De Las Sexualidades*, (4), pp. 90-112.
- Lloria García, P. (2019), "El delito de trata de seres humanos y la necesidad de creación de una ley integral", *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXXIX), pp. 353-402.
- Lousada Arochena, J. F. (2020), "La servidumbre doméstica y su tratamiento en el derecho español", en Pérez Alonso, E., Olarte Encabo, S. (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 421-460.
- Lousada Arochena, J. F. (2018), "Normativa internacional contra la explotación humana y laboral en el trabajo doméstico: La ONU y la OIT", *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, (39), pp. 152-187.
- Lucifora, A. (2019), "From old slavery to new forms of exploitation: A reflection on the conditions of irregular migrant labour after the Chowdury case", *New Journal of European Criminal Law*, (10-3), pp. 251-267.
- Mac-Gregor, E. F. (2017), "What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections Of A Judge Of The Inter-American Court Of Human Rights", *Harvard Human Rights Journal*, (30), pp. 89-127.
- Maqueda Abreu, M. L. (2020), "Trata, prostitución forzada y esclavitud sexual de las mujeres: bases para un debate libre de dogmatismos", *Revista de Derecho Penal*, (28), pp. 213-222.
- Maqueda Abreu, M. L. (2018), "Trata y esclavitud no son lo mismo, pero ¿qué son?" en AAVV, *Estudios Jurídico Penales y Criminológicos. En homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*. Vol. II. Madrid: Dykinson, pp. 1251-1264.
- Marco Francia, P. (2024), "The Unbearable Lightness of Modern Sexual Slavery: Legal and Criminological Framework in Spain", en Krambia Kapardis, M., Clark, C., Warriia, A., Dion, M. (eds), *The Palgrave Handbook on Modern Slavery*. Cham: Palgrave Macmillan, pp. 429-446.

- Martín Muñoz, J. (2024), “A lo mejor no ha llovido tanto. Comentario a las SSTs 622/2011, de 15 de junio y 704/2013, de 25 de septiembre”, *Revista Crítica Penal y Poder (Nueva Época)*, (26), pp. 1-12.
- Martínez Escamilla, M. (2023), “La inaplazable necesidad de un procedimiento de identificación de las víctimas de trata. Especial consideración al Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2022”, *Revista Sistema Penal Crítico*, (4), pp. 1-32.
- Martínez Escamilla, M., Valle Mariscal de Gante, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Asua Batarrita, A.; Gimbernat Ordeig, E., Villacampa Estiarte, C., Ríos Martín, J.; Etxebarria Zarrabeitia, X., Vieyra Calderoni, M. (2022), *Informe Jurídico. Víctimas de trata para delinquir: entre la protección y el castigo. El principio de no punición (art. 177 bis.11 del Código Penal)*. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/8fb761a9-b2f6-40ff-adbf-dea08dc6ec07/content>
- Maul, D. R. (2007), “The International Labour Organization and the Struggle against Forced Labour from 1919 to the Present”, *Labor History*, (48-4), pp. 477–500.
- Mavronicola, N. (2021), *Torture, Inhumanity and Degradation under Article 3 of the ECHR. Absolute Rights and Absolute Wrongs*. Londres: Hart Publishing.
- Miers, S. (2003), *Slavery in the Twentieth Century: The Evolution of a Global Problem*. Walnut Creek, Lanham, Nueva York, Oxford: Altamira Press.
- Miers, S. (1998), “Slavery and the slave trade as international issues 1890–1939”, *Slavery & Abolition*, (19-2), pp. 16-37.
- Miers, S. (1975), *Britain and the Ending of the Slave Trade*, Nueva York: Africana Publishing.
- Mowbray, A. R. (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*. Londres: Bloomsbury Publishing.
- Muñoz de Morales, M. (2020), “Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos”, *Política Criminal*, (15-30), pp. 948-992.
- Nieto Martín, A. (2020), “Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos”, *InDret*, (3), pp. 137-172.
- Nieto, A. (2021), “Towards a European Economic Criminal Law of Human Rights”, *European Criminal Law Review*, (11), pp. 4-34.
- Olarte Encabo, S. (2020), “El desafío del trabajo decente en las cadenas mundiales de suministros. Respuesta internacional, estatal, sindical y social”, en Pérez Alonso, E., Olarte Encabo (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 91-134.
- Olarte Encabo, S. (2018), “La doctrina del Tribunal Europeo de derechos humanos sobre esclavitud, servidumbre y trabajo forzado: Análisis crítico desde la perspectiva laboral”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (145), pp. 55-86.

- Pardo Miranda, M. (2024), "Delitos contra los derechos de los trabajadores, trabajo forzoso y compliance laboral", *InDret*, (3), pp. 235-260.
- Pardo Miranda, M. (2023), *El delito de trata de seres humanos. Un estudio político-criminal*. Madrid: Dykinson.
- Pati, R. (2011), "States' positive obligations with respect to human trafficking: the European Court of Human Rights breaks new ground in *Rantsev v. Cyprus and Russia*", *Boston University International Law Journal*, (29), pp. 79-142.
- Pinto, M. (2023), "Discursive alignment of trafficking, rights and crime control", *International Journal of Law in Context*, (19), pp. 122-142.
- Pinto, M. (2020), "Historical trends of human rights gone criminal", *Human Rights Quarterly*, (42), pp. 729-761.
- Piotrowicz, R. (2012), "States' obligations under human rights law towards victims of trafficking in human beings: positive developments in positive obligations", *International Journal of Refugee Law*, (24), pp. 181-201.
- Peralta, J. M. (2014), "La explotación: una discusión filosófica sobre su ilicitud", en Gimbernat Ordeig, E., Gracia Martín, L., Peñaranda Ramos, E., Rueda Martín, M. A., Suárez González, C., Urquizo Olaechea, J. (dirs.), *Dogmática del derecho penal: Material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*. Lima; Gaceta Jurídica, pp. 491-510.
- Pereira Garmendia, M. (2023), "La Modern Slavery Act y su impacto sobre las cadenas de suministros. La lucha contra las formas contemporáneas de explotación laboral y una propuesta de lege ferenda", *Política Criminal*, (36), pp. 873-903.
- Pérez Alonso, E. (2023), "Un caso estelar de esclavitud: la prostitución forzada", en Muñoz Sánchez, J., García Pérez, O., Cerezo Domínguez, A. I., García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1583-1604.
- Pérez Alonso, E. (2022), "Propuesta de incriminación de los delitos de esclavitud, servidumbre y trabajo forzoso en el Código Penal español", *Revista Española de Ciencia Penal y Criminología*, (24), pp. 1-50.
- Pérez Alonso, E. (2017), "Tratamiento jurídico-penal de las formas contemporáneas de esclavitud", en Pérez Alonso, E. (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 333-366.
- Pérez Alonso, E. (2013), "La Política Criminal europea en materia de trata de seres humanos", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, (16-17), pp. 1147-1194.
- Pérez Cepeda, A. (2024), "Diligencia debida, cadenas de actividad y sostenibilidad", *Revista Penal México*, (25), pp. 305-326.
- Pomares Cintas, E. (2022), "¿Es anecdótico el trabajo esclavo en España? A propósito del plan de acción nacional contra el trabajo forzoso y las víctimas olvidadas", *Estudios Penales y Criminológicos*, (42), pp. 1-36.
- Pomares Cintas, E. (2022a), "La identificación trata-prostitución y el proyecto de L.O. de Garantía de la Libertad Sexual. Claves de la agenda política antiinmigratoria

- de mujeres adultas y del régimen opresor del trabajo sexual”, en Marín de Espinosa Ceballos, E. B., Esquinas Valverde, P. (dirs.), *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual: aplicación práctica, estudio de derecho comparado y propuestas de reforma*. Cizur Menor: Aranzadi, pp. 275-292.
- Pomares Cintas, E. (2020), “La prostitución, rehén permanente del discurso de la trata de personas”, *Revista del Laboratorio Iberoamericano para el Estudio Sociológico de las Sexualidades*, (4), pp. 173-191.
- Pomares Cintas, E. (2011), “El delito de trata de seres humanos con fines de explotación laboral”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (13-15), pp. 1-31.
- Rivas Vallejo, P. (2021), “Aproximación laboral a los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación laboral en los tratados internacionales”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (2), pp. 99-135.
- Rodríguez López, S. (2022), *Trata de seres humanos y corrupción*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez Vasquez, J. A., Montoya Vivanco, Y. (2022), “Los delitos de explotación laboral: bases para una interpretación sistemática de sus diversas tipificaciones en el Código Penal Peruano”, en Rodríguez Vasquez, J. A. (ed.), *V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud. Veinte años después del Protocolo de Palermo*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, CICAJ, pp. 271-326.
- Rojo Torrecilla, E. (2017), “Nueva esclavitud y trabajo forzoso: un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral”, en Pérez Alonso, E. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 721-755.
- Scarpa, S. (2019), “Conceptual unclarity, human dignity and contemporary forms of slavery: An appraisal and some proposals”, *Questions of International Law*, (64), pp. 19-41.
- Schwarz, K., Nicholson, A. (2020), “Collapsing the Boundaries Between De Jure and De Facto Slavery: The Foundations of Slavery Beyond the Transatlantic Frame”, *Human Rights Review*, (21-4), pp. 391-414.
- Stoyanova, V. (2024), “*Krachunova v. Bulgaria*: new positive obligation under article 4 ECHR to compensate victims of human trafficking for pecuniary damages”, *Strasbourg Observers*. <https://strasbourgobservers.com/2024/03/19/krachunova-v-bulgaria-new-positive-obligation-underarticle-4-echr-to-compensate-victims-of-human-trafficking-for-pecuniary-damages/>.
- Stoyanova, V. (2023), *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights. Within and Beyond Boundaries*. Oxford: Oxford University Press.
- Stoyanova, V. (2020), “The Grand Chamber Judgment in S.M. v Croatia: Human Trafficking, Prostitution and the Definitional Scope of Article 4 ECHR”, *Strasbourg Observers*. <https://strasbourgobservers.com/2020/07/03/the-grand-chamber-judgment-in-s-m-v-croatia-human-trafficking-prostitution-and-the-definitional-scope-of-article-4-echr/>

- Stoyanova, V. (2017), *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Stoyanova, V. (2017a), V., "United Nations against Slavery: Unravelling Concepts, Institutions and Obligations", *Michigan Journal of International Law*, (38-3), pp. 359-454.
- Terradillos Basoco, J. M. (2024), "Trabajo forzoso, servidumbre, esclavitud: ¿aggiornamento de la respuesta penal a la explotación laboral grave?" *Revista Sistema Penal Crítico*, (5), pp. 1-31.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2016), "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *InDret*, (3), pp. 1-73.
- Torres Ferrer, C. (2022), "Aproximación a la trata de seres humanos desde su consideración como delito económico", en Villacampa Estiarte, C. (dir.), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 655-698.
- UNODC (2009), *Model Law against Trafficking in Persons*. Viena: UNODC.
- Valverde-Cano, A. B. (2023), *Más allá de la trata: el Derecho penal frente a la esclavitud, la servidumbre y los trabajos forzados*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Valverde-Cano, A. B. (2019), "It's all about control: El concepto de trabajos forzados", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.<sup>a</sup> Época, (22), pp. 239-299.
- Viganò, F. (2014), "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Política Criminal*, (9-18), pp. 428-476.
- Villacampa Estiarte, C. (2024), "¿Reconoce el Tribunal Supremo el principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos? Comentario a la STS 960/2023, de 21 de diciembre", *InDret. Revista Crítica de Jurisprudencia Penal*, (3), pp. 592-604.
- Villacampa Estiarte, C. (2023), "Aproximación victimocéntrica a la trata de seres humanos: el principio de no punición o no penalización", en Muñoz Sánchez, J., García Pérez, O., Cerezo Domínguez, A. I., García España, E. (dirs.), *Estudios político-criminales, jurídico-penales y criminológicos: libro homenaje al profesor José Luis Díez Ripollés*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 465-476.
- Villacampa Estiarte, C. (dir.) (2022), *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación: ¿es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch.
- Villacampa Estiarte, C. (2022), "El principio de no punición o no penalización de las víctimas de trata de seres humanos: reconocimiento normativo y aplicación", *Diario La Ley*, (10101).
- Villacampa Estiarte, C. (2022a), "Dificultades en la persecución penal de la trata de seres humanos para explotación laboral", *InDret*, (2), pp. 164-202.
- Villacampa Estiarte, C. (2022b), "Trata de seres humanos para explotación criminal o criminalidad forzada y ausencia de responsabilidad de sus víctimas", en Villacam-

- pa Estiarte, C., *La trata de seres humanos tras un decenio de su incriminación. ¿Es necesaria una ley integral para luchar contra la trata y la explotación de seres humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 497-543.
- Villacampa Estiarte, C. (2013), “La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (10), pp. 293-342.
- Vioque, L. M. (2021), “A Proposal for Criminal Liability for Breach of Due Diligence Obligations: the European Conflict Minerals Regulation as an Example”, *European Criminal Law Review*, (11), pp. 72-86.
- Weatherburn, A. (2021), *Labour Exploitation in Human Trafficking Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Weatherburn, A. (2019), *Clarifying the scope of labour exploitation in human trafficking law: Towards a legal conceptualisation of exploitation*, Tesis doctoral, Tilburg University.
- Weitzer, R. (2017), “Human Trafficking and Contemporary Slavery”, *Annual Review of Sociology*, (41), pp. 223-242.
- Williams, G. (1983), *Textbook of Criminal Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2018), “Trata de seres humanos y criminalidad organizada transnacional: problemas de política criminal desde los derechos humanos”, *Estudios Penales y Criminológicos*, (XXXVIII), pp. 361-408.

# El contrato predoctoral: cuestiones conflictivas y retos pendientes desde la última reforma\*

## Predoctoral contract: conflictive issues and pending challenges since the last reform

Víctor Maneiro Hervella

*Contratado postdoctoral FPU*  
*Universidad Carlos III de Madrid*

ORCID ID: 0000-0003-3634-0800

Recibido: 17/12/2024

Aceptado: 29/1/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9409

*Resumen:* En las últimas décadas, se ha producido un proceso de laboralización de los jóvenes investigadores, que reclamaban dejar atrás las becas predoctorales y dotarse de un auténtico catálogo de derechos laborales. En 2011, la Ley de la Ciencia crea el contrato predoctoral, cuyo desarrollo reglamentario no llega hasta el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (EPIF). Sin embargo, el EPIF sigue sin dar respuesta a una de sus principales reivindicaciones: el derecho a la indemnización a la finalización del contrato predoctoral. La Ley 17/2022, de 5 de septiembre, modifica la Ley de la Ciencia incorporando importantes cambios en el contrato predoctoral, incluyendo un nuevo derecho a una indemnización por expiración del tiempo convenido. En este artículo se analizan las disfunciones de esta modalidad contractual, tanto las generadas por la nueva reforma como las cuestiones litigiosas que todavía perviven.

*Palabras clave:* contrato predoctoral, investigador predoctoral, Ley de la Ciencia, EPIF, Ley 17/2022.

*Abstract:* In recent decades, there has been a process of laborization of young researchers, who demanded to leave pre-doctoral scholarships behind and be equipped with an authentic catalog of labor rights. In 2011, the Science Law created the pre-doctoral contract, whose regulatory development did not reach until Royal Decree 103/2019, of March 1, which approved the Statute of pre-doctoral research personnel in training (EPIF). However, the EPIF still does not

---

\*Trabajo elaborado en el marco del periodo de orientación postdoctoral del contrato predoctoral financiado por la convocatoria de ayudas para la formación de profesorado universitario, del Ministerio de Universidades (FPU19/06462), y del proyecto de nacional de investigación financiado por la Agencia Estatal de Investigación “La Dimensión socio-laboral de los riesgos asociados al cambio tecnológico: conceptualización, prevención y reparación” (Proyecto PID2021-124979NB-I00 financiado por MCIN /AEI /10.13039/501100011033 / FEDER, UE).

respond to one of its main demands: the right to compensation upon termination of the pre-doctoral contract. Law 17/2022, of September 5, modifies the Science Law by incorporating important changes in the pre-doctoral contract, including a new right to compensation for expiration of the agreed time. This paper analyzes the dysfunctions of this contractual modality, those generated by the new reform and the contentious issues that still exist.

*Keywords:* Pre-doctoral contract, pre-doctoral researcher, Science Law, EPIF, Law 17/2022.

Los colectivos de jóvenes investigadores precarios han reivindicado históricamente que la investigación es un trabajo y, como tal, debe regirse por un contrato laboral. En las últimas décadas, se ha desarrollado un proceso de laboralización que ha dignificado las condiciones de trabajo del personal investigador predoctoral reconociéndoles un catálogo de derechos laborales.

### 1.1. El proceso de laboralización del personal investigador: la transición de las becas al contrato predoctoral de la Ley de la Ciencia

En primer lugar, el Real Decreto 1326/2003, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto del Becario de Investigación confirmaba la naturaleza jurídica de beca durante todo el periodo de disfrute de la ayuda económica o incentivo dejando claro que la relación que une al becario con la Universidad beneficiaria u organismo de investigación “se encuentra a extramuros del derecho laboral”<sup>1</sup>. Los beneficiarios de becas otorgadas con cargo a programas inscritos en el Registro de becas quedaban asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos de su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 6.1 Real Decreto 1326/2003)<sup>2</sup>.

En segundo lugar y ante la necesidad de mejorar la protección de este colectivo, se aprobó el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Personal Investigador en Formación. Lo primero que llama la atención es que gracias a este Real Decreto se abandona la terminología de “becario”, al sustituirla por la de “personal investigador en formación”. En virtud de esta normativa se logra avanzar, aunque sólo parcialmente, hacia la protección de este colectivo a través de la implantación del conocido sistema mixto 2+2, el cual consta de un primer periodo de beca (destinado a superar el Diploma de Estudios Avanzados –DEA– o el Trabajo Fin de Máster –TFM–) y un segundo periodo de contrato de dos años (bajo la figura del contrato en prácticas). Aquí se refleja la intencionalidad del legislador de dar un primer paso hacia la laborali-

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “¿Indemnización o retroceso? La saga continua: un nuevo paso atrás en la regulación del personal investigador predoctoral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 10, 2020.

<sup>2</sup> V. MORENO I GENÉ, J., “El Estatuto del becario de investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 250, 2004, pp. 3-50; AGUILERA IZQUIERDO, R., “El Estatuto del Becario de investigación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 121, 2004, pp. 27-43; GARCÍA NINET, J. I., “Sobre el presunto Estatuto del becario de investigación”, *Tribuna Social*, nº 155, 2003, pp. 5-10.

zación de este colectivo<sup>3</sup>. Gracias a esta regulación, el personal investigador queda protegido en la mayoría de las contingencias (a excepción del desempleo durante los primeros años), experimentando así una mejora respecto de la situación anterior<sup>4</sup>.

En tercer lugar, la tradicional consideración del personal investigador en formación sufrió una transformación radical a través de la aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante LCTI o simplemente Ley de la Ciencia) que suprime el modelo «2+2» de beca y contrato y crea el nuevo contrato predoctoral (modelo «0+4»). Gracias a esta norma el investigador en formación se encuentra bajo el paraguas del Estatuto de los Trabajadores, pero con las especialidades de la Ley de la Ciencia<sup>5</sup>.

Las especificidades del colectivo, el mantenimiento del espíritu formativo y la garantía de la protección jurídica y laboral determinaron que esta última norma crease una modalidad contractual de nuevo cuño que dejase atrás el estatuto de becario: el contrato predoctoral<sup>6</sup>. A pesar de la decisión unilateral, ya corregida, de conversión de los contratos predoctorales en contratos en prácticas llevada a cabo por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social en 2017<sup>7</sup>, el contrato predoctoral se ha consolidado como una modalidad autónoma y específica de contrato laboral en el ámbito de la investigación.

Finalmente, y superando ampliamente los dos años que preveía la disposición adicional segunda de la Ley de la Ciencia, se desarrolló reglamentariamente el contrato predoctoral a través del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (en adelante, EPIF)<sup>8</sup>. Por tanto, a partir de 2019 se firman los primeros contratos predoctorales protegidos por el EPIF, que han superado la cifra de 6.000 contratos anuales, conforme los datos de la Tabla 1.

<sup>3</sup> V. MORENO I GENÉ, J., “El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 277, 2006, pp. 37-104; ALZAGA RUIZ, I., “El nuevo régimen jurídico del personal investigador en formación”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2006; MORÓN PRIETO, R., “El Estatuto del Personal Investigador en Formación: otro tímido paso en la asimilación de las becas formativas al régimen laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2006, pp. 447-481; MORENO I GENÉ, J., *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “¿Indemnización o retroceso?...”, *op. cit.*

<sup>5</sup> MORENO I GENÉ, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 340, 2011; MORENO I GENÉ, J., “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2012.

<sup>6</sup> MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas actuales”, *Documentación Laboral*, nº 123, 2021, p. 118.

<sup>7</sup> LÓPEZ INSUA, B. M., “La precarización del personal investigador en formación de nuevo en el ojo del huracán: anomalías en la ‘codificación’ de los contratos predoctorales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2017, pp. 413-424.

<sup>8</sup> ROJO TORRECILLA, E., “Sobre el estatuto del personal investigador predoctoral en formación. Notas al marco normativo anterior y a la nueva regulación del Real Decreto 103/2019 de 1 de marzo”, *El Blog de Eduardo Rojo*, 19 de marzo de 2019. Disponible en: <https://acortar.link/hNeOM6>; MORENO I GENÉ, J., “El nuevo estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, nº 147, 2019, pp. 77-114; BALLESTER LAGUNA, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un traje a medida del contrato predoctoral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019, pp. 209-244; MORENO I GENÉ, J., *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Barcelona, Atelier, 2020.

**Tabla 1. Volumen anual de contratos predoctorales.**

2019	2020	2021	2022	2023	2024
2.615	4.899	5.379	5.214	5.883	6.203

Además, el contrato predoctoral es una modalidad contractual que ha ganado protagonismo. La reciente entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) así lo certifica. Por una parte, desaparece la figura del Ayudante (art. 49 de la derogada Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades), dejando al contrato predoctoral como la única modalidad contractual para doctorandos que incluye la colaboración en tareas docentes. Con la supresión de la figura del ayudante se evita que la combinación del contrato predoctoral y la ayudantía permita alargar en demasía la fase predoctoral (4 años contrato predoctoral y 5 años de ayudante), desvirtuándose el carácter formativo de estas modalidades<sup>9</sup>.

La propia LOSU prevé que las Universidades “podrán contratar, con financiación interna de la universidad o con financiación externa, personal investigador en las modalidades de contrato predoctoral” (art. 77.1). Por tanto, el contrato predoctoral se configura como la forma ordinaria de incorporación a la carrera académica, que abre el camino del contrato de profesorado ayudante doctor (art. 78 LOSU) y el contrato de acceso de personal investigador doctor (art. 22 LCTI), también modalidades de contratación especiales, para la Universidad y la actividad científica, respectivamente.

Por otra parte, la LOSU recurre al contrato predoctoral como mecanismo de adaptación para las Universidades que tengan un exceso de temporalidad en sus plantillas, dirigido, principalmente, al profesorado asociado que no sea doctor (DT 8<sup>a</sup>, apdo. b).

Asimismo, desaparece la acreditación del profesorado ayudante doctor para evitar un “tiempo de vacío”<sup>10</sup> o la “travesía del desierto”<sup>11</sup> que suponía el tránsito entre obtención del título de doctorado y la acreditación para continuar la carrera universitaria. De esta forma, el diseño del acceso a la carrera académica de la LOSU se traduce en cuatro años de contrato predoctoral y seis años de contrato postdoctoral. Una vez superada esta década de formación se abrirían las puertas de la estabilización laboral a través del nuevo contrato de profesorado permanente laboral (PPL) regulado en el art. 82 LOSU. A pesar de ello, la doctrina advierte del riesgo de “cuello de botella”<sup>12</sup> ante la insuficiencia de plazas en las universidades públicas.

<sup>9</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Nuevas reglas de contratación en los sistemas universitario y de investigación”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, número extraordinario, 2023, p. 147; MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 53.

<sup>10</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Nuevas reglas de contratación...”, *op. cit.*, p. 150.

<sup>11</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>12</sup> *Idem.*

## 1.2. Las primeras limitaciones del desarrollo reglamentario del contrato predoctoral: el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación (EPIF)

El profesor Moreno i Gené<sup>13</sup> ha tenido la oportunidad de estudiar detenidamente las primeras cuestiones conflictivas relacionadas con el desarrollo reglamentario del contrato predoctoral: a) la previsión de un salario mínimo profesional garantizado y su entrada en vigor<sup>14</sup>; b) la cuantía a percibir por el personal investigador predoctoral en formación durante cada una de las anualidades del contrato<sup>15</sup>, que finalmente el EPIF indexa al Grupo 1 de personal laboral de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado (art. 7.2 EPIF); c) la revalorización anual de la retribución<sup>16</sup>; d) el derecho al percibo del complemento de antigüedad (trienios)<sup>17</sup>; e) la admisibilidad de prórrogas automáticas del contrato predoctoral (posibilidad rechazada por la doctrina judicial<sup>18</sup>); f) la previsión y limitación de las obligaciones docentes (un límite anual de 60 horas y de 180 para todo el contrato *ex art.* 4.2 EPIF)<sup>19</sup>; g) los derechos indemnizatorios a la finalización del contrato predoctoral. Sin duda, la cuestión más conflictiva ha sido la indemnización llegado el término del contrato precisamente porque cuestiona su propia naturaleza.

Desde que se introduce por primer vez el contrato predoctoral como modalidad contractual específicamente dirigida a la contratación de personal investigador en formación en la Ley de la Ciencia, “se ha suscitado un interesante debate sobre su naturaleza jurídica, que ha basculado, básicamente, entre quienes mantienen que se trata de una modalidad contractual formativa, próxima al contrato en prácticas, y los que consideran que se trata de una modalidad de contrato para obra o servicio determinados, cuyo objeto sería la elaboración y defensa de la tesis doctoral”. Este debate responde “a las dos almas que tradicionalmente ha mostrado la contratación de los investigadores en formación desde que los mismos dejaron de ser contemplados como meros becarios para pasar a ser considerados auténticos trabajadores”. A su vez, la discusión sobre la natura-

<sup>13</sup> MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*

<sup>14</sup> SSTSJ del País Vasco de 15 de diciembre de 2020 (Rec. 1391/2020 y 1466/2020).

<sup>15</sup> La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 de junio de 2020 (Rec. 183/2019) declaró nulo el apartado tercero del artículo 7 del EPIF: “La aplicación de la cantidad anual resultante se podrá también computar al periodo total del contrato predoctoral de cuatro años”.

<sup>16</sup> STS de 7 de septiembre de 2022 (Rec. 17/2021), que confirma la STSJ de Madrid de 4 de marzo de 2020 (Rec. 17/2021).

<sup>17</sup> SSTSJ de Madrid de 8 de marzo de 2023 (Rec. 1396/2022); de Cataluña, de 15 de marzo de 2022 (Rec. 7295/2021); de Andalucía, Sevilla, de 28 de enero de 2022 (Rec. 246/2022), confirmada por STS de 5 de mayo de 2024 (Rec. 246/2022); de Aragón de 15 de febrero de 2021 (Rec. 25/2021). V. MORENO I GENÉ, J., “El derecho del personal investigador predoctoral en formación al percibo de trienios: a propósito de la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2022”, *IUSLABOR*, nº 3, 2022, pp. 171-197.

<sup>18</sup> SSTSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2021 (Rec. 2358/2021); de 20 de septiembre de 2021 (Rec. 2162/2021).

<sup>19</sup> Sobre los problemas derivados de la ausencia de regulación sobre las obligaciones docentes del personal investigador en formación con contrato predoctoral y la propuesta doctrinal de extender al mismo las reglas aplicables a los ayudantes, V. MORENO I GENÉ, J., “El Personal investigador en formación: el difícil equilibrio entre la finalidad formativa y la finalidad productiva de esta figura”, *IUSLABOR*, nº 3, 2017, pp. 191-222.

leza jurídica del contrato predoctoral “no tiene un carácter meramente teórico, sino que del mismo se derivan trascendentales consecuencias jurídicas”, como la posibilidad de acceder a una indemnización llegado el término del contrato<sup>20</sup>.

La doctrina científica califica como “extraordinariamente sorprendente”<sup>21</sup> que el EPIF no haya resuelto el debate sobre la naturaleza jurídica del contrato predoctoral, a pesar de que su art. 3 contenga la rúbrica “naturaleza jurídica”. Sin embargo, este precepto se limita a decir que “el contrato predoctoral es una modalidad de contrato de trabajo del personal investigador en formación”.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 13 de octubre de 2020 (rec. 119/2019), considera que no nos encontramos propiamente ni ante un contrato para obra o servicio determinados ni ante un contrato en prácticas, sino ante una modalidad contractual autónoma y específica del ámbito de la investigación<sup>22</sup>. En este debate sobre su naturaleza, el TS se ha posicionado claramente con la tesis de que el contrato predoctoral tiene un carácter más bien formativo: “si de buscar analogías con las modalidades contractuales del ET se trata, se hace verdaderamente difícil acudir al contrato para obra y servicio determinado y, por el contrario, sería el contrato en prácticas del art. 11 ET el que presentaría mayores similitudes –de manera muy particular, la finalidad explícita de la contratación–”. Por tanto, “el legislador ha diseñado una modalidad contractual, de carácter formativo, a la que no ha atribuido indemnización en el momento de su finalización, en la misma línea seguida con otros contratos temporales del ET”<sup>23</sup>.

Esta conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo ha sido criticada por algún sector doctrinal que se inclinaba más por asimilar el contrato predoctoral al contrato para obra o servicio determinado, al considerar que “no parece verdaderamente difícil acudir al contrato para obra o servicio determinado, máxime cuando apreciamos que la defensa de la tesis doctoral puede constituir causa para extinguir el contrato y que aquellas contribuciones tienen cierto valor para las universidades y centros de investigación que actúan como empleadores, tanto a nivel de prestigio como de índole económica”<sup>24</sup>. Tampoco lo consideran comparable al contrato en prácticas porque su duración máxima encaja más con la duración del contrato de obra o servicio: los contratos de obra o servicio y de prácticas vigentes en el momento de la aprobación del EPIF tenían una duración máxima, respectivamente, de 4 años y de 2 años. De esta forma, el contrato predoctoral

---

<sup>20</sup> MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*, p. 118.

<sup>21</sup> *Idem.*

<sup>22</sup> MORENO I GENÉ, J., “La indemnización por finalización del contrato predoctoral fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, nº 454, 2021, pp. 154-163; MORENO I GENÉ, J., “Derechos indemnizatorios derivados de la finalización del contrato predoctoral. A propósito de la STS de 13 de octubre de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021.

<sup>23</sup> STS de 13 de octubre de 2020 (rec. 119/2019).

<sup>24</sup> REQUENA MONTES, O., “Argumentos en torno a la indemnización por fin de contrato predoctoral: comentario a la STS, Sala de lo Social, núm 903/2020, de 13 de octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 240, 2021, pp. 237-252.

y el contrato de obra o servicio son “dos modalidades fácilmente identificables y confundibles en el marco de la investigación predoctoral”<sup>25</sup>.

En los términos del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, que prevé que “la tesis doctoral consistirá en un trabajo original de investigación elaborado por el candidato en cualquier ámbito de estudio” (art. 13.1), este trabajo original de investigación sería la obra o el servicio objeto del contrato.

Desde la perspectiva civilista, “es posible afirmar que el objeto principal del contrato predoctoral (culminación de la tesis) se ajusta mejor al contenido propio del contrato de ejecución de obra (obtención de un resultado) que al del contrato de servicios (realización de una actividad de manera diligente)”<sup>26</sup> porque “podría establecerse una equiparación, a grandes rasgos, entre el proceso de recepción de la obra y el procedimiento de depósito y aprobación de la tesis doctoral”<sup>27</sup>.

Sin embargo, ya apuntaba la doctrina que “dada la laxitud con la que se expresa la norma, puede entenderse que el objeto del contrato no tiene por qué ser en todos los casos la elaboración de la tesis doctoral, pudiendo venir constituido también el mismo por la realización de trabajos de investigación en el seno de un proyecto concreto y novedoso, quedando obligado, en cualquier caso, el destinatario del contrato a participar en el programa de doctorado correspondiente”. De esta manera, aunque lo más frecuente será que el contrato tenga por objeto realizar una tesis doctoral, “no siempre tendrá por qué ser así, pudiendo también celebrar este contrato para participar en tareas específicas vinculadas al proyecto de investigación (piénsese, por ejemplo, en el desarrollo de softwares concretos, la recogida y tratamiento de datos, la elaboración de artículos para su publicación en revistas científicas o presentaciones en Congresos, etc.)”<sup>28</sup>.

En definitiva, nos encontramos ante un contrato formativo específico, también calificado como especial o atípico<sup>29</sup>, para el ámbito de la investigación que convive con los contratos formativos ya previstos actualmente en el ET: los contratos de formación en alternancia (art. 11.2 ET) o para la obtención de la práctica profesional adecuada al nivel de estudios (art. 11.3 ET).

En último término, se ha discutido sobre dos fuentes alternativas a partir de las cuales reconocer el derecho a la indemnización por fin de contrato, la negociación colectiva y el contrato individual de trabajo. En primer lugar, “aunque no parece una vía sencilla”, “también podría plantearse la posibilidad de que por vía de la negociación

<sup>25</sup> REQUENA MONTES, O., “Aproximación crítica al Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.

<sup>26</sup> AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., “El contrato predoctoral, ¿es un contrato de servicios o de obra?”, en INFANTE RUIZ, F. J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dir.): *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 670.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 673.

<sup>28</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, 2015, pp. 148-172.

<sup>29</sup> SERRANO ARGÜELLO, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al *desideratum* de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014, p. 99.

colectiva desarrollada en el marco de las universidades y otros centros de investigación pudiera introducirse el derecho a que los investigadores predoctorales en formación percibieran alguna indemnización a la finalización de sus respectivos contratos predoctorales, no en vano, aunque la Ley de la Ciencia y el EIPF no contemplen el derecho al percibo de una indemnización en estos supuestos, tampoco se oponen expresamente a la misma”<sup>30</sup>.

Respecto a la segunda posibilidad, la indemnización puede derivar del propio clausulado de los contratos suscritos si los mismos contemplan de forma expresa esta posibilidad<sup>31</sup>. En estos casos, nos encontraríamos ante una especie de condición más beneficiosa, cuyo cumplimiento estaría protegido de forma efectiva por el principio jurídico de confianza legítima, así como el de buena fe<sup>32</sup>. Esta posibilidad ha sido admitida de forma expresa por las sentencias del TSJ de Asturias de 23 y 30 de junio de 2020 (Rec. 129/2020 y 48/2020, respectivamente).

En este escenario, la doctrina científica considera oportuno, amparándose en “razones de política científica y de equidad”, “dignificar las condiciones laborales del personal investigador predoctoral en formación mediante una intervención legislativa que introdujera de forma expresa dentro del catálogo de derechos de este colectivo de investigadores el derecho a una indemnización a la finalización de sus respectivos contratos predoctorales”, de forma que “se solventaría lo que constituye una de las principales disfunciones de esta modalidad contractual”<sup>33</sup>. Se reclama así la elaboración (como una cuestión de máxima urgencia) de un Estatuto del Personal Investigador en Formación “que resulte más valiente y respetuoso con los derechos de los trabajadores afectados. De modo que se concreten perfectamente las características propias de esta peculiar relación predoctoral, al tiempo que se evitan pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios”<sup>34</sup>. Consideran “necesario que el legislador se plantee la conveniencia de su inclusión expresa a los efectos de evitar las dudas interpretativas, los dimes y diretes, con resultado final negativo, que la legislación vigente ha suscitado”<sup>35</sup>.

---

<sup>30</sup> MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*, p. 120.

<sup>31</sup> MORENO I GENÉ, J., “Derechos indemnizatorios de la extinción del contrato predoctoral: ¿Cabe la indemnización por finalización de contrato cuando la misma se encuentra prevista de forma expresa en el mismo?”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, nº. 1, 2021, pp. 85-101.

<sup>32</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Empleo público temporal y estabilidad obligacional: la indemnización por fin de contrato o de nombramiento”, en CARO MUÑOZ, A. I (Dir.) y ROMERO BURILLO, A. M. y BELLO PAREDES, S. (Coords.): *La articulación de la gestión universitaria a debate*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2018, p. 125.

<sup>33</sup> MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*, p. 120.

<sup>34</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “¿Indemnización o retroceso?...”, *op. cit.*

<sup>35</sup> ROJO TORRECILLA, E., “El contrato predoctoral no genera derecho a indemnización a su finalización. A propósito de la sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, y recordatorio de toda la problemática anterior”, *El blog de Eduardo Rojo*, 7 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://acortar.link/keWXs7> y <https://acortar.link/vnSHql>

## 2. Cambios operados en el contrato predoctoral por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación

Para dar respuesta a estas demandas de intervención legislativa tanto de parte de la doctrina como de los colectivos de jóvenes investigadores precarios, se introdujeron importantes modificaciones en régimen jurídico del contrato predoctoral a través de la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Las siguientes cinco novedades forman parte de lo que Moreno i Gené califica como un “auténtico tsunami normativo que de forma directa o indirecta está afectando o va a afectar en el futuro inmediato a la contratación laboral del personal docente e investigador de las universidades públicas”<sup>36</sup>.

### 2.1. La promoción y agilización de la contratación predoctoral por las Universidades

En primer lugar, el art. 20.2.b LCTI establecía que las universidades públicas podrán contratar personal investigador “únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i”. Por tanto, “en caso de no ser beneficiarias de dichos fondos, el trabajo del personal investigador en las Universidades se canalizaba a través de las figuras contractuales previstas en la LOU o en el ET”<sup>37</sup>. Sin embargo, la Ley 17/2022 deroga este inciso. Además, la nueva Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario (LOSU) prevé que las Universidades “podrán contratar, con financiación interna de la universidad o con financiación externa, personal investigador en las modalidades de contrato predoctoral [...] en los términos previstos por la Ley 14/2011, de 1 de junio” (art. 77.1).

Adicionalmente, se añade al artículo 21.b LCTI que cuando el contrato predoctoral “esté vinculado en su totalidad a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad, no requerirá del trámite de autorización previa”. Estas modificaciones facilitarán y agilizarán la tramitación de nuevas contrataciones de personal investigador predoctoral, aligerando las “trabas burocráticas”<sup>38</sup>.

### 2.2. La incorporación del periodo de orientación postdoctoral (POP) al contrato predoctoral

En segundo lugar, se amplía el ámbito objetivo del contrato predoctoral modificando el apartado a del artículo 21 de la LCTI. Originalmente, el contrato predoctoral tenía “por

<sup>36</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 209.

<sup>37</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Trabajo en investigación...”, *op. cit.*

<sup>38</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 67.

objeto la realización de tareas de investigación, en el ámbito de un proyecto específico y novedoso, por quienes estén en posesión del título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Graduado Universitario con Grado de al menos 300 créditos ECTS (European Credit Transfer System) o Máster Universitario, o equivalente, y hayan sido admitidos a un programa de doctorado. Este personal tendrá la consideración de personal investigador predoctoral en formación”.

La Ley 17/2022 añade un nuevo párrafo al apartado a del art. 21 LCTI para incorporar un periodo de orientación postdoctoral (POP) que no afectará a la duración máxima de cuatro años del contrato en su conjunto: “Asimismo, el contrato tendrá por objeto la orientación postdoctoral por un período máximo de doce meses. En cualquier caso, la duración del contrato no podrá exceder del máximo indicado en el párrafo c)”.

### *2.3. Las mejoras en la protección por motivos de conciliación*

En tercer lugar, se completa la causa de suspensión de la duración máxima del contrato por motivos de conciliación añadiendo cuestiones como el acogimiento, la adopción, la lactancia, las distintas excedencias y la violencia de género: “Las situaciones de incapacidad temporal y los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permisos a tiempo completo por gestación, embarazo, riesgo durante la gestación, el embarazo y la lactancia, nacimiento, maternidad, paternidad, adopción por guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, o lactancia acumulada a jornadas completas, o por situaciones análogas relacionadas con las anteriores así como el disfrute de permisos a tiempo completo por razones de conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes, y el tiempo dedicado al disfrute de excedencias por cuidado de hijo/a, de familiar o por violencia de género durante el período de duración del contrato interrumpirán el cómputo de la duración del contrato” (art. 21.c LCTI).

La doctrina advertía que “hasta el momento se utilizaba incorrectamente el término «suspensión» para referirse a los efectos que se aparejan a este tipo de vicisitudes en la duración del contrato temporal: un periodo de no cómputo, de tal modo que el tiempo de duración del contrato se alarga proporcionalmente como consecuencia del acaecimiento de estas vicisitudes”<sup>39</sup>. De esta forma, la Ley 17/2022 amplía los supuestos que prorrogan de la duración del contrato, optando por la denominación más precisa de “interrupción” del cómputo de duración del contrato predoctoral.

A su vez, se incorpora la posibilidad de prorrogar el contrato predoctoral por el tiempo equivalente al que se hubiese disfrutado permisos a tiempo parcial o reducido la jornada por motivos de conciliación: “Los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permiso a tiempo parcial por nacimiento, maternidad, paternidad, adopción por guarda con fines de adopción o acogimiento familiar, y la reducción de jornada laboral

---

<sup>39</sup> BALLESTER LAGUNA, F, “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 472, 2022, p. 32.

por razones de lactancia, nacimiento de hijo/a prematuro u hospitalizado tras el parto, guarda legal, cuidado de menores afectados por cáncer o enfermedad grave, de familiares afectados por accidente o enfermedad grave o de personas dependientes, o por violencia de género, o reducciones de jornada por situaciones análogas relacionadas con las anteriores así como por razones de conciliación o cuidado de menores, familiares o personas dependientes, durante el período de duración del contrato darán lugar a la prórroga del contrato por el tiempo equivalente a la jornada que se ha reducido” (art. 21.c LCTI).

La doctrina concluye que, aunque “la técnica legislativa deja mucho que desear”, con estas modificaciones el contrato predoctoral “se ha erigido en la modalidad contractual de carácter temporal que mejor permite conciliar la vida laboral, personal y familiar por la vía de prever *ex lege* el alargamiento de la duración del contrato ligado al ejercicio de estos derechos”<sup>40</sup>.

#### 2.4. *La indemnización a la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido*

Finalmente, el cambio más importante operado por la Ley 17/2022, y que era una de las principales reivindicaciones de los colectivos de jóvenes investigadores, es el reconocimiento legal de una indemnización por finalización del contrato en los mismos términos que el contrato temporal por circunstancias de la producción. De esta forma, se añade un nuevo apartado e al artículo 21 LCTI: “A la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para los contratos de duración determinada en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Se trata, en definitiva, de una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio.

Aunque la indemnización por finalización de contrato nació con un ánimo disuasorio de la temporalidad y “en el ámbito académico no parece razonable que haya que disuadir a los centros de investigación de la formación de nuevos doctores y doctoras”<sup>41</sup>, “en la práctica no es inusual que en la carrera docente e investigadora se produzcan lagunas entre la finalización de un contrato y la formalización del siguiente, lo que justificaría la previsión de una indemnización a la finalización de cada uno de estos contratos que la componen”<sup>42</sup>.

#### 2.5. *La inmediata entrada en vigor y su vigencia retroactiva*

El último elemento destacable de la reforma de Ley 17/2022 es su inmediata entrada en vigor, de forma que estas modificaciones serán de aplicación a los contratos predoctorales que se encuentren vigentes, así como a los que se suscriban a partir de la entrada en vigor

<sup>40</sup> *Ibidem*, pp. 32-33.

<sup>41</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Nuevas reglas de contratación...”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>42</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 77.

de la citada Ley, el 7 de septiembre de 2022, según establece la disposición transitoria segunda de la misma.

### **3. Disfunciones del contrato predoctoral todavía pendientes: análisis crítico y propuestas**

#### *3.1. El principio de separación entre la fuente de financiación y el contrato de trabajo del investigador predoctoral*

En primer lugar, debemos destacar la diferente naturaleza de la fuente de financiación y el contrato de trabajo del investigador predoctoral. Por una parte, existen múltiples ayudas o subvenciones para financiar la formalización de contratos predoctorales, de entidades privadas (Fundación La Caixa, Fundación Ramón Areces, Fundación Carolina, etc.) o públicas, tanto el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (FPU, antiguas FPI, Doctorados industriales, etc.), como las comunidades autónomas y los programas propios de investigación de cada Universidad. Por otra parte, el contrato predoctoral que, como ya se ha dicho, es una modalidad contractual autónoma, específica, del ámbito de la investigación, regulada por la Ley de la Ciencia y supletoriamente por el resto de la normativa laboral. Esta separación genera una serie de disfunciones que se analizan a continuación.

Por una parte, la doctrina cuestiona si son admisibles las desigualdades retributivas que se han producido en los últimos años entre investigadores predoctorales en formación beneficiarios de diferentes convocatorias (FPI, FPI, ayudas autonómicas, etc.), de modo que investigadores que realizan unas mismas tareas y que, en ocasiones, también son beneficiarios de unos mismos programas y convocatorias de ayudas a la investigación, si bien, correspondientes a anualidades diferentes, perciben retribuciones distintas según cuál ha sido la concreta convocatoria de ayudas a la investigación mediante la que se financia su contratación. En este punto, cabe preguntarse si tales diferencias retributivas responden a una justificación objetiva y razonada de tal modo que este trato desigual pueda estimarse fundamentado y no contrario a las exigencias del principio de igualdad<sup>43</sup>.

La doctrina defiende que la diferencia de dotación económica entre convocatorias “no constituye una razón suficiente para mantener las referidas diferencias retributivas una vez que el personal investigador predoctoral en formación es contratado por la respectiva universidad u otro centro de investigación de acogida y pasa a mantener con dichas entidades idéntico vínculo y dedicación con todos los beneficios laborales inherentes al contrato laboral suscrito”<sup>44</sup>. Sin embargo, las reclamaciones planteadas por el personal investigador predoctoral en formación han sido desestimadas por los tribunales laborales, tanto en reclamaciones individuales<sup>45</sup> como ante conflictos colectivos<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas que suscita la retribución del personal investigador predoctoral en formación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 238, 2021, pp. 113-160.

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> SJS núm. 1 de A Coruña de 20 de febrero de 2017 (Rec. 1051/2016).

<sup>46</sup> STS de 6 de noviembre de 2018 (Rec. 222/2017), que confirma la SAN de 22 de junio de 2017.

En general, las cuantías previstas en las convocatorias de ayudas o subvenciones para financiar contratos predoctorales se corresponden con el salario mínimo predoctoral previsto en el art. 7.2 EPIF para el año en que se publica la convocatoria, sin que se regule su actualización periódica según las subidas salariales del conjunto de los empleados públicos. La rigidez que supone la falta de previsión de una financiación adicional para satisfacer estos hipotéticos incrementos salariales implica un incremento de costes sobrevenido para el centro de investigación.

Esta divergencia entre ayudas o subvenciones para financiar contratos predoctorales en materia salarial y de seguridad social se ve claramente en el caso de las ayudas para la formación de profesorado universitario (en adelante FPU), aunque ocurre en todas las convocatorias. Por ejemplo, la cuarta anualidad de la ayuda FPU convocada en 2019, que es la que está percibiendo el personal investigador predoctoral durante 2024, tenía fijada en la convocatoria una ayuda mensual de 1.542,82€<sup>47</sup>. Sin embargo, el salario mínimo predoctoral de la cuarta anualidad alcanza los 1.739,20€<sup>48</sup>, esto es, una diferencia de 196,38€ que debe cubrir el centro de adscripción.

La sentencia del TSJ del País Vasco (sala de lo contencioso-administrativo) de 15 de mayo de 2019 (Rec. 1139/2017) recuerda que las convocatorias de ayudas a la formación de doctores se configuran como una actividad subvencional de la Administración: “en todo caso (...) la Administración no viene obligada a cuantificar las ayudas en el 100% de los costes (retribución y cuota empresarial) que suponga la contratación de personal investigador con un contrato predoctoral”. En definitiva, “esta resolución judicial distingue nítidamente entre la cuantía de la ayuda prevista en el correspondiente programa o convocatoria de ayudas a la investigación con las que se financia la contratación del investigador predoctoral en formación, que se podrá fijar discrecionalmente por la entidad convocante, de la retribución establecida para el contrato predoctoral que necesariamente deberá ajustarse a lo previsto en el art. 21 de la Ley de la Ciencia y art. 7 EPIF, de modo que si la cuantía de las ayudas es inferior a la que corresponde al contrato predoctoral formalizado, la diferencia deberá ser complementada y, por tanto, sufragada, por la entidad contratante del investigador predoctoral en formación, a saber, la universidad u otro centro de investigación de adscripción y, en caso de no haberse actuado de este modo, el referido investigador podrá reclamar ante la jurisdicción social la diferencias salariales que correspondan”<sup>49</sup>.

Efectivamente, hay que diferenciar entre la ayuda para financiar los contratos predoctorales y la retribución mínima, que está prevista en la LCTI y el EPIF, que son normas de eficacia general y superiores jerárquicamente a una convocatoria de subvenciones. Las convocatorias más recientes de ayudas para financiar contratos predoctorales

<sup>47</sup> Resolución de 16 de octubre de 2019 de la Secretaría de Estado de Universidades, Investigación, Desarrollo e Innovación, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

<sup>48</sup> El grupo 1 del convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado tiene una retribución básica de 32.465,02 euros en 2024. El 75% que prevé el art. 7.2 EPIF en la cuarta anualidad alcanza los 24.348,76€ anuales o 1.739,20€ en catorce pagas.

<sup>49</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*

ya distinguen ambos elementos. Por ejemplo, la convocatoria de ayudas FPU de 2023 prevé en su artículo 4:

“1. La ayuda total para financiar tanto las retribuciones salariales como los costes de la cuota patronal de la Seguridad Social de los contratos predoctorales será de 24.339,60 euros anuales el primer año y 30.140,40 euros anuales el segundo, tercer y cuarto año, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Personal Investigador en Formación. En el contrato predoctoral que se formalice con el centro de adscripción deberá figurar como retribuciones mínimas anuales 19.026 euros el primer año, y 23.772 euros los años segundo, tercero y cuarto, sin perjuicio de que puedan ser complementadas con cargo a los presupuestos ordinarios de costes de personal de la entidad contratante”<sup>50</sup>.

A su vez, las ayudas anteriores a 2022 no preveían la indemnización por fin de contrato, de forma que la Universidad tendrá que abonarla a cargo de sus propios fondos. En cambio, la convocatoria FPU de 2023 ya la incluye también en su art. 4.2: “La ayuda para financiar el coste de la indemnización por la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido será de 2.970 euros y, en el caso de personas con discapacidad, 4.533 euros”<sup>51</sup>.

Respecto a la seguridad social, habrá que estar a la redacción de cada convocatoria. Por ejemplo, mientras la convocatoria FPU de 2019 establecía que serán “a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades los costes por variaciones en las cuotas de cotizaciones”<sup>52</sup>, la convocatoria FPU de 2023 disponía que “el centro de adscripción deberá asumir cualquier coste de contratación o extinción, incluidos los relativos a la cuota empresarial de la seguridad social, que exceda de las ayudas concedidas como consecuencia de los incrementos salariales derivados de los correspondientes convenios colectivos de aplicación” (art. 4.3)<sup>53</sup>.

En este contexto, no cabe repercutir los gastos de seguridad social a los trabajadores aminorando el salario del personal investigador predoctoral. En un escenario similar, en el que las Universidades detraían la cuota patronal de las ayudas postdoctorales María Zambrano y Margarita Salas, el Tribunal Supremo sentenció recientemente que esta práctica no está justificada porque estas ayudas son “un importe destinado al beneficiario y éste, en su condición de trabajador, no puede asumir la cuota patronal”<sup>54</sup>.

Por otra parte, a pesar de que el art. 21 d) de la Ley de la Ciencia fijó ya en el año 2011 que la retribución del contrato predoctoral no puede ser inferior a un porcentaje del salario fijado para las categorías equivalentes en los convenios colectivos de su ámbito de aplicación (56% en la primera y segunda anualidad, el 60% en la tercera y el 75%

<sup>50</sup> Orden de 28 de diciembre de 2023 por la que se aprueba por tramitación anticipada la convocatoria de ayudas para la formación de profesorado universitario correspondiente al año 2023, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación (PEICTI) 2021-2023.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> Resolución de 16 de octubre de 2019 de la Secretaría de Estado de Universidades..., *op. cit.*

<sup>53</sup> Orden de 28 de diciembre de 2023..., *op. cit.*

<sup>54</sup> STS de 19 de septiembre de 2024 (Rec. 127/2023). Sobre la competencia del orden jurisdiccional social para resolver sobre este conflicto v. STS de 11 de junio de 2024 (Rec. 4/2024).

en la cuarta), “en la realidad cotidiana, ante la dificultad que comporta identificar las categorías equivalentes al colectivo de los investigadores predoctorales en formación en el respectivo convenio colectivo de su ámbito de aplicación, ya se trate de universidades públicas u otros centros de investigación, la retribución correspondiente a este colectivo de investigadores ha sido con carácter general la prevista en el respectivo programa o convocatoria de ayudas a la investigación mediante los que se financia su contrato de trabajo, al margen de cualquier referencia a la ‘categoría equivalente’ del respectivo convenio colectivo de aplicación”<sup>55</sup>.

La doctrina especializada defiende que “la LCTI remite *prima facie* a los convenios colectivos de aplicación a la entidad contratante y en ellos es donde habrá que buscar primero la categoría equivalente al contrato predoctoral para aplicar los porcentajes correspondientes. Solo en un momento ulterior, en la hipótesis de que el salario así calculado estuviera por debajo del que resultare tomando como referencia el convenio único, operaría esa otra retribución, a modo de garantía salarial mínima”<sup>56</sup>.

Alguna autora ha propuesto “tener en cuenta el salario de un investigador doctor, puesto que a esa categoría se dirige la carrera del predoctoral y por cuya situación (no poseer el título de doctor) ya se realiza un descuento en estas retribuciones, sin necesidad de acudir a un salario menor”<sup>57</sup>. Sin embargo, aplicar estos porcentajes al reducido salario que se abona en muchas universidades al profesorado ayudante doctor (art. 78 LOSU) o al contrato de acceso de personal investigador doctor (art. 22 LCTI) supondría que el personal investigador predoctoral no vería un incremento sustancial en sus nóminas.

Llegados a este punto, Moreno i Gené se plantea “qué motiva esta indiferencia generalizada, por no decir menosprecio, hacia las previsiones que en materia retributiva del personal investigador predoctoral en formación contienen la Ley de la Ciencia y el EPIPF, lo que conlleva que la cuantía y otros elementos esenciales de la retribución de los investigadores predoctorales en formación siga dependiendo exclusivamente de lo previsto en los diferentes programas y convocatorias de ayudas a la investigación con las que se financian los contratos predoctorales formalizados con estos investigadores, sin que se reconozcan a este colectivo de investigadores derechos retributivos básicos sí reconocidos al conjunto de trabajadores”<sup>58</sup>.

Este autor encuentra la explicación de este anómalo comportamiento “en la inercia que arrastran los contratos predoctorales en relación con el anterior sistema de becas de investigación a través del cual se cubría esta fase formativa de la carrera investigadora, es decir, la fase de elaboración de la tesis doctoral. En este punto, del mismo modo que

<sup>55</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*

<sup>56</sup> BALLESTER LAGUNA, F., “Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, 642/2020, de 3 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 449-450, 2020, pp. 144-151.

<sup>57</sup> NOGUEIRA FERREIRO, L., “El nuevo régimen jurídico de la relación laboral de los investigadores en España tras la Ley de la Ciencia ¿Una solución a la falta de personal cualificado?”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 23, 2016, pp. 137-138.

<sup>58</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*; MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*, p. 122.

en aquel momento los programas y convocatorias de ayudas a la investigación fijaban sin ninguna limitación externa, más allá de las limitaciones presupuestarias de la entidad convocante de las ayudas, la cuantía que en concepto de beca debían percibir sus beneficiarios, ahora, los actuales programas y convocatorias de ayudas a la financiación de los contratos predoctorales se encuentran con la necesidad o, tal vez, con la comodidad, de fijar el cálculo inicial y global de los costes salariales y de seguridad social de cada uno de los contratos predoctorales que se van a formalizar, obviando que al tratarse ahora de contrataciones laborales y, por tanto, de auténticos trabajadores, la retribución de los investigadores predoctorales en formación se encuentra sometida a las previsiones generales recogidas en las leyes laborales y en los convenios colectivos sobre materia retributiva”<sup>59</sup>.

En este escenario, “esta total dependencia de los derechos retributivos derivados del contrato predoctoral de la financiación de dichas contrataciones prevista en el correspondiente programa o convocatoria de ayudas a la investigación, no determina únicamente la cuantía de la retribución a percibir por los investigadores predoctorales en formación que se aparta, en no pocas ocasiones a la baja, de lo previsto en la Ley de la Ciencia y en el EPIPF, sino que, por el contrario, alcanza a todos y cada uno de los elementos que conforman el régimen jurídico de la retribución del citado colectivo de investigadores”<sup>60</sup>.

Para salvar este escollo, Moreno i Gené propone un “modelo mixto de cofinanciación del contrato predoctoral”, es decir, “que aquellos costes salariales que no sean asumidos por la entidad financiadora externa del contrato –el concreto programa o convocatoria de ayudas a la investigación–, deberán ser asumidos por la entidad contratante del investigador predoctoral en formación. A tal efecto, lo más correcto sería que la entidad externa financiara, al menos, el coste mínimo de la contratación del investigador predoctoral previsto en la Ley de la Ciencia y en el EPIPF, fijada de conformidad con el Convenio colectivo único del personal laboral de la Administración General del Estado, mientras que las posibles mejoras retributivas derivadas del convenio colectivo aplicable, las futuras revalorizaciones salariales, el reconocimiento de determinados complementos salariales, como es el caso de la antigüedad, la equiparación de retribuciones entre investigadores provenientes de diferentes programas o convocatorias de ayudas a la investigación, etcétera, fueran financiados por la entidad contratante de dichos investigadores –universidades y otros centros de investigación–, que, por su parte, son las que se benefician directamente de la actividad de estos investigadores”.

En definitiva, considera que “esta propuesta permitiría conciliar las divergencias, por no decir flagrantes contradicciones, existentes en la actualidad entre las diferentes fuentes de financiación de estos contratos predoctorales –programas y convocatorias de ayudas a la investigación– y el respecto a los derechos retributivos que corresponden a este colectivo de investigadores en materia retributiva, especialmente, en materia de igualdad y no discriminación”. Sin embargo, no ignora que “esta propuesta puede com-

---

<sup>59</sup> *Idem.*

<sup>60</sup> *Idem.*

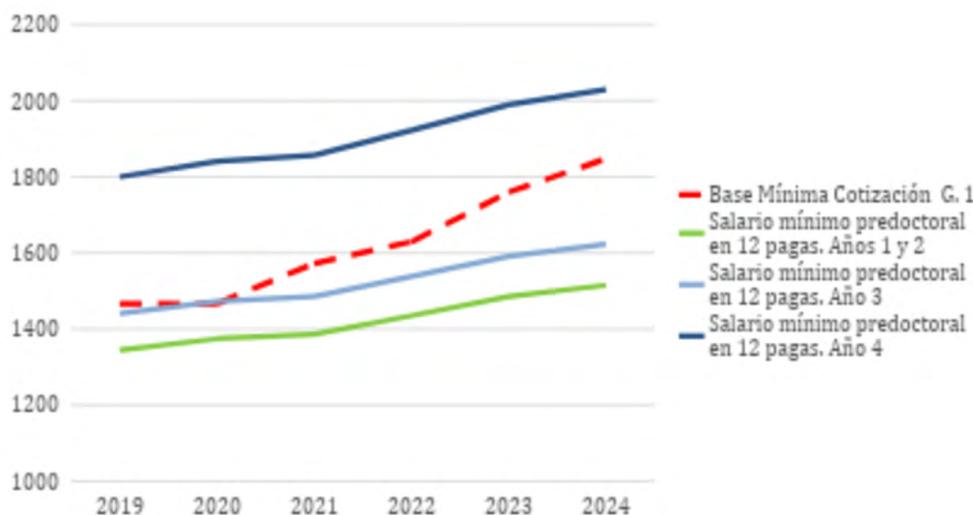
portar que alguna universidad o centro de investigación pueda plantear reticencias a la formalización de estos contratos en estas condiciones, pero ello no puede suponer que se sigan conculcando los derechos laborales y, especialmente, los salariales de los investigadores predoctorales en formación”<sup>61</sup>.

### 3.2. Las disfunciones en materia de seguridad social

#### a) La sobrecotización del contrato predoctoral

Por una parte, el salario mínimo fijado en el EPIF no alcanza la mayor parte de la duración del contrato la base mínima del grupo de cotización 1, compuesto por ingenieros y licenciados. Esta situación se produce en las tres primeras anualidades del contrato predoctoral, donde se abona un 56%, en las dos primeras anualidades, y un 60 %, en la tercera anualidad, de la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado. Como se puede apreciar en la gráfica adjunta, a pesar de las subidas salariales del empleo público, la brecha no se reduce, sino que incrementa. Sólo en la cuarta anualidad el salario mínimo predoctoral supera la base mínima de cotización.

**Gráfico 1.** Evolución histórica por anualidades del salario mínimo predoctoral y la base mínima de cotización del grupo 1



Elaboración propia a partir de datos sobre retribuciones del personal laboral del Convenio Único publicadas por el Ministerio de Hacienda y las órdenes ministeriales que fijan las bases mínimas de cotización publicadas en el BOE<sup>62</sup>.

Siguiendo los datos representados en el Gráfico 1, si en 2019 la diferencia entre el salario durante la primera y segunda anualidad y la base mínima de cotización del grupo 1 era de 122,43€ (la diferencia entre 1.343,97€ y 1.466,40€), en 2024 se alcanza

<sup>61</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*

<sup>62</sup> Nota: la base mínima de cotización de 2021 sólo se aplica entre septiembre y diciembre de ese año.

la mayor distancia de la serie: 332,37€ (la diferencia entre 1.515,03€ y 1.847,40€). De esta forma, los contratados predoctorales durante las dos primeras anualidades en 2024 tendrán que abonar un exceso de 15,62 euros de cuota mensual por contingencias comunes por una base de cotización que no se corresponde con su salario. Por su parte, y sin perjuicio del apartado siguiente, las Universidades y centros de investigación tendrán que abonar 78,44€ al mes de sobrecotización.

## b) Las bonificaciones en las cotizaciones sociales

Por otra parte, la disposición adicional decimoctava de la LCTI y la disposición adicional única del EPIF establecían una reducción del 30% de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en la cotización relativa al personal investigador contratado bajo la modalidad de contrato predoctoral, que quedará acogido al Régimen General de la Seguridad Social. Sin embargo, esta reducción se derogó recientemente por el Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.

El artículo 27 del Real Decreto-ley 1/2023, en la redacción dada por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, regula una nueva bonificación por la contratación de personal investigador bajo la modalidad de contrato predoctoral que dará derecho, durante la vigencia del contrato, incluidas sus prórrogas, a una bonificación en la cotización de 115 euros/mes. Además, no se requerirá la inscripción en los servicios públicos de empleo como demandante de empleo.

En realidad, esta cifra de 115 euros proviene de aplicar la antigua bonificación del 30% de la cuota empresarial por contingencias comunes a la base mínima de cotización del grupo 1 del año 2022 (1.629,30 euros)<sup>63</sup>. De esta forma, al determinar una cuantía fija no actualizable anualmente, el importe queda congelado con los datos de 2022 lo que implica una reducción relativa y progresiva de la bonificación.

Si en 2024 la base mínima de cotización del grupo 1 es 1.847,40€<sup>64</sup>, la cuota empresarial por contingencias comunes será de 435,99€. De esta forma, el 30% bonificable alcanza la cifra de 130,80€. Sin embargo, los contratados predoctorales, en función de la anualidad y la convocatoria de subvención que lo financie, pueden tener bases de cotización superiores. Por ejemplo, la cuarta anualidad, según la tabla salarial recogida en el convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado para 2024, tendrá una base de cotización de al menos 2.029,06 euros. En este escenario, la bonificación del 30% alcanzaría los 143,66 euros. Según pasen los años y se actualicen tanto las

---

<sup>63</sup> Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.

<sup>64</sup> Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024.

bases mínimas de cotización como el salario mínimo de los contratados predoctorales, esta brecha crecerá.

Por tanto, se concluye que la última reforma supone una reducción generalizada de las bonificaciones a la contratación predoctoral. No obstante, sólo se aplicará a los contratos predoctorales firmados a partir de la entrada en vigor de la norma (disposición transitoria primera sobre incentivos a la contratación en vigor). En 2024, mientras los contratos celebrados antes del 1 de septiembre de 2023 mantienen una cuota empresarial de seguridad social bonificada al 26,1% (16,52% en lugar de 23,6% de contingencias comunes), los celebrados después de esa fecha deben abonar la cuota completa del 33,18 % (menos la bonificación fija de 115€).

En definitiva, se considera que tanto el sobrecoste de cotización por contingencias comunes, por una base mínima de cotización superior al salario, como la reducción de la bonificación por la contratación de personal investigador bajo la modalidad de contrato predoctoral son disfunciones porque incrementan el coste de estos contratos y los hacen menos atractivos, tanto para los centros de investigación como para los propios investigadores. De hecho, en el primer supuesto, se perjudica directamente al personal investigador en formación, que padecen una aminoración de su salario neto, de por sí reducido. Precisamente debería buscarse lo opuesto: promover que las universidades y los centros de investigación incorporen talento docente e investigador.

### *3.3. La transición al periodo de orientación postdoctoral (POP)*

Antes de la entrada en vigor de la Ley 17/2022, los supuestos de la extinción del contrato predoctoral estaban regulados en el art. 9 EPIF. De la literalidad del mismo, queda patente que en dicho precepto se regulan cuatro causas de extinción del contrato predoctoral, y que son diferentes e independientes entre sí. La sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2021 (Rec. 2358/2021) las sistematiza así: “1) la llegada a término, que evidentemente se refiere a la fecha de finalización pactada en el contrato, (utilizada la palabra “término” en dos de los significados de la misma, según la Real Academia de la Lengua Española: “Último momento de la duración o existencia de algo”, “Plazo determinado”); 2) por previa denuncia de las partes; 3) las restantes causas previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores; y 4) la consecución del título universitario oficial de doctorado, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del contrato predoctoral”<sup>65</sup>.

De esta forma, el TSJ de Cataluña consideraba que existía “una cierta relación entre el contrato predoctoral y la obtención del título oficial del doctorado”, pero “ni en la Ley 14/2011 ni el Real Decreto 103/2019, se establece como una obligación o requisito la obtención por parte del trabajador del título universitario oficial de doctorado, ni dicha obtención condiciona la duración del contrato predoctoral, que es la pactada, siempre que dicha duración se ajuste al tiempo mínimo y máximo establecido legalmen-

<sup>65</sup> STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2021 (Rec. 2358/2021).

te; tampoco condiciona la extinción del mismo, salvo que antes del agotamiento del tiempo pactado en el propio contrato, se obtenga el título oficial de doctorado, y ello es lógico, pues con la consecución del mismo se deja de cumplir una de las condiciones para suscribir esta modalidad contractual, y es ser personal investigador predoctoral en formación (artículo 21 de la Ley 14/2011)<sup>66</sup>. Por tanto, con la entrada en vigor de la Ley 17/2022 este último supuesto de extinción desaparece.

Por una parte, ya se ha indicado que, conforme al nuevo art. 21.a LCTI, actualmente el contrato predoctoral tendrá también por objeto la orientación postdoctoral por un período máximo de doce meses. En cualquier caso, la duración del contrato no podrá exceder del máximo de cuatro años indicado en el párrafo c del art. 21 LCTI. Así, con la defensa de la tesis el investigador predoctoral en formación se transforma en un contratado postdoctoral (art. 20.4 LCTI), aunque la ley opta por no darle ninguna denominación específica.

La doctrina científica califica esta previsión como sorprendente<sup>67</sup> ya que “no se identifica en la ley qué actividad o actividades pueden integrar la orientación posdoctoral objeto del contrato”. Se propone que el contenido del periodo de orientación posdoctoral reciba “un tratamiento más homogéneo que pusiera el acento, además, en actividades relacionadas con la tesis doctoral” porque “no parece razonable que el periodo de orientación posdoctoral pueda ser utilizado para realizar cualquier tipo de investigación posdoctoral”<sup>68</sup>.

La reforma buscaba evitar el importante perjuicio colateral del parón en la carrera investigadora que suponía la extinción del contrato, sin que “pueda acceder de forma inmediata a otro contrato, ya sea de personal investigador postdoctoral o de profesorado ayudante doctor, lo que, en no pocas ocasiones, le obligará a acudir a la protección por desempleo, que lamentablemente, se está convirtiendo de facto en una fase más de la ya por sí precaria carrera investigadora”<sup>69</sup>. Además, si la defensa de la tesis doctoral opera como condición resolutoria del contrato, esto “podía constituir un incentivo perverso a la postergación de la finalización de los estudios, ante el riesgo de pérdida de la retribución”<sup>70</sup>, “ralentizando también su carrera investigadora”. Por tanto, esta reforma permitiría “no desaprovechar una parte de las ayudas ya concedidas”<sup>71</sup>.

La doctrina también advierte que en un contexto donde “la obtención del doctorado no extinguirá necesariamente el contrato predoctoral, sino que el mismo podrá continuar vigente con este nuevo objeto de ‘la orientación postdoctoral’”, “esta opción planteará problemas en la práctica por la contradicción que supone con lo dispuesto en el EPIF sobre extinción del contrato predoctoral, sin perjuicio de que la Ley 17/2022 tiene un rango jerárquico superior y debe prevalecer”. Por tanto, la principal ventaja del nuevo POP es que “no requiere la celebración de un contrato nuevo y diferente”<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>68</sup> BALLESTER LAGUNA, F., “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia...”, *op. cit.*, p. 31.

<sup>69</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>70</sup> GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Nuevas reglas de contratación...”, *op. cit.*, p. 148.

<sup>71</sup> BALLESTER LAGUNA, F., “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia...”, *op. cit.*, p. 30.

<sup>72</sup> MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación...*, *op. cit.*, p. 59.

De esta forma, emergen cuatro posibilidades de finalización del contrato: 1) que el contrato predoctoral se extinga antes de la duración máxima (en general 4 años, 6 para personas con discapacidad, salvo posibles interrupciones) por dimisión del trabajador, despido o el resto de causas del art. 49.1 ET; 2) que el contrato predoctoral se extinga llegado a término, coincida o no esta fecha con la defensa de la tesis, que podría ser posterior, pero fuera del periodo de contrato; 3) que la defensa de la tesis se produzca después de completar la tercera anualidad del contrato, activando un periodo de orientación postdoctoral de hasta 12 meses, de forma que, sumando ambos periodos (predoctoral y postdoctoral), se alcance el máximo de 4 años; 4) que la defensa de la tesis se produzca antes de completar la tercera anualidad del contrato, por lo que, a pesar de añadir el máximo de 12 meses de periodo de orientación postdoctoral, la duración completa del contrato necesariamente será menor de 4 años (la finalización será *ante tempus*<sup>73</sup>).

En este último supuesto debemos incluir el caso de doctorandos que consumieron parte del tiempo máximo de permanencia en estudios de Doctorado de 5 años a tiempo completo (4 años + 1 año de prórroga) del Real Decreto 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, debido a que comenzaron el Doctorado sin contrato predoctoral. Esta situación les obliga a terminar la tesis cumpliendo el plazo de 5 años, aunque hayan obtenido un contrato predoctoral en los últimos cursos, perdiendo parte del disfrute del mismo, porque el periodo postdoctoral está limitado a doce meses.

Aunque la principal ventaja de la reforma es que incorpora al régimen jurídico del POP los derechos reconocidos en el EPIF para la fase predoctoral (salario mínimo predoctoral indexado al salario del convenio colectivo de la AGE, límites de jornada, vacaciones, límites de docencia, etc.), este periodo de orientación postdoctoral nos deja importantes preguntas.

En primer lugar, no está claro cómo opera la transición desde el periodo predoctoral al postdoctoral, es decir, si tiene carácter automático o si exige acuerdo y, en este caso, qué plazos y qué requisitos deben observarse. Si se exige acuerdo, es posible que se deba documentar como una adenda al contrato predoctoral, salvo que el propio contrato predoctoral original haya regulado su régimen de derechos y obligaciones. A su vez, es discutible si alguna de las partes puede rechazar el POP. ¿Si el centro de adscripción o el trabajador rechazan el POP nos encontramos, respectivamente, ante un despido o ante una dimisión?

En este trabajo optamos por la tesis interpretativa de la automaticidad, esto es, que la defensa de la tesis implica la transición automática al periodo de orientación postdoctoral sin necesidad de acuerdo, autorización o documentación alguna, porque la ley no prevé ningún requisito especial. Por tanto, si la Universidad o el centro de investigación finalizan el contrato con la defensa de la tesis se trata de una extinción acausal que deberá calificarse como despido improcedente y si el investigador rechaza el POP este acto constituye una baja voluntaria o una dimisión.

En segundo lugar, el EPIF debe modificarse para aclarar estas cuestiones porque su redacción original obliga a una extinción automática del contrato que no cumple el

---

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. 60-61.

vigente art. 21.a LCTI: “la consecución del título universitario oficial de Doctorado pondrá fin a la etapa de formación del personal investigador predoctoral en formación y a partir de ese momento dará comienzo la etapa postdoctoral. La obtención del título de Doctorado extinguirá el contrato predoctoral, aunque no se hubiera agotado la duración máxima del mismo. A estos efectos se considera que se ha obtenido el título de Doctorado en la fecha del acto de defensa y aprobación de la tesis doctoral” (art. 9.2 EPIF).

En su configuración original, el contrato predoctoral parecía asimilarse al contrato de obra o servicio determinado, donde la defensa de la tesis se constituía la finalización de la obra y, por tanto, extinguía el contrato con independencia de no haber alcanzado todavía los cuatro años de duración. Si actualmente el ámbito objetivo del contrato predoctoral incluye también un periodo postdoctoral, está claro que la defensa de la tesis doctoral no puede extinguir automáticamente el contrato predoctoral. Este precepto incurre en un vicio de nulidad (art. 47 y 128 LPAC) y transgrede el principio de jerarquía normativa porque el EPIF, en una redacción que desarrollaba la antigua regulación de la LCTI, vulnera la nueva redacción de la LCTI. En definitiva, “la norma reglamentaria deba considerarse –es verdad que por causas sobrevenidas– *contra legem*” y “por razones de seguridad jurídica convendría proceder a su pronta modificación”<sup>74</sup>.

En octubre de 2022 el Ministerio de Ciencia e Innovación inició el trámite de audiencia e información pública de un Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación para adaptar el EPIF a los cambios de la Ley 17/2022. En este contexto, se proponía reformar el art. 9.2 con la siguiente redacción: “La consecución del título universitario oficial de Doctorado pondrá fin a la etapa de formación del personal investigador predoctoral en formación, pudiendo prorrogarse, tras la obtención de dicho título, el contrato para garantizar la orientación posdoctoral del investigador contratado, de común acuerdo entre las partes, por un período máximo de 12 meses, siempre y cuando no se superen los límites máximos de duración previstos en el artículo 6. Tras la finalización de dicha prórroga se producirá la extinción del contrato predoctoral, aun cuando no se hubiera agotado la duración máxima del mismo”<sup>75</sup>.

Finalmente, el Real Decreto 1251/2024, de 10 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación reguló las nuevas causas de extinción del contrato predoctoral: “a) Por la obtención del título universitario oficial de Doctorado, o por la finalización del periodo de orientación postdoctoral en el caso de que este se acordara; b) Por expiración del tiempo convenido inicialmente o en sus prórrogas y, en todo caso, cuando el contrato alcance la duración de cuatro años, o seis años en el caso de que se refiera a una persona con discapacidad, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 6.1 y sin perjuicio de que se tengan en cuenta a estos efectos los supuestos de interrup-

<sup>74</sup> BALLESTER LAGUNA, F., “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia...”, *op. cit.*, p. 32.

<sup>75</sup> Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 103/2019, de 1 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador predoctoral en formación, sometido a consulta pública el 20 de octubre de 2022. Disponible aquí: <https://acortar.link/7qv4af>

ción del cómputo de duración del contrato previstos en el párrafo primero del artículo 6.2; c) Por la no realización de la prórroga del contrato cuando así se acuerde porque el personal en formación predoctoral no supere favorablemente la evaluación prevista en el artículo 21.c) de la Ley de la Ciencia” (art. 9.1 EPIF). A su vez, se recoge que “en los casos de finalización del contrato en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado anterior, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la prevista para los contratos de duración determinada en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 9.2 EPIF). El contrato se podrá extinguir por el resto de las causas previstas en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (art. 9.3 EPIF).

En este escenario, no está claro que este Real Decreto incorpore de forma adecuada el nuevo periodo de orientación postdoctoral de la Ley 17/2022. Primero, se mantiene la obtención del título universitario oficial de Doctorado como causa de extinción del contrato, lo que contraviene claramente el nuevo objeto del propio contrato predoctoral. El art. 21 de la Ley de la Ciencia prevé de forma taxativa que “asimismo, el contrato *tendrá* por objeto la orientación postdoctoral”. No se regula una posibilidad ni una opción (si esta fuese la voluntad del legislador debería haberse redactado que “el contrato *podrá tener* por objeto...” u otra fórmula similar). Esta causa de extinción del contrato, incorporada en vía reglamentaria, constituye un vicio *ultra vires*.

Segundo, desaparecen las referencias al periodo de orientación postdoctoral del proyecto de Real Decreto donde se preveía que la prórroga del POP exigiese “el común acuerdo entre las partes” y tuviese carácter potestativo (“pudiendo prorrogarse”). En cambio, “la finalización del periodo de orientación postdoctoral *en el caso de que este se acordara*” constituye una nueva causa de extinción del contrato. De la referencia al acuerdo sobre el POP y la defensa de la tesis como causa autónoma de extinción del contrato podemos concluir que el EPIF rechaza la tesis de la automaticidad. Sin embargo, el carácter potestativo de la prórroga postdoctoral implica reconocer indirectamente una nueva causa de extinción unilateral del contrato, el mero rechazo del POP del centro de investigación o la Universidad o del investigador, que además puede generar problemas respecto a la indemnización.

La extinción del contrato por falta de voluntad de cualquiera de las partes para acordar el POP no se corresponde con la “expiración del tiempo convenido” que genera la indemnización prevista en el nuevo art. 21.e LCTI, de forma que el investigador no tendrá derecho a la misma. Aunque el Real Decreto 1251/2024 intenta salvar el derecho a la indemnización reconociéndola expresamente en el art. 9.2 EPIF, tampoco parece una buena técnica jurídica. No está claro que por vía reglamentaria se pueda crear una nueva causa de extinción (la defensa de la tesis) y extender el derecho a la indemnización a esta causa. No parece que admitir la posibilidad de que el centro de investigación o la Universidad extinga unilateralmente el contrato predoctoral dejando al investigador sin indemnización por su mera voluntad de no permitir el POP sea una interpretación conforme a la Ley 17/2022, que promueve la retención, atracción y retorno del talento científico e investigador, y busca reducir la precariedad laboral.

Por otra parte, si el Real Decreto 1251/2024 entiende la fase postdoctoral como potestativa, exigiendo un acuerdo de ambas partes, esto permite al investigador que no quiera realizar el periodo de orientación postdoctoral extinguir el contrato con la defensa de la tesis y percibir igualmente la indemnización. Sería un supuesto anómalo porque esta extinción unilateral del contrato por parte del trabajador es asimilable a una dimisión o baja voluntaria, que no generan derecho a una indemnización. Se trata, por tanto, de otro argumento a favor de la tesis de la automaticidad del POP: carece de sentido indemnizar a quién renuncia a un empleo.

En tercer lugar, no se entiende el motivo de la nueva causa de extinción relativa a “la no realización de la prórroga del contrato cuando así se acuerde porque el personal en formación predoctoral no supere favorablemente la evaluación prevista en el artículo 21.c) de la Ley de la Ciencia” (art. 9.1.c EPIF). Respecto a esa evaluación, el art. 21.c) de la Ley de la Ciencia establece que “la actividad desarrollada por el personal investigador predoctoral en formación será evaluada anualmente por la comisión académica del programa de doctorado, o en su caso de la escuela de doctorado, durante el tiempo que dure su permanencia en el programa, pudiendo ser resuelto el contrato en el supuesto de no superarse favorablemente dicha evaluación”. A su vez, el EPIF ya incorporó este precepto en su art. 10.2. Sin embargo, se trata de dos cuestiones distintas. Mientras el 9.1.c EPIF se refiere a la “la no realización de la prórroga del contrato cuando así se acuerde”, el 10.2 es una causa específica de resolución contractual vinculada a una evaluación no favorable. No se exige, por tanto, esperar a la finalización de la anualidad para acordar no prorrogar el contrato debido a este informe favorable. Se trata, más bien, de una circunstancia objetiva, relativa al rendimiento del investigador, que articula una causa autónoma de extinción, que se podrá activar inmediatamente. Por ello, no se entiende por qué el Real Decreto utiliza esta confusa redacción refiriéndose a una prórroga. Además, si este precepto se limita a no prorrogar el contrato, ¿qué sucede si hay un informe desfavorable pero no hay prórrogas posibles porque el contrato se concertó de origen por cuatro años?

Por lo pronto, la ya comentada influencia de las normas que regulan ayudas o subvenciones para financiar contratos predoctorales se proyecta sobre el POP cubriendo, sin ningún soporte normativo, sus lagunas jurídicas. Por ejemplo, la última convocatoria de la ayuda FPU (2023) regula en su artículo 27 la “transición de la etapa predoctoral al periodo de orientación postdoctoral (POP)”:

“1. Si el investigador/a en formación defendiera y aprobara su tesis doctoral y llevara a cabo la colaboración en tareas docentes descrita en el artículo 38 de esta convocatoria con antelación al inicio de la última anualidad de la ayuda [90 horas], podrá solicitar al centro de adscripción un periodo postdoctoral por un máximo de 12 meses a tiempo completo. 2. Para solicitar la continuación de la ayuda en el periodo posdoctoral el centro de adscripción deberá presentar al órgano concedente, a través de la sede electrónica del Ministerio, la siguiente documentación para su validación por el órgano gestor: - Justificante de la lectura de tesis con éxito. - Certificado de colaboración en tareas docentes. - Programa de actividades de docencia e investigación que llevará a cabo la persona beneficiaria durante el POP con el visto bueno del tutor y de la Comisión académica. 3. La ayuda

mensual para financiar los contratos para el POP será la correspondiente al cuarto año del periodo predoctoral<sup>76</sup>.

De esta forma, esta convocatoria incluye diversos requisitos no previstos en la ley para materializar el POP. En primer lugar, dos requisitos sustantivos: se exige haber impartido 90 horas de docencia y defender tesis antes del inicio de la cuarta anualidad, de forma que el POP dure 1 año completo. En segundo lugar, varios requisitos formales, tanto realizar una solicitud del POP al centro de adscripción como presentar una serie de documentación.

Esta documentación incluye un “Programa de actividades de docencia e investigación que llevará a cabo la persona beneficiaria durante el POP con el visto bueno del tutor y de la Comisión académica” cuya naturaleza no está muy clara. El modelo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de este documento incluye cuestiones como objetivos, metodología y un plan de trabajo con las actividades y planificación de este periodo; la previsión de colaboración docente determinando el número de horas y las asignaturas; estancias en otros centros indicando fechas, país de destino, fuente de financiación e impacto sobre la formación postdoctoral, en caso de que se vayan a realizar; y actividades formativas y plan de difusión (seminarios, cursos, publicaciones, congresos y/o eventos previstos)<sup>77</sup>. Por una parte, este documento constituiría una novación del objeto del contrato, que era realizar la tesis doctoral, de forma que exige un acuerdo por ambas partes y no se prevé qué ocurriría en caso de discrepancias. Por otra parte, no está claro el rol ni la necesidad de intervención del tutor ni de la comisión académica del programa de Doctorado una vez que el investigador ya es doctor.

En el caso de las ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores de la Agencia Estatal de Investigación (antiguas FPI), no se exige un periodo mínimo para el POP: “se financiará un periodo de orientación postdoctoral (en adelante POP) una vez obtenido el título de doctor/a, por un período máximo de doce meses, destinado al perfeccionamiento y especialización profesional del personal investigador, siempre que la obtención del título se produzca durante el periodo de ejecución de la ayuda<sup>78</sup>. A su vez, se exige formalizar una adenda al contrato para el desarrollo del POP y un programa de trabajo y actividades, según el modelo disponible para ello en la página web de la Agencia Estatal de Investigación. Este modelo, “a presentar únicamente cuando el POP es superior a un mes”, incluye introducción y objetivos, metodología de la investigación, un plan de trabajo incluyendo actividades y cronograma, actividades de formación, y un plan de difusión y transferencia de los resultados.

A nivel autonómico, en la Comunidad de Madrid establece un mínimo de seis meses para el POP. De esta forma, prevé que “una vez realizada la lectura de la tesis doctoral

<sup>76</sup> Orden de 28 de diciembre de 2023..., *op. cit.*

<sup>77</sup> Disponible aquí: <https://www.universidades.gob.es/informacion-comun-fpu/>

<sup>78</sup> Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Investigación por la que se aprueba la convocatoria de tramitación anticipada, correspondiente al año 2022, de las ayudas para contratos predoctorales para la formación de doctores contemplada en el Subprograma Estatal de Formación del Programa Estatal para Desarrollar, Atraer y Retener Talento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

y obtenido el título de doctor, finalizará el período de ejecución de la ayuda predoctoral. A estos efectos, se considera que se ha obtenido el título de doctor en la fecha del acto de defensa y aprobación de la tesis doctoral. Si la obtención del título de doctor tiene lugar con antelación al inicio del mes 43 de la ayuda predoctoral, se podrá formalizar con los investigadores recién doctorados un contrato Postdoctoral de una duración máxima de 12 meses y mínima de 6 meses” (art. 8.13 y 8.14 Orden 2053/2022<sup>79</sup>). La casuística varía mucho tanto por comunidades autónomas como por ayudas propias de cada Universidad.

En general, se trata de requisitos que cada administración puede exigir para las subvenciones que convoca, pero que chocan con la normativa contractual de la LCTI, que no impone ninguna limitación ni requisito para el tránsito al periodo de orientación postdoctoral, salvo la duración máxima de doce meses de este periodo. De esta forma, no se exige una duración mínima como sí hace la convocatoria FPU o la Comunidad de Madrid. Por tanto, se da la situación de que si el investigador defiende la tesis transcurridos los tres primeros años, la ayuda FPU se extingue, pero el contrato predoctoral no, porque se prevé un periodo de orientación postdoctoral hasta terminar la cuarta anualidad, sin ningún requisito ni procedimiento especial. En este escenario, el centro de adscripción debe asumir la totalidad de los costes laborales y de seguridad social.

Adicionalmente, y respecto a la documentación del POP, para algunos contratados predoctorales no tendría sentido diseñar un programa de actividades porque es posible que le resten apenas unas semanas o días para llegar al término del contrato. De hecho, las ayudas más respetuosas con la actual regulación del contrato predoctoral son las de la Agencia Estatal de Investigación, que no imponen un periodo mínimo y no exigen plan de actividades si la duración del POP es inferior a un mes, convirtiéndolo en un procedimiento automático. Para una duración superior, el contenido del plan de actividades puede generar disputas, incluyendo la falta de voluntad de cualquiera de las partes de mantener la relación contractual más allá de la defensa de la tesis. En los apartados siguientes se reflexionará sobre esta cuestión.

### *3.4. La extinción y el cómputo de la duración del contrato predoctoral*

La duración del contrato no sólo genera dudas respecto a la defensa de la tesis y la transición al POP, sino al propio cómputo de esta duración. Ya se ha indicado que el contrato predoctoral es un contrato temporal, que no podrá exceder los cuatro años de duración, salvo dos supuestos: 1) personas con discapacidad, ampliándose la duración hasta 6 años; o 2) que concurran causas suspensivas, que según la ley “interrumpirán el cómputo de la duración del contrato” o, en caso de reducciones de jornada, “darán lugar a la prórroga del contrato por el tiempo equivalente a la jornada que se ha reducido” (art. 21.c LCTI).

Por lo pronto, tanto la jurisprudencia como la doctrina judicial han tenido pocas oportunidades para pronunciarse sobre este tema. La sentencia del Tribunal Superior de

---

<sup>79</sup> Orden 2053/2022, de 19 de julio, de la Vicepresidencia, Consejería de Educación y Universidades, por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas para la contratación de personal investigador predoctoral en formación.

Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2023 (Rec. 70/2023) analiza el interesante caso de una investigadora del CSIC que, una vez finaliza la duración de un contrato predoctoral (financiado por la ayuda para contratos predoctorales para la formación de doctores de la Agencia Estatal de Investigación –antiguas FPI–, impugna la extinción del contrato porque, al no haberse aplicado la prórroga correspondiente a una incapacidad temporal de sesenta días, considera que se ha extinguido el contrato de manera irregular y esto constituye un despido improcedente.

El CSIC argumentaba que la trabajadora no llegó al mínimo necesario de tres meses que exigía la ayuda para prorrogarse, y que la trabajadora solicitó la ampliación el día siguiente a la finalización del contrato. El Tribunal concluye que “consecuentemente tiene razón la recurrente en que su contrato quedó suspendido durante los 60 días en los que permaneció de baja por incapacidad temporal y, por ello su finalización quedó prorrogada hasta el transcurso de un periodo de igual duración, [...] no pudiéndose acoger la alegación de la demandada respecto de la necesidad de solicitud de prórroga por parte de la trabajadora, porque no la hay, tratándose de una norma de carácter imperativo que impone la suspensión del contrato durante las situaciones que contempla, entre ellas la de incapacidad temporal”. Por tanto, “no habiéndose producido la finalización del contrato por no haberse agotado su duración, ciertamente el cese de la trabajadora constituye un despido improcedente, conforme a lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores”<sup>80</sup>.

De esta forma, en los términos de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 17 de mayo de 2023 (Rec. 70/2023), el art. 21.c LCTI es “una norma de carácter imperativo que impone la suspensión del contrato durante las situaciones que contempla, entre ellas la de incapacidad temporal”. Por tanto, no es preceptiva la solicitud de prórroga por parte del trabajador porque durante una suspensión por incapacidad temporal “la finalización [del contrato] queda prorrogada hasta el transcurso de un periodo de igual duración”.

En definitiva, es irrelevante que la convocatoria de la ayuda (FPU, FPI, etc.) que financie el contrato requiera un periodo mínimo de IT para autorizar la prórroga ya que la ley no lo exige, debiendo diferenciarse la normativa de la ayuda o subvención del régimen jurídico-laboral del contrato predoctoral. En consecuencia, las causas suspensivas que interrumpen el cómputo de la duración del contrato predoctoral son una norma imperativa, y su aplicación es automática, esto es, no exige la solicitud del trabajador ni la autorización del empleador, ni se condiciona a que la suspensión tenga una duración mínima.

### **3.5. La indemnización por fin de contrato: cuestiones conflictivas**

#### *a) El hecho causante: la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido*

En su regulación original, tanto de la Ley de la Ciencia de 2011 como del EPIF de 2019, la lectura de la tesis constituía el término del contrato predoctoral, esto es, la causa de

<sup>80</sup> STSJ de Madrid, de 17 de mayo de 2023 (Rec. 70/2023).

resolución automática del contrato y que, por tanto, generaría el derecho al cobro de la indemnización. Actualmente, y atendiendo a la nueva redacción literal del precepto, el derecho al cobro de la indemnización por fin de contrato se da “a la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido” (art. 21.e LCTI), es decir, por expiración del tiempo convenido inicialmente o en sus prórrogas y, en todo caso, cuando el contrato alcance la duración de cuatro años, o seis años en el caso de que se refiera a una persona con discapacidad, sin perjuicio de que se tengan en cuenta a estos efectos los supuestos de interrupción del cómputo de duración del contrato previstos en el art. 21.c LCTI. También se genera el derecho al cobro de la indemnización por la finalización del periodo de orientación postdoctoral.

En este escenario, en este trabajo se defiende la tesis de que la incorporación del POP al objeto contractual impide extinguir el contrato predoctoral el día de la defensa de la tesis. Como se ha dicho, si el investigador rechaza el POP, este acto se asimilaría a una baja voluntaria, no generando el derecho a la indemnización. Por tanto, no cabe percibir la indemnización *ante tempus*. Por su parte, la extinción unilateral del contrato por parte de la Universidad o del organismo de investigación en la fecha de defensa de tesis carece de soporte normativo, constituirá una extinción acausal y, por tanto, deberá calificarse como despido improcedente. La indemnización que correspondería en este caso sería la del despido improcedente (33 días de salario *ex* art. 56 ET) y no la prevista en la Ley de la Ciencia (12 días de salario). Sin embargo, conforme la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>81</sup>, corresponde deducir de la indemnización por despido improcedente la última (o única<sup>82</sup>) indemnización ya percibida por finalización del contrato temporal y cuya extinción se califica como improcedente.

No obstante, como ya se ha comentado, el reciente Real Decreto 1251/2024, de 10 de diciembre, por el que se modifica el EPIF recoge expresamente el derecho a recibir una indemnización también en el caso de finalización del contrato por la obtención del título universitario oficial de Doctorado (art. 9.2 EPIF).

## b) La cuantía de la indemnización y su financiación externa

Respecto a la cuantía de la indemnización, el art. 21.e LCTI remite a la “cuantía equivalente a la prevista para los contratos de duración determinada en el artículo 49 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Se trata, por tanto, de una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio. Sin embargo, se han detectado algunos errores de cálculo en la dotación prevista para la indemnización en las ayudas para financiar los contratos predoctorales.

---

<sup>81</sup> SSTs 29 de junio 2018 (rec. 2889/2016); 11 de julio 2018 (rec. 2131/2016); y 14 de febrero 2019 (rec. 1802/2017); 26 de enero 2022 (rec. 959/2019); y 9 de marzo 2022 (rec. 2895/2020).

<sup>82</sup> STS 11 de mayo de 2021 (rec. 3833/2018).

Por ejemplo, la ayuda para contratos predoctorales para la formación de doctores de la Agencia Estatal de Investigación (antiguas FPI) establece que “en relación con la ayuda para cubrir el coste de la indemnización a la finalización del contrato, se autorizará una ayuda total de 2.688 euros, destinada a cubrir el coste en que se puede incurrir por dicho concepto a lo largo del periodo de ejecución de la ayuda. La ayuda se distribuirá de la siguiente forma: 566 euros para la primera anualidad, 606 euros para la segunda, y 758 para la tercera y cuarta” (art. 7.4)<sup>83</sup>. Por otro lado, mientras la FPU 2022 sólo se menciona la indemnización<sup>84</sup>, en la FPU 2023 se prevé que “la ayuda para financiar el coste de la indemnización por la finalización del contrato por expiración del tiempo convenido será de 2.970 euros y, en el caso de personas con discapacidad, 4.533 euros” (art. 4.2)<sup>85</sup>. La cifra de 2.970 euros proviene de calcular, a partir de las retribuciones anuales de la propia convocatoria FPU, 625,51€ para la primera anualidad y 781,54 euros por cada una de las tres siguientes, siguiendo la misma lógica que la FPI. Estas ayudas no cubren la totalidad de la indemnización por fin de contrato por un error en su cálculo.

A 12 días de salario por año de servicio, la indemnización para un investigador que haya agotado los cuatro años de duración máxima de contrato podría alcanzar los 48 días de salario, esto es, partiendo del salario de 23.772€ en la última anualidad previsto en la propia convocatoria FPU de 2023 la cifra sería 3.126,18€. La diferencia, hoy por hoy, es de 156,18€, pero, con los sucesivos aumentos de salario para los empleados públicos, previsiblemente esta cifra aumentará cuando estos contratos lleguen a término dentro de cuatro años.

Con los datos de 2024<sup>86</sup>, partiendo de un salario mínimo predoctoral de 24.348,76 euros en la cuarta anualidad, el salario diario sería 66,71€ y la indemnización con cuatro años de antigüedad alcanzaría los 48 días de salario, es decir, los 3.202,03 euros. La diferencia entre la dotación de la subvención para financiar la indemnización y la cifra correcta de la indemnización que legalmente corresponde tendrá que abonarla la entidad empleadora con fondos propios.

La confusión se debe a un error conceptual en el cálculo de la indemnización. El equívoco se debe a que ambas convocatorias toman como base de cálculo el salario de cada anualidad en lugar de utilizar como base reguladora el salario en el momento de la extinción, conforme la consolidada jurisprudencia en la materia, que prevé que el salario regulador de las indemnizaciones será el que correspondía percibir legal o convencionalmente al trabajador al tiempo de la extinción del contrato y no el que realmente viniera percibiendo si el mismo era inferior a los preceptos legales o convencionales aplicables<sup>87</sup>.

<sup>83</sup> Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Investigación..., *op. cit.*

<sup>84</sup> Orden de 30 de diciembre de 2022 por la que se aprueba por tramitación anticipada la convocatoria de ayudas para la formación de profesorado universitario correspondiente al año 2022, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación (PEICTI) 2021-2023.

<sup>85</sup> Orden de 28 de diciembre de 2023..., *op. cit.*

<sup>86</sup> El grupo M3 del convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado tiene una retribución básica de 32.465,02 euros en 2024. El 75% que prevé el art. 7.2 EPIF en la cuarta anualidad alcanza los 24.348,76€ anuales o 1.739,20€ en catorce pagas.

<sup>87</sup> STS de 25 de febrero de 1993 (Rec. 1404/1993), entra otras muchas.

La finalidad de la indemnización es compensar el lucro cesante, es decir, resarcir a un trabajador ante la pérdida de remuneraciones que implica la privación del empleo. Por ello, se debe tomar la referencia salarial actualizada en el momento de la extinción, sin aminorarla, como en el caso del personal investigador predoctoral, por los salarios más bajos de las primeras anualidades.

### 3.6. *Los gastos derivados del contrato predoctoral*

En último lugar, es interesante abrir un debate sobre el sujeto obligado a sufragar una serie de gastos relacionados con la formación doctoral del personal investigador predoctoral en formación.

Existen, por un lado, gastos discrecionales como la realización de cursos o la asistencia a congresos, seminarios o reuniones científicas, tanto nacionales como internacionales. En general, las ayudas para financiar contratos predoctorales no incluyen estos gastos dentro de su dotación económica, por lo que deberán sufragarlos la Universidad o el centro de adscripción a través de sus fondos propios o el propio investigador. De hecho, las FPI incluyen expresamente la compatibilidad con otras ayudas para la asistencia a congresos, reuniones o jornadas científicas (art. 11.2)<sup>88</sup>. Respecto a la financiación para estancias breves o traslados temporales a otros centros de investigación, tanto nacionales como extranjeros, algunas ayudas para financiar contratos predoctorales las incluyen en su dotación (FPI) o se prevén en convocatorias específicas de ayudas complementarias (FPU<sup>89</sup>).

Por otro lado, existen otra serie de gastos que necesariamente debe abonar el investigador como parte de su formación predoctoral. Tomando como ejemplo el supuesto de la Universidad Carlos III de Madrid podríamos enumerar los siguientes: la tasa ordinaria de seguimiento académico anual (390€<sup>90</sup>), la formación complementaria y transversal (varía en función del número de créditos, cuyo precio oscila entre 45 y 150 euros cada uno), la apertura del expediente (27,54€), los gastos anuales de secretaría (6,11€) y seguro escolar (1,12€), la defensa de tesis doctoral (143,15€) y la expedición del título de doctor (229,86€).

Mientras las ayudas FPI incluyen en su dotación los gastos de matrícula en las enseñanzas de doctorado, se convocan anualmente unas ayudas complementarias de precios públicos para matrículas en enseñanzas de doctorado para los beneficiarios de ayudas FPU, que tramitan las propias Universidades<sup>91</sup>. Sin embargo, no todas las ayudas

<sup>88</sup> Resolución de la Presidencia de la Agencia Estatal de Investigación..., *op. cit.*

<sup>89</sup> A partir de 2022, la propia convocatoria FPU también incorpora la financiación de estancias.

<sup>90</sup> Hay un gran contraste de los precios anuales de las matrículas de Doctorado entre comunidades autónomas, desde los 60,30 euros de Andalucía hasta los 401,12 euros de Cataluña.

<sup>91</sup> Orden de 18 de diciembre de 2023 por la que se aprueba por tramitación anticipada la convocatoria de ayudas complementarias destinadas a beneficiarios de ayudas de Formación del Profesorado Universitario correspondiente al año 2023, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación (PEICTI) 2021-2023.

para financiar contratos predoctorales cubren los gastos de matrícula<sup>92</sup>. Además, el resto de los conceptos (créditos formativos adicionales obligatorios y demás tasas) debe abonarlos el investigador.

La ajenidad que define el contrato de trabajo y los reducidos salarios del personal investigador predoctoral nos llevan a cuestionar que se les imputen gastos inherentes a su formación. En este trabajo se defiende, por tanto, que los costes de formación vinculados al programa de doctorado constituyen un gasto periódico y obligatorio en el que incurre la persona trabajadora debido a la prestación laboral y, como tal, debería soportarlo la entidad empleadora. Ante la falta de previsión por parte de las referidas subvenciones públicas, el centro contratante debería asumir estos gastos, especialmente aquellos relativos a créditos formativos porque la formación es, precisamente, el objeto del contrato y su ejecución no puede traducirse en la minoración del salario de los trabajadores.

#### 4. Conclusiones

En primer lugar, el contrato predoctoral es una modalidad contractual que ha ganado protagonismo, incrementándose anualmente el volumen de contratos, y que ha mejorado las condiciones laborales y las coberturas de seguridad social del personal investigador predoctoral en formación. No obstante, todavía perviven algunas disfunciones que sería oportuno corregir.

Respecto al cobro de la nueva indemnización por fin de contrato, se ha detectado la demanda de algunos contratados predoctorales para prever, a instancia del investigador, la posibilidad de dar por concluido el término del contrato con la defensa de la tesis, extinguiendo el contrato y percibiendo la indemnización correspondiente. Así, se permitiría garantizar el derecho al cobro de la indemnización al personal investigador que quiera desligarse del centro donde obtienen el doctorado porque han conseguido un contrato postdoctoral en otro centro de investigación nacional o extranjero. Actualmente, deben optar entre mantener su contrato hasta que llegue el término temporal para tener derecho a la indemnización, o renunciar al contrato predoctoral, perdiendo la indemnización, para incorporarse al contrato postdoctoral.

Sin embargo, esta reclamación no debe acogerse porque rompe la finalidad propia de la indemnización laboral por cese, que es compensar la pérdida de salario debido a la extinción del contrato. De esta forma, si el personal investigador ya tiene un nuevo contrato, la indemnización no ha lugar porque no existe la necesidad económica que fundamenta su nacimiento. En definitiva, la indemnización por fin de contrato es un derecho de los trabajadores, pero no un premio por terminar su tesis doctoral.

Por otro lado, es necesario reformar el EPIF para incorporar el nuevo periodo de orientación postdoctoral, regulando que la transición sea automática. En tanto el sistema

---

<sup>92</sup> Por ejemplo, las ayudas para financiar contratos predoctorales de formación en investigación en salud (Contratos PFIS) del Instituto de Salud Carlos III.

de clasificación profesional más asentado en España ordena los puestos de trabajo atendiendo a los niveles de titulación, formación y capacitación, parece oportuno prever un salario mínimo específico para el POP (y superior al resto de contratados predoctorales que no han alcanzado el grado de Doctor). Por ejemplo, en la FPU de 2020 se establecía que el salario del POP sería 33.659,7807 euros brutos anuales<sup>93</sup>, es decir, el 114% del grupo 1 Grupo 1 de personal laboral del convenio único de personal laboral de la Administración General del Estado de 2020. En cambio, las convocatorias posteriores optan por abonar el mismo salario que la cuarta anualidad del contrato predoctoral (75%).

En este contexto, es necesario dignificar las condiciones salariales del personal investigador contratado a través del contrato predoctoral. Por una parte, el salario mínimo predoctoral fijado en el art. 21.d LCTI deja a estos trabajadores, en las primeras anualidades del contrato, muy cerca del SMI, que ha subido un 54% desde 2018. En el caso de las ayudas FPU: mientras en 2014 el salario predoctoral las dos primeras anualidades era un 58,8% más alto que el SMI (1.025€<sup>94</sup> frente a 645,30 € mensuales), en 2024 esta diferencia se reduce al 12,7% (1.298,61€ frente a 1.134 € mensuales)<sup>95</sup>. Así, el salario mínimo predoctoral debería alcanzar la base mínima de cotización de la seguridad social del grupo 1, 1.847,40€ en 2024<sup>96</sup>, de forma que el salario debe superar los 1.583,48€ en catorce pagas.

Por lo pronto, algunas convocatorias de financiación están mejorando la dotación económica. Por ejemplo, la FPU 2023 incrementa el salario del primer año al 60%, alcanzando los 1.359 euros (19,8% más que el SMI de 2024), y al 75% los tres años siguientes, esto es, 1.698 euros (un 49,7% más que el SMI de 2024)<sup>97</sup>. No obstante, la primera anualidad sigue sin alcanzar la base mínima de cotización.

De esta forma, pervive un problema endémico del contrato predoctoral: las condiciones de trabajo, principalmente el salario, se fijan indirectamente en las convocatorias de ayudas para financiar el contrato. Debemos avanzar hacia lo que Moreno i Gené denomina “modelo mixto de cofinanciación del contrato”<sup>98</sup> predoctoral, de modo que aquellos costes salariales que queden cubiertos por la entidad financiadora externa del contrato deberán ser asumidos por la entidad contratante del personal investigador predoctoral en formación.

<sup>93</sup> Art. 31.2 de la Orden del Ministerio de Universidades, de 6 de noviembre de 2020, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario correspondiente al año 2020, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

<sup>94</sup> Resolución de 26 de diciembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, por la que se convocan ayudas para la formación de profesorado universitario, de los subprogramas de Formación y de Movilidad incluidos en el Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

<sup>95</sup> Real Decreto 1046/2013, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2014. Real Decreto 145/2024, de 6 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2024.

<sup>96</sup> Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo, por la que se modifica la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024.

<sup>97</sup> Orden de 28 de diciembre de 2023..., *op. cit.*

<sup>98</sup> MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas...”, *op. cit.*; MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas...”, *op. cit.*, p. 122.

En definitiva, la cuestión de fondo sigue siendo dotar a la ciencia de una financiación digna. Está claro que la precariedad salarial supone un lastre “a la hora de reclutar potenciales investigadores”<sup>99</sup> y, en los términos del TSJ de Cataluña sobre investigadores Ramón y Cajal, “con ello no se retiene el talento; se espanta”<sup>100</sup>.

## 5. Referencias bibliográficas

- AGUILERA IZQUIERDO, R., “El Estatuto del Becario de investigación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 121, 2004, pp. 27-43.
- ALZAGA RUIZ, I., “El nuevo régimen jurídico del personal investigador en formación”, *Actualidad Laboral*, nº 18, 2006.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I., “El contrato predoctoral, ¿es un contrato de servicios o de obra?”, en INFANTE RUIZ, F. J., OLIVA BLÁZQUEZ, F. (Dirs.): *La modernización del contrato de servicios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 655-672.
- BALLESTER LAGUNA, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un traje a medida del contrato predoctoral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 220, 2019, pp. 209-244.
- BALLESTER LAGUNA, F., “Claroscuros en la regulación del salario aplicable al contrato predoctoral. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso Administrativo, 642/2020, de 3 de junio”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 449-450, 2020, pp. 144-151.
- BALLESTER LAGUNA, F., “Los contratos laborales de la Ley de la ciencia y su adecuación a los requerimientos de la reforma laboral de diciembre de 2021”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 472, 2022, pp. 21-57.
- GARCÍA NINET, J. I., “Sobre el presunto Estatuto del becario de investigación”, *Tribuna Social*, nº 155, 2003, pp. 5-10.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “Nuevas reglas de contratación en los sistemas universitario y de investigación”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 4, número extraordinario, 2023, pp. 143-160.
- LÓPEZ INSÚA, B. M., “La precarización del personal investigador en formación de nuevo en el ojo del huracán: anomalías en la ‘codificación’ de los contratos predoctorales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2017, pp. 413-424.
- MOLINA NAVARRETE, C. “Empleo público temporal y estabilidad obligacional: la indemnización por fin de contrato o de nombramiento”, en CARO MUÑOZ, A. I (Dir.) y ROMERO BURILLO, A. M. y BELLO PAREDES, S. (Coords.): *La articulación de la gestión universitaria a debate*, Thomson Reuters – Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, pp. 93-164.

<sup>99</sup> SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Trabajo en investigación...”, *op. cit.*

<sup>100</sup> STSJ de Cataluña de 25 de julio de 2024 (demanda conflicto colectivo 6/2024).

- MONEREO PÉREZ, J. L. y LÓPEZ INSUA, B. M., “¿Indemnización o retroceso? La saga continua: un nuevo paso atrás en la regulación del personal investigador predoctoral”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 10, 2020.
- MORENO I GENÉ, J., “El Estatuto del becario de investigación: la inclusión de los becarios de investigación en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 250, 2004, pp. 3-50.
- MORENO I GENÉ, J., “El nuevo estatuto del personal investigador en formación: la combinación de beca de investigación y contratación laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 277, 2006, pp. 37-104.
- MORENO I GENÉ, J., *El personal investigador en formación. Régimen jurídico-laboral y de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MORENO I GENÉ, J., “La contratación laboral de los investigadores en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación: ¿el final del estado de excepción laboral en la ciencia?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 340, 2011, pp. 79-124.
- MORENO I GENÉ, J., “El contrato predoctoral: una modalidad específica de contrato formativo para los investigadores”, *Aranzadi Social*, nº 3, 2012.
- MORENO I GENÉ, J., “El Personal investigador en formación: el difícil equilibrio entre la finalidad formativa y la finalidad productiva de esta figura”, *IUSLABOR*, nº 3, 2017, pp. 191-222.
- MORENO I GENÉ, J., “El nuevo estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, nº 147, 2019, pp. 77-114.
- MORENO I GENÉ, J., *El estatuto del personal investigador predoctoral en formación: aspectos jurídico-laborales y de seguridad social*, Barcelona, Atelier, 2020.
- MORENO I GENÉ, J., “Derechos indemnizatorios de la extinción del contrato predoctoral: ¿Cabe la indemnización por finalización de contrato cuando la misma se encuentra prevista de forma expresa en el mismo?”, *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 2, nº. 1, 2021, pp. 85-101.
- MORENO I GENÉ, J., “Algunas cuestiones problemáticas que suscita la retribución del personal investigador predoctoral en formación”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 238, 2021, pp. 113-160.
- MORENO I GENÉ, J., “La indemnización por finalización del contrato predoctoral fin del debate judicial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 903/2020, de 13 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, nº 454, 2021, pp. 154-163.
- MORENO I GENÉ, J., “Derechos indemnizatorios derivados de la finalización del contrato predoctoral. A propósito de la STS de 13 de octubre de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 58, 2021.
- MORENO I GENÉ, J., “El estatuto del personal Investigador predoctoral en formación: cuestiones conflictivas actuales”, *Documentación Laboral*, nº 123, 2021, pp. 99-125.

- MORENO I GENÉ, J., “El derecho del personal investigador predoctoral en formación al percibo de trienios: a propósito de la STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2022”, *IUSLABOR*, nº 3, 2022, pp. 171-197.
- MORENO I GENÉ, J., *Las modalidades de contratación laboral del profesorado y del personal investigador en las universidades públicas*, Barcelona, Atelier, 2024.
- MORÓN PRIETO, R., “El Estatuto del Personal Investigador en Formación: otro tímido paso en la asimilación de las becas formativas al régimen laboral”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2006, pp. 447-481.
- NOGUEIRA FERREIRO, L.: “El nuevo régimen jurídico de la relación laboral de los investigadores en España tras la Ley de la Ciencia ¿Una solución a la falta de personal cualificado?”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, nº 23, 2016, pp. 124-149.
- REQUENA MONTES, O., “Aproximación crítica al Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.
- REQUENA MONTES, O., “Argumentos en torno a la indemnización por fin de contrato predoctoral: comentario a la STS, Sala de lo Social, núm 903/2020, de 13 de octubre”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 240, 2021, pp. 237-252.
- ROJO TORRECILLA, E., “Sobre el estatuto del personal investigador predoctoral en formación. Notas al marco normativo anterior y a la nueva regulación del Real Decreto 103/2019 de 1 de marzo”, *El Blog de Eduardo Rojo*, 19 de marzo de 2019. Disponible en: <https://acortar.link/hNeOM6>
- ROJO TORRECILLA, E., “El contrato predoctoral no genera derecho a indemnización a su finalización. A propósito de la sentencia del TS de 13 de octubre de 2020, y recordatorio de toda la problemática anterior”, *El blog de Eduardo Rojo*, 7 de noviembre de 2020. Disponible en: <https://acortar.link/keWXs7> y <https://acortar.link/vnSHql>
- SERRANO ARGÜELLO, N., “Modalidades específicas de contratación laboral del personal investigador. De la precarización al desideratum de su estabilidad en el empleo y consolidación profesional”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 36, 2014.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “Trabajo en investigación: luces y sombras de su progresiva laboralización en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, nº 4, 2015, pp. 148-172.

# Digitalisation at work: new challenges for Italian Labour Law\*

## Digitalización en el trabajo: nuevos retos en el Derecho Italiano del Trabajo

Stefano Bellomo\*\*

*Full professor of Labour Law, Univ. Sapienza of Rome*

Dario Calderara\*\*\*

*Researcher in Labour Law, Univ. Sapienza of Rome*

Antonella Gravinese\*\*\*\*

*Ph.D. Student in Labour Law, Univ. Aldo Moro of Bari*

Carla Spinelli\*\*\*\*\*

*Full Professor of Labour Law, Univ. Aldo Moro of Bari*

Recibido: 15/11/2024

Aceptado: 15/1/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9410

*Abstract:* This paper explores the challenges digitalisation poses to the traditional concept of working time, emphasizing the need for an objective, transparent system to measure daily hours and uphold labor standards.

It also examines the evolving legal framework, with a focus on Italian legislation and case law, addressing the classification of workers employed through digital platforms and their employment rights.

Finally, the paper investigates digitalisation's impact on industrial relations, underscoring the critical role of employees and their representatives in mitigating opacity in data processing and the functioning of automated monitoring and decision-making systems within employment relationships.

*Keywords:* Digitalisation. Working time. Platform work. Industrial relations. EU law.

*Resumen:* Este artículo explora los desafíos que la digitalización plantea al concepto tradicional de tiempo de trabajo, haciendo hincapié en la necesidad de un sistema objetivo y transparente para medir las horas diarias y defender los estándares laborales.

---

\*Italian report prepared within the Working Group “Digitalisation, AI, employment” for the ISLSSL World Congress, Rome 17-20 September 2024.

\*\*Wrote Sec. 1, par. 1, par. 2 and Sec. 2, par. 1.

\*\*\*Wrote Sec. 1, par. 3 and par. 4.

\*\*\*\*Wrote Sec. 3.

\*\*\*\*\*Wrote Sec. 2, par. 2.

También examina el marco legal en evolución, con un enfoque en la legislación y la jurisprudencia italianas, abordando la clasificación de los trabajadores empleados a través de plataformas digitales y sus derechos laborales.

Finalmente, el artículo investiga el impacto de la digitalización en las relaciones laborales, subrayando el papel fundamental de los empleados y sus representantes en la mitigación de la opacidad en el procesamiento de datos y el funcionamiento de los sistemas automatizados de monitoreo y toma de decisiones dentro de las relaciones laborales.

*Palabras clave:* Digitalización, tiempo de trabajo, plataforma, relaciones industriales, Derecho de la UE.

## SECTION 1: DIGITALISATION AND WORKING TIME

### 1. The uncertain determination of work time and personal time in digital work.

The identification of the boundaries between working time and personal time is increasingly blurred and complex in the light of technological progress that has involved the organisation of work<sup>1</sup>.

All this entails the need to reinterpret the classic bipartition between ‘working time’ and ‘rest period’<sup>2</sup>.

In fact, the legislation solely differentiates between working time, defined as the period during which the worker is at work, at the employer’s disposal and in the exercise of his activity or duties, and rest time, defined as any period that is not part of working time<sup>3</sup>.

Recent technological developments and the consequent evolution of work organisation, however, have led to the need to rethink and redefine these concepts, particularly in view of the growing difficulties in qualifying certain situations in the light of the overcoming of the traditional spatio-temporal boundaries of the working activity, which entail application problems due to the difficulty of finding in concrete cases the following elements: the presence at work, the fact of being at the employer’s disposal and the exercise of the work activity<sup>4</sup>.

The process of digitisation of work, therefore, has increasingly allowed work to be performed remotely, resulting in an intensification and extension of working time<sup>5</sup>.

While aiming, at least abstractly, to improve work-life balance, allowing for childcare, reducing commuting time and leading to increased work autonomy and better use of

<sup>1</sup> BELLOMO, Stefano, *Forme di occupazione “digitale” e disciplina dell’orario di lavoro*, *Federalismi*, n. 19, 2022, p. 168.

<sup>2</sup> On the subject of working time and rest time, see OCCHINO, Antonella, *Il tempo libero nel diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010.

<sup>3</sup> Article 1, paragraph 1, lett. a) and b), Legislative Decree No. 66/2003 and article 2, No. 1 and 2, directive 2003/88/CE.

<sup>4</sup> MONACO, Maria Paola, *Aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro nella normativa comunitaria di riferimento*, in *AA.VV., Orari e tempi di lavoro: le nuove regole, I saggi di NGL*, n. 6, 2005, p. 20.

<sup>5</sup> CALDERARA, Dario, *La dis-conessione: evoluzioni e prospettive*, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 2, 2022, p. 261 ss.

working time<sup>6</sup>, remote work can increase the pressure on workers to always be available or to work in their free time, resulting in isolation and a blurring of the boundaries between work and leisure<sup>7</sup>. The hyper-connectedness to which these workers are exposed often results in increased stress due to the difficulty of discerning between work and private life<sup>8</sup>.

That said, the rise of agile working has certainly had a considerable impact on working conditions<sup>9</sup>. In particular, it has been found that for only one third of agile workers working during their free time represents a reorganisation of working time rather than an extension of the working day, while for the remaining two thirds it means working longer than expected<sup>10</sup>.

The need to rethink and redefine the two concepts in light of the increasing difficulty of qualifying, among others, the worker's periods of availability<sup>11</sup> and on-call time<sup>12</sup> has led the Court of Justice of the European Union to pronounce on the notion of working time. The jurisprudence<sup>13</sup>, through the flexible use of the constituent elements of this notion, (being at work, at the employer's disposal and in the exercise of his activity or duties<sup>14</sup>, with the aim of guaranteeing the effectiveness of the principle pursued by the European regulations on the protection of workers' health and safety<sup>15</sup>), has also included in certain cases the so-called 'grey times'. In the Matzak judgment<sup>16</sup>, the Court included within the concept of working time even those cases in which the employee is at the employer's disposal, even if at home, considering that the employee's availability to the employer means that such intermediate time in any case satisfies the latter's organisational interest<sup>17</sup>, not allowing him to achieve the psychological relaxation of the normal rest period<sup>18</sup>.

<sup>6</sup> Eurofound, *Aumento del telelavoro: impatto sulle condizioni di lavoro e sulla regolamentazione*, Sintesi, 2022.

<sup>7</sup> Cf. Eurofound, *Working conditions: The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Research Report, 2022.

<sup>8</sup> CATAUDELLA, Maria Cristina, Tempo di lavoro e tempo di disconnessione, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, n. 4, 2021, p. 854-855.

<sup>9</sup> Eurofound, *Working conditions: The rise in telework: Impact on working conditions and regulations*, Research Report, 2022, p. 61-62.

<sup>10</sup> Eurofound, *Workers want to telework but long working hours, isolation and inadequate equipment must be tackled*, Article, 6 September 2021.

<sup>11</sup> BERNARDINI, Paolo, La reperibilità del funzionario europeo al vaglio dei giudici di Lussemburgo, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2011, p. 1241 ss.

<sup>12</sup> FERRARESI, Marco, Disponibilità e reperibilità del lavoratore: il tertium genus dell'orario di lavoro, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2008, p. 93 ss.

<sup>13</sup> CJEU, 3 October 2000, Case C-303/98; CJEU, 9 September 2003, Case C-151/02; CJEU, 5 October 2004, Joined cases C-397/01 to C-403/01; CJEU, 1 December 2005., Case C-14/04; CJEU, 10 September 2015, Case C-266/14; CJEU, 21 February 2018, Case C-518/15.

<sup>14</sup> MAGAGNOLI, Silvia, Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro, *Labour & Law Issues*, vol. 7, n. 2, 2021, p. 98-99.

<sup>15</sup> MAZZANTI, Caterina, I tempi intermedi nella nozione binaria di tempo di lavoro, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2019, p. 221 ss.

<sup>16</sup> CJEU, 21 February 2018, Case C-518/15.

<sup>17</sup> PUTATURO DONATI, Federico Maria, *Orario di lavoro, riposi e tempi sociali. Artt. 2107, 2108, 2109 cod. civ.*, in PESSI, Roberto (ed.), *Codice commentato del lavoro*, Torino, Utet, 2011, p. 528; BAVARO, Vincenzo, *Il tempo nel contratto di lavoro*, Bari, Cacucci, 2008, p. 225; GIULIANI, Alessandro, La nuova nozione di orario di lavoro nel d. lgs. n. 66/2003 e il "vecchio" criterio della "effettività", *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2003, p. 775.

<sup>18</sup> MAZZANTI, Caterina, I tempi intermedi nella nozione binaria di tempo di lavoro, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 2, 2019, p. 225.

Nowadays, the demarcation line between situations and temporal segments attributable to the concept of “working time” and those forms of fulfilling work obligations that fall outside of it has been effectively delineated by the case law of the Court of Justice, which has repeatedly clarified that the distinguishing criterion is found in the intensity of the constraints imposed on the worker during periods of readiness. This underscores that the national judge must assess whether the worker has been subjected to constraints so pervasive that they objectively and significantly impact the worker’s ability to freely manage the scheduling of time when their professional services are not required.

Hence the conclusion that “a period of stand-by time according to a stand-by system, during which the worker is required only to be contactable by telephone and able to return to his or her workplace, if necessary, within a time limit of one hour, while being able to stay in service accommodation made available to him or her by his or her employer at that workplace, without being required to remain there, does not constitute, in its entirety, working time within the meaning of that provision, unless an overall assessment of all the facts of the case, including the consequences of that time limit and, if appropriate, the average frequency of activity during that period, establishes that the constraints imposed on that worker during that period are such as to affect, objectively and very significantly, the latter’s ability freely to manage, during the same period, the time during which his or her professional services are not required and to devote that time to his or her own interest”<sup>19</sup>.

The Court explicitly identifies today, therefore, the intensity of such constraints as the parameter on which the interpreter must focus for the purpose of distinguishing between working hours and rest periods. It is indeed the degree of pervasiveness of these constraints that allows for the qualification of certain time segments as either working hours or rest periods.

To facilitate this assessment, the Court of Justice outlines some “indicative markers” of intensity, that is, the parameters to be considered for an objective evaluation. Specifically, based on this reconstruction, the most recent judgments consider the significance of the following: the time period available to the worker to resume work from the moment the employer requests it; the frequency of tasks performed during the on-call period; and the ‘non-negligible’ duration of interventions carried out, which limit the possibility of freely managing one’s time during the worker’s inactive periods.

This possibility, which can be recognized as existing, was most recently emphasized by the Court in the judgment of November 11, 2021, C-214/20, *Dublin City Council*. Even when faced with the imposition of a very short response time, the worker can enjoy freedom of movement, retain the discretion to respond to calls or not, and is permitted to carry out another professional activity (in this case, that of a taxi driver) and devote a significant portion of the time when not engaged in duties as an on-call firefighter<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> CJEU, 9 March 2021, Case C-344/19, paragraph 66 of the reasoning.

<sup>20</sup> Paragraph 66 of the reasoning.

## 2. The need to establish an objective system for measuring the duration of daily working hours

Strictly connected to the determination of working times and personal times in digital work is the issue of how to measure working hours.

Owing to certain matters recently brought to the attention of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, focus has been directed towards the measurement of working hours, particularly with the judgment *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v. Deutsche Bank*<sup>21</sup>.

In particular, the Court of Justice deems it appropriate that, “in order to ensure the effectiveness of those rights provided for in Directive 2003/88 and of the fundamental right enshrined in article 31, paragraph 2, of the Charter, the Member States must require employers to set up an objective, reliable and accessible system enabling the duration of time worked each day by each worker to be measured”<sup>22</sup>. This principle does not appear to be explicitly provided either in Article 31 of the Charter of Fundamental Rights, which in paragraph 2 guarantees every worker “the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave”, nor in the 2003 Directive.

In light of the ECJ case law, the system for measuring working hours appears indispensable to ensure with absolute certainty that every worker enjoys daily and weekly rest periods, annual paid leave, and the right to a limitation of maximum working hours.

However, the time measurement tool must be objective, reliable, and accessible, and may fall under the general obligation for Member States and employers, as outlined in article 4, paragraph 1, and article 6, paragraph 1, of Directive 89/391, to establish an organization and the necessary means to protect workers’ safety and health. This system permits worker representatives with health and safety functions, pursuant to Directive 89/391, to exercise their right to request the employer to take appropriate measures and to make proposals aimed at reducing any risk to workers and/or eliminating the causes of danger.

The innovative feature of this system is its ability to enable employers, workers, and inspection bodies to verify and demonstrate – in an impartial, reliable, and objective manner – the correct enjoyment of the rights provided by the Charter and the directive. In the absence of such a tool, the current recourse is to the means of proof admitted by the legal system<sup>23</sup>, which, in the opinion of the Court of Justice, “do not enable the number of hours the worker worked each day and each week to be objectively and reliably established”<sup>24</sup>.

According to the Court’s jurisprudence, particular doubt should be cast on testimonial evidence due to the so-called *metus prestatoris*, or the position of subordination in which the worker finds themselves. This condition implies recognizing the worker as the

<sup>21</sup> CJEU, 14 May 2019, Case C-55/18. Previously in the case *Worten v. Autoridade para as Condições de Trabalho*, CJEU, 30 May 2013, Case C-342/12.

<sup>22</sup> CJEU, 14 May 2019, C-55/18, *cit.*, paragraph 60 of the reasoning.

<sup>23</sup> As, for example, the testimony.

<sup>24</sup> CJEU, 14 May 2019, Case C-55/18, *cit.*, paragraph 54 of the reasoning.

weaker party in the relationship, which could deter workers from testifying against their employer to avoid potential retaliation that could negatively impact the employment relationship. For these reasons, testimonial evidence cannot, by itself, be considered an effective means of proof capable of ensuring the effective respect of the rights provided by the Charter and the directive.

The most significant aspect, some years after the Court's ruling, concerns identifying the tools our legal system has adopted to comply with the Court's principles.

The Court has already observed that it is up to the Member States, within the exercise of discretionary power, to define the concrete modalities for implementing the time measurement system, considering the specificities of different sectors of activity and the particularities of some enterprises, regarding their size.

According to initial reconstructions, paper registers<sup>25</sup> or electronic badges might be accepted, provided that the system adopted is suitable for ensuring the effectiveness of the rights enshrined by the Court<sup>26</sup>.

The issue of measuring working hours is a topic that much of the legal doctrine has examined. Among the many points of reflection, one of the added values provided by the Court of Justice lies in qualifying the measurement system as "objective, reliable, and accessible", which is why systems that might prescribe superficial or approximate annotations of working hours by the employer do not seem appropriate.

With specific reference to internal legislation, it should first be noted that there is no explicit implementation of the principle established by the Court of Justice. However, it is possible to examine Legislative Decree No. 104 of 2022, the so-called "transparency decree" implementing Directive 1152 of 2019, to examine some convergence profiles.

Given the faithful, almost always literal, transposition of the directive's provisions, this discussion will refer, by way of example, directly to the internal regulations.

The provisions introduced under the so-called "transparency decree" also have significant implications for the issue of working hours.

It is appropriate to recall the main objectives of the Directive, to understand the motivations that led the European legislator to introduce regulations on working hours.

Indeed, several of the recitals of the directive highlight the more specific objectives considered by the EU legislator, which are then directly concretized by the regulations.

For example, pursuant to *considerando* No. 19, information on working hours should include "information on breaks, daily and weekly rest periods and the amount of paid leave, thereby ensuring the protection of the safety and health of workers".

The recurring reference to safety protection needs in EU working hours legislation helps clarify the legislator's objectives.

---

<sup>25</sup> As it happens in Spain, where article 34.9 of the Workers' Statute, as amended by Royal Decree-Law No. 8 of 8 March 2019, establishes the obligation to keep a daily timekeeping register. This register must specify the actual start and end times of each worker's workday, without prejudice to flexible scheduling. The register must be accessible to employees, their legal representatives, and labor inspectors for a period of four years.

<sup>26</sup> LECCESE, Vito Sandro, *La misurazione dell'orario di lavoro e le sue sfide*, *Labour & Law Issues*, vol. 8, n. 1, 2022, p. 6.

Additionally, considerando No. 21 states that “if it is not possible to indicate a fixed work schedule because of the nature of the employment, such as in the case of an on-demand contract, employers should inform workers how their working time is to be established, including the time slots in which they may be called to work and the minimum notice period that they are to receive before the start of a work assignment”.

To meet this identified need, a detailed set of informational obligations has been established.

Of particular importance is the reference, in considerando No. 1, to article 31, paragraph 2, of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, emphasizing the guarantee of workers’ rest and the limitation of maximum working hours.

Article 4 of the legislative decree, amending article 1 of Legislative Decree No. 152/1997, has regulated specific informational obligations concerning aspects related to working hours.

According to the mentioned article 1, as rephrased by the transparency decree, the employer, whether public or private, is required to inform the worker of “the schedule of normal working hours and any conditions related to overtime work and its remuneration, as well as any conditions for shift changes, if the employment contract provides for an organization of working hours that is entirely or largely predictable” (letter o).

Furthermore, “if the employment relationship, characterized by largely or entirely unpredictable organizational methods, does not provide for a scheduled normal working time, the employer shall inform the worker about: 1) the variability of the work schedule, the minimum amount of guaranteed paid hours, and the remuneration for work performed in addition to the guaranteed hours; 2) the reference hours and days within which the worker is required to perform work tasks; 3) the minimum notice period to which the worker is entitled before the start of a work assignment and, if permitted by the contractual type in use and agreed upon, the deadline by which the employer can cancel the assignment” (letter p).

These two provisions are evidently complementary and provide for two different obligations for the employer, who must comply in one way or another depending on the predictability of the organization of working hours<sup>27</sup>. In broad terms, it is appropriate to clarify what is meant by an “entirely or largely predictable” organization of working hours, and an employment relationship characterized by largely or entirely unpredictable organizational methods.

The notion of “predictability” of working hours is elusive and appears to be characterized by aspects of opacity<sup>28</sup>. It should be clarified that the predictability of the temporal placement of the work performance should be assessed not with reference to the type of employment contract but to the organization itself. In other words, this derives from the exercise of the organizational powers of the employer to determine the scheduling of acti-

---

<sup>27</sup> GAROFALO, Domenico, TIRABOSCHI, Michele, Prime riflessioni sul decreto trasparenza (d.lgs.104/2022) modificato dal decreto “lavoro” (d.l. 48/2023), *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 4, 2023, p. 667.

<sup>28</sup> TURSI, Armando, “Trasparenza” e “diritti minimi” dei lavoratori nel decreto trasparenza, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2023, p. 18 and 20.

vities according to the working hours chosen by the employer, such as through shift work, and not from the type of individual agreement concluded with the worker<sup>29</sup>.

The unpredictability of work activity, on the other hand, manifests when it is not possible to establish a work schedule and, thus, to determine *ex ante* the temporal placement of the performance<sup>30</sup>.

The principle established by the Court of Justice regarding the measurement of working hours is framed and compatible with the legal framework of the transparency decree, concerning the information on working hours provided by letters o) and p) mentioned previously. This assertion could be supported by the objectives of the decree itself, as stated in the recitals of the directive implemented, which seem to establish, in addition to an adequate level of transparency and predictability for working conditions, also indirectly, a verification of the implementation of the information's content.

For instance, to ensure the protection of workers' safety and health, it can be inferred, indirectly from the content of the transparency decree, that the employer, in addition to complying with the previously mentioned informational obligations regarding working hours, is also directly responsible for implementing the content of the information. Thus, in this sense, the information becomes a prerequisite for ensuring compliance with a specific right<sup>31</sup>.

In this context, an extensive interpretation of article 13 of the decree could be useful, understanding the worker's complaint as aimed at obtaining the correct information and ensuring the implementation of the information's content. This assertion would allow us to maintain that the worker cannot be treated unfavorably for the violation of the informational obligations, and for those related to working hours, it can be argued that the necessity to measure working hours is inherent to ensure compliance with the rights and objectives set out in the 2019 directive's *considerando*.

The issue of measuring working hours has been recently addressed, from a *de iure condendo* perspective, by the European Parliament Resolution of 21 January 2021, with recommendations to the Commission on the right to disconnect (2019/2181(INL))<sup>32</sup>.

Article 3, paragraph 2, provides the obligation for Member States to ensure that "employers set up an objective, reliable and accessible system enabling the duration of time

---

<sup>29</sup> Also, PROIA, Giampiero, *Trasparenza, prevedibilità e poteri dell'impresa*, *Labor*, n. 6, 2022, p. 647. Moreover, it is noteworthy that the same decree defines, echoing a provision of the Directive, the organization of work as "the form of organizing working time and its distribution in accordance with a specific arrangement established by the employer" (article 2, paragraph 1, letter c).

<sup>30</sup> In any case, employment relationships falling under an unpredictable organization may include those of intermittent subordinate work (articles 13 and following of Legislative Decree No. 81/2015), given the specific organizational function of the contract itself, designed so that the employer can utilize the service "on request". These scenarios may also encompass cases where collective bargaining provides, as may occur in the case of remote work, for goal-oriented work without predetermined working hours.

<sup>31</sup> Executed by anyone in the sense of CJEU, 14 May 2019, Case C-55/18, *cit.*, paragraph 56 of the reasoning: "by contrast, a system enabling the time worked by workers each day to be measured offers those workers a particularly effective means of easily accessing objective and reliable data as regards the duration of time actually worked by them and is thus capable of facilitating both the proof by those workers of a breach of the rights conferred on them by Articles 3 and 5 and 6(b) of Directive 2003/88, which give specific form to the fundamental right enshrined in Article 31(2) of the Charter, and also the verification by the competent authorities and national courts of the actual observance of those rights".

<sup>32</sup> The resolution with recommendations has not yet been adopted today.

worked each day by each worker to be measured, in accordance with workers' right to privacy and to the protection of their personal data. Workers shall have the possibility to request and obtain the record of their working times". The principle established by the Court of Justice in the case *Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) v. Deutsche Bank*, combined with the context of the proposed directive, aims to protect the effectiveness of the right to disconnect, both substantively and dynamically. As a matter of fact, the proposal stipulates that workers can request and obtain the record of their working hours<sup>33</sup>.

Additionally, according to article 4, paragraph 1, letter b), the system for measuring working hours falls within the working conditions that must be guaranteed by Member States. It seems appropriate to consider that this article should also be read considering article 7, paragraph 1, letter b), regarding informational obligations, according to which Member States are required to ensure that employers provide each worker with clear, sufficient, and adequate information in writing about the right to disconnect, particularly with specific reference to the system of measuring working hours.

This latter provision seems to align perfectly with the previously interpreted transparency decree currently implemented in domestic law.

Considering the foregoing part of the doctrine has pointed out that, although the obligation to establish a certain and objective system for measuring working hours is crucial for the effective enjoyment of the right to disconnect, particular attention must also be paid when the work is performed in an agile manner, especially in the absence of precise time constraints<sup>34</sup>.

In such cases, one of the desirable solutions could be the establishment of alert mechanisms, managed by algorithms or artificial intelligence, which could simplify the measurement of remote work performance, as already provided for by collective bargaining, particularly at the company level<sup>35</sup>.

### **3. The reinterpretation of European jurisprudence's principles on working hours in relation to remote work: potential implications for agile work hours.**

In light of the significant efforts undertaken by EU jurisprudence in recent years<sup>36</sup> to adapt the notion of working time by extending the strict definitions outlined in article 1,

<sup>33</sup> FENOGLIO, Anna, Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione, *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, p. 13.

<sup>34</sup> LECCESE, Vito, Se il lavoro iperconnesso diventa l'occasione per scaricare sull'uomo il rischio di impresa, *Guida Lavoro*, 39, 2019, X; BIASI, Marco, Individuale e collettivo nel diritto alla disconnessione: spunti comparatistici, *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2, 2022, p. 403.

<sup>35</sup> In this regard, the virtuous example of the Campari Agreement must be reported. See DAGNINO, Emanuele, Il diritto alla disconnessione nell'esperienza contrattuale-collettiva, *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, p. 6, note 25 with reference to tools "for managing the reporting of attendance/absences ... which will generate an alert related to exceeding working hours as well as possible warning messages suggesting disconnection once the normal working hours are reached".

<sup>36</sup> See CJEU, 3 October 2000, Case C-303/98; CJEU, 9 September 2003, Case C-151/02; CJEU, 5 October 2004, Cases C-397/01 and C-403/01; CJEU, 7 September 2006, Case C-484/04; CJEU, 17 November 2016, Case C-216/15; CJEU, 21 February 2018, Case C-518/15.

paragraph 2, letter a) of Legislative Decree No. 66 of 2003, it is appropriate to consider whether legislative intervention is necessary to modify the regulation of working hours in view of the rapid and radical changes in the world of work.

It is also necessary to consider the current level of potential absorption of the principles established by the jurisprudence of the Court of Justice, with specific reference to digital work, which currently finds its point of emergence and connection with positive law in the form of agile work.

First and foremost, it should be noted that agile work, as it stands, cannot a priori be considered as a free zone from the application of restrictive regulations on working time, especially due to the evident lack, in most cases, of the conditions of self-determination defined by article 17, paragraph 1, of Directive 2003/88/EC on working time and article 17, paragraph 5, of Legislative Decree No. 66 of 2003<sup>37</sup>.

Unless one is dealing with a specific situation where the worker could maintain an autonomous decision-making power regarding when and how much to work because they are not subject to “precise time constraints”<sup>38</sup>, all other situations appear to fall within the scope of European working time regulations and the national transposition thereof. In the former consideration, it is likely that the elements outlined in the directive cannot be easily identified in remote work execution modes, characterized by spatial-temporal fluidity and the free self-determination and self-organization of work activities regarding when and how much to work.

From the considerations made thus far, it emerges that the most recent jurisprudence of the Court of Justice supports the position that the applicability of “only the maximum duration limits of daily and weekly working hours deriving from law and collective bargaining” pursuant to article 18, paragraph 1<sup>39</sup>, cannot be generally extended to all agile workers.

The extension of such regulation is evaluated concerning some agile workers who, due to the result-oriented nature of their collaboration, are not obliged to comply with a “working schedule”<sup>40</sup>, both concerning the EU-derived limits and those sourced from domestic law.

For these reasons, reflection on the current relevance of the notion and concept of working time is more pertinent than ever and probably requires reconsideration. Despite the diminished need for spatial-temporal coordination of work performance, there is now a perspective of broadening the concept of working time, tied to new principles arising from the evolution of living law.

---

<sup>37</sup> On the problematic coordination, see PROIA, Giampiero, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione*, in FIORILLO, Luigi, PERULLI, Adalberto (a cura di), *Il Jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino, Giappichelli, 2018.

<sup>38</sup> In other words, when not involved in situations involving the coexistence of the three elements identified in Article 1, paragraph 2, letter a) of Legislative Decree No. 66 of 2003.

<sup>39</sup> ROZZOLINI, Orsola, *Lavoro agile e orario di lavoro*, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 2, 2022, p. 383 ss.

<sup>40</sup> BELLOMO, Stefano, *Orario di lavoro, riposi, ferie: i principi costituzionali, la normativa europea ed il quadro regolativo definito dal d.lgs. 8 aprile 2003 n. 66*, in SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, Giappichelli, 2020, p. 1205 ss.

The new notion of working time should consider, above all, flexible work organization, exceeding, in certain situations, the paradigm of the relevance of time and emphasizing organization linked to a program. This is a consequence of the changes in both the space and time of subordination in digital work.

#### **4. The containment of work time and the guarantee of undisturbed enjoyment of non-work time: the role of disconnection.**

It is no coincidence that the national legislator began, as early as 2017, to focus on the issue of the “new” overlap between work and non-work time, with particular reference to digital work. Indeed, to attempt to contain work time and prevent it from encroaching on non-work time<sup>41</sup>, the legislator introduced the right to disconnect into our legal system, inextricably linking it to remote work as a measure to protect workers<sup>42</sup> and improve work-life balance<sup>43</sup>. Simultaneously, the legislator’s intent was to allow workers to enjoy their free time without intrusion into their private lives outside working hours. The protection of the right to disconnect for remote workers thus addresses the specific needs arising from the nature of work in the digital era, which heavily relies on technological tools. Actually, there is no clear definition of disconnection provided by law in our legal system<sup>44</sup>.

The only legislative acts mentioning disconnection date to<sup>45</sup>: the first one to 2017, Law No. 81, article 19, and the second one to 2021, Law No. 61, converting Decree-Law No. 30 of 2021, article 2, paragraph 1-*ter*.

Regarding Law No. 81 of 2017, an interpretative reading of article 19, while not providing a definition of disconnection, indirectly leads legal practitioners to consider it related particularly to non-work time<sup>46</sup>.

Based on the content of article 19, it can be argued that it is necessary to identify specific technical and organizational measures within the remote work agreement to ensure the separation of workers from technological tools<sup>47</sup>.

<sup>41</sup> Thus avoiding the interference of work in non-work time called “time porosity”. See GENIN, Émilie, Proposal for a Theoretical Framework for the Analysis of Time Porosity, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n. 3, 2016, 281 ss.; WEISS, Manfred, Digitalizzazione: sfide e prospettive per il diritto del lavoro, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 3, 2016, p. 657 ss.

<sup>42</sup> SPINELLI, Carla, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Bari, Cacucci, 2018, p. 153.

<sup>43</sup> KRAUSE, Rüdiger, “Always-on”: *The Collapse of the Work-Life Separation in Recent Developments, Deficits and Counter-Strategies*, in ALES, Edoardo, CURZI, Ylenia, FABBRI, Tommaso, RYMKEVICH, Olga, SENATORI, Iacopo, SOLINAS, Giovanni (a cura di) *Working in Digital and Smart Organizations*, Palgrave Macmillan, 2018, p. 223 ss.

<sup>44</sup> Cf. on the subject of right of disconnection CALDERARA, Dario, *Garanzia della disconnessione nel rapporto di lavoro*, Torino, Giappichelli, 2024, in particular p. 68-69.

<sup>45</sup> Before the introduction of Law No. 81 of 2017, agile working was regulated through agreements under collective bargaining, such as the Nestlé Agreement of October 12, 2012, the Barilla Agreement of March 2, 2015, the Zurich Agreement of September 23, 2015, the Snam Agreement of November 26, 2015, the Euler Hermes Agreement of January 15, 2016, the Axa Agreement of April 12, 2016, and the Eni Agreement of February 6, 2017.

<sup>46</sup> TIMELLINI, Caterini, La disconnessione bussava alla porta del legislatore, *Variazioni su temi di Diritto del Lavoro*, n. 1, 2019, p. 332.

<sup>47</sup> ALES, Edoardo, Il lavoro in modalità agile e l’adeguamento funzionale della subordinazione: un processo indolore?, *Federalismi*, n. 34, 2022, p. 183.

Article 2, paragraph 1-*ter*, does not offer additional insights into the notion of disconnection, except for formally qualifying it as a right and respecting any agreed periods of availability<sup>48</sup>.

From a contractual perspective, besides the multiple regulations provided by collective bargaining agreements, the National Protocol on Agile Work of December 7, 2021<sup>49</sup>, attempts to outline a “new normal” for post-pandemic agile work and is worth examining to identify a definition of disconnection.

For a more precise definition of disconnection, it is currently necessary to refer to the European Parliament’s Resolution of January 21, 2021, with recommendations to the Commission on the right to disconnect. Article 2 of this resolution states that “disconnect means not to engage in work-related activities or communications by means of digital tools, directly or indirectly, outside working time”.

The notion of the right to disconnect is found in considerando No. 10 of the draft directive, which defines it as “workers’ right not to engage in work-related activities or communications outside working time, by means of digital tools, such as phone calls, emails, or other messages. The right to disconnect should entitle workers to switch off work-related tools and not to respond to employers’ requests outside working time, with no risk of adverse consequences, such as dismissal or other retaliatory measures. Conversely, employers should not require workers to work outside working time. Employers should not promote an ‘always on’ work culture in which workers who waive their right to disconnect are clearly favoured over those who do not. Workers reporting situations of non-compliance with the right to disconnect in the workplace should not be penalised”. In practice, disconnection can be achieved by turning off company phones during non-working periods, setting devices to offline mode to signal “unavailability”<sup>50</sup>, or prohibiting work-related communications during disconnection periods<sup>51</sup>. It can also involve allowing employers to send communications if workers do not receive them during their disconnection period.

Therefore, the right to disconnect is crucial in a digitalized context to allow workers to reclaim their free time<sup>52</sup>, a right increasingly recognized by both national<sup>53</sup> and European jurisprudence<sup>54</sup>.

---

<sup>48</sup> FENOGLIO, Anna, Una veste digitale per il diritto al riposo: il diritto alla disconnessione, *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, p. 10.

<sup>49</sup> Article 3, National Protocol on Smart Working of December 7, 2021, available at the following website: <https://www.lavoro.gov.it/notizie/Documents/PROTOCOLLO-NAZIONALE-LAVOROAGILE-07122021>. See ALBI, Pasqualino, Introduzione: il Protocollo nazionale sul lavoro agile tra dialogo sociale e superamento della stagione pandemica, *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2022, p. 1 ss.; ZOPPOLI, Lorenzo, Il protocollo sul lavoro agile nel settore privato e gli “altri”, *Lavoro Diritti Europa*, n. 1, 2022, p. 1 ss.

<sup>50</sup> TIMELLINI, Caterina, Il diritto alla disconnessione nella normativa italiana sul lavoro agile e nella legislazione emergenziale, *Lavoro Diritti Europa*, n. 4, 2021, p. 9.

<sup>51</sup> MAGAGNOLI, Silvia, Diritto alla disconnessione e tempi di lavoro, *Labour & Law Issues*, n. 2, 2021, p. 95 ss.

<sup>52</sup> NICOLOSI, Marina, La disconnessione nel patto di agilità tra legge, contrattazione collettiva e diritto europeo, *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, n. 4, 2022, p. 695 ss.

<sup>53</sup> See Cass. 21 May 2008, n. 12962, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, p. 825 ss., with note by BOLEGO, Giorgio, *Sul potere del datore di lavoro di variare la collocazione dell'orario nel full time*.

<sup>54</sup> See CJEU, 21 February 2018, Case C-518/15; CJEU, 9 March 2021, Cases C-344/19 and C-580/19.

The blurred boundaries of the regulation, which does not specify a precise time frame but only requires it to be adequate to ensure respect for workers' personal lives, necessarily raise questions about its placement and effectiveness.

Thus, this provision does not represent a regulatory endpoint as it is currently explicitly addressed only to some remote workers, specifically agile workers. It is undoubtedly desirable for both European<sup>55</sup> and Italian legislators to intervene to broaden the scope of such protection and better define its boundaries, particularly concerning the measurement of working hours and implementation methods.

The mentioned European resolution envisions a commendable combination of recognizing the right to disconnect and requiring companies to adopt "an objective, reliable, and accessible system that allows for the measurement of the duration of the daily working hours performed by each worker," in line with the Court of Justice's earlier ruling in the Grand Chamber judgment of May 14, 2019, C-55/2018. This approach reinforces the belief that the containment of working hours and the guarantee of undisturbed enjoyment of non-working time are complementary and essential guarantees, neither interchangeable nor substitutable.

## SECTION 2: LEGAL ISSUES ON PLATFORM WORKERS' CLASSIFICATION

### 1. Italian legislation on platform work

The issue of qualifying the employment relationship of platform workers in Italy has been the subject of initially conflicting positions.

Indeed, the Italian debate mainly focused on the riders, as major disputes involved these workers. There has never been any doubt that the rider worked with companies operating through digital platforms. In other words, no ruling has recognised the platforms' function as mere intermediaries. Furthermore, there are no known cases in which platforms involving riders have identified themselves as intermediaries.

The debated issue has been the nature of the employment relationship, namely whether the relationship between the rider and the digital platform was an autonomous or subordinate employment relationship. Like many other continental legal systems, the Italian legal system distinguishes between subordinate workers (employees) and autonomous workers (self-employed) and applies different protections to each category.

Initially, platforms classified the working relationships with riders as autonomous, sometimes in the form of coordinated and continuous collaborations. This form of autonomous work involves coordination by the commissioning company and is subject to some special, sometimes more protective, regulations.

---

<sup>55</sup> Recently, consultations have been initiated under Article 154 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) to gather opinions on the possible direction of EU action aimed at ensuring fair telework and the right to disconnect (first phase started on April 30, 2024, and concluded on June 11, 2024 - C(2024) 2990 final).

Disputes over the classification did not take long to arise. The most well-known case, at least initially, was the Foodora case, in which judges ruled in three different ways in the three levels of judgment. The autonomous workers sought recognition of the subordinate nature of the relationship or at least its hetero-organized nature.

At this point, it is necessary to introduce a peculiarity of Italian legislation to explain what has just been said. There is a norm, Article 2 of Legislative Decree No. 81 of 2015, which provides that hetero-organized collaborations, identified as those continuous, predominantly personal collaborations organised by the commissioning party, are subject to the regulations of subordinate work, with some exceptions.

Italian scholars have long debated the systematic meaning of this rule, particularly whether it regulated subordinate or autonomous work<sup>56</sup>. It is not relevant to deepening the issue here. Suffice it to say that in the early years of disputes over the classification of riders' relationships, the rule's application on hetero-organized collaborations became the most common way to apply subordinate work regulations.

In fact, in the context of the Foodora case, as early as the appeal judgment in 2018<sup>57</sup>, the application of the norm on hetero-organized collaboration to riders was admitted. This choice was confirmed by the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) ruling of January 24, 2020<sup>58</sup>, which also deemed applicable to riders some regulations that the appellate court had denied (for example, dismissal regulations).

The growing importance of the norm regarding hetero-organized collaborations in categorizing riders can likely be explained by the concept that this rule enabled the implementation of subordinate work regulations to relationships that may not fit the usual subordinate model.

The path chosen by the judges was also supported by the Italian government, which, by amending the same norm on hetero-organized collaborations with Decree-Law No. 101 of 2019, specified, perhaps unnecessarily<sup>59</sup>, that it should also apply "when the methods of performance are organized through platforms, including digital ones".

By explicitly mentioning digital platforms in the norm, the intention was to suggest the applicability of the rule to riders. However, it should be noted that, as will be seen in the analysis of case law on platform work, there has been a gradual trend to classify the working relationship of platform workers directly as subordinate, without going through the norm on hetero-organized collaborations.

---

<sup>56</sup> *Ex multis*: SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe, Ancora su eterodirezione, etero-organizzazione, su coloro che operano mediante piattaforme digitali, i riders e il ragionevole equilibrio della cassazione n. 1663/2020, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, numero straordinario, 2020, p. 203 ss.; MARESCA, Arturo, La disciplina del lavoro subordinato applicabile alle collaborazioni etero-organizzate, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1, 2020, p. 146 ss.; PISANI, Carlo, Le nuove collaborazioni etero-organizzate, il lavoro tramite piattaforme digitali e gli indici presuntivi della subordinazione, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 6, 2019, p. 1191 ss.; ZOPPOLI, Antonello, La collaborazione eteroorganizzata: fattispecie e disciplina, *Diritti Lavori Mercati*, n.1, 2016, p. 33 ss.

<sup>57</sup> App. Turin, 4 February 2019, n. 26.

<sup>58</sup> Cass. 20 January 2020, n. 1663.

<sup>59</sup> PISANI, Carlo, Le nuove collaborazioni etero-organizzate, *cit.*, p. 1201; D'ASCOLA, S, La collaborazione organizzata cinque anni dopo, *Lavoro e diritto*, n. 1, 2020, p. 11.

As a consequence, some digital platforms have begun to classify riders as subordinate workers from the outset, even through the signing of collective agreements<sup>60</sup>.

However, it should be noted that the aforementioned Decree-Law No. 101 of 2019 also introduced regulations exclusively aimed at self-employed riders (located in Articles 47-bis ff. of Legislative Decree No. 81 of 2015). These regulations apply obviously in cases where the norm on hetero-organized collaborations can't be applied because there's not a hetero-organization by the digital platform. It is worth emphasizing that these regulations apply specifically to riders and not to other platform workers.

To apply these regulations, digital platforms are considered "the programs and computer procedures used by the commissioning party that, regardless of the place of establishment, are instrumental to delivery activities, setting the compensation and determining the methods of performance" (Article 47-bis). The definition, by providing that the digital platform determines the compensation and methods of performance, seems to contrast, as some scholars have argued<sup>61</sup>, with the autonomous nature of the riders' work to which the regulations should apply.

The rules provide more protective measures than those normally applicable to autonomous workers, due to the riders' weakness in the market, even when they are autonomous and not subordinate workers. There are obligations of information and the stipulation of a written contract. These obligations are sanctioned through compensatory indemnities (Article 47-ter). Regarding the compensation for autonomous riders (Article 47-quarter), it is provided that:

- The compensation is determined according to the criteria established by collective agreements signed by the most representative national trade unions and employer organizations;
- If collective agreements are not signed, riders can't be paid based on deliveries made, and they must be guaranteed a minimum hourly wage in accordance with the provisions of national collective agreements of similar or equivalent sectors signed by the most representative national trade unions and employer organizations.

Based on these provisions, a collective agreement signed by an insufficiently representative organization<sup>62</sup> was considered not capable of providing a specific regulation on matters reserved for collective agreements signed by the most representative trade unions<sup>63</sup>. Moreover, the Ministry of Labour intervened with a note<sup>64</sup>, specifying that even the collective agreements signed by the most representative organizations could not provide for compensation based solely on deliveries made.

---

<sup>60</sup> Collective agreement of 29 March 2021, signed by Just Eat and Italian trade unions (FILT-CGIL, FIT-CISL, UIL).

<sup>61</sup> See, for example, PERULLI, Adalberto, *Il diritto del lavoro "oltre la subordinazione": le collaborazioni etero-organizzate e le tutele minime per i riders autonomi*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 410, 2020, p. 59.

<sup>62</sup> Collective agreement of 9 September 2020, signed by AssoDelivery and UGL Riders.

<sup>63</sup> Trib. Bologna, 12 January 2023.

<sup>64</sup> Note of 17 September 2020 by the legislative office of the Italian Ministry of Labour.

Additionally, riders must be guaranteed a supplementary indemnity of no less than 10 per cent for work performed at night, during bank holidays, or in adverse weather conditions. The amount of these indemnities is determined by the aforementioned collective agreements or, if there are not, by a decree of the Minister of Labour and Social Policies.

Furthermore, the law extends to autonomous riders the anti-discrimination regulations and protections of workers' freedom and dignity provided for subordinate workers. In relation to this, it is specified that exclusion from the platform and reductions in work opportunities attributable to the non-acceptance of performance are prohibited (Article 47-inquires).

Finally, it is worth noting the provision of Article 47-species, which extends to riders' insurance coverage against accidents and regulations on workplace safety<sup>65</sup>.

## 2. Italian case law on platform workers' classification

As reminded above, the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) ruling of January 24, 2020 has clarified several important regulatory aspects concerning the collaborations organised by the client, also defined as hetero-organized collaborations, introduced by Article 2, paragraph 1, Legislative Decree No. 81/2015.

In its ruling the Supreme Court takes into account and thoroughly examines the different interpretations of that legal provision envisaged by scholars and emerged in case law. Essentially, four theories have been developed:

- a) The first theory is based on the so-called "qualifying method" and fully recognises the classification of subordination for the activities performed by workers, such as those on digital platforms, which entail characteristics prohibited by Article 2, paragraph 1.
- b) The second theory, proposed by the Turin Court of Appeal in ruling No. 26/2019<sup>66</sup>, suggests to adopt an intermediate classification between autonomy and subordination. Such classification is characterised by the hetero-organization as per Article 2, paragraph 1 and is referred to as the *tertium genus*. The collaborations organised by the client should be considered a new contractual type within the legal system (however, prohibited by the principles of delegation enshrined in Law No. 183/2014), to which some protections deriving from the contract of employment regulations are granted. The Court of Turin's approach, deemed incorrect by the Supreme Court, did not consider feasible a generalised extension of the rules on subordination but chose a selective path, limiting applicable protections.

---

<sup>65</sup> PASCUCCI, Paolo, Note sul futuro del lavoro salubre e sicuro... e sulle norme sulla sicurezza di rider & co., *Diritto della Sicurezza sul Lavoro*, n. 1, 2019, p. 48.

<sup>66</sup> CARABELLI, Umberto, SPINELLI, Carla, La Corte d'Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati, *Riv. giur. lav.*, II, 2019, p. 91-99.

- c) The third theory suggests to create a sub-category within autonomous work, where the identifying characteristics are significantly differentiated, falling within the broad notion of para-subordination.
- d) The fourth theory refers to the “remedial approach,” which is based on identifying some regulatory indicators to provide “strengthened” protection for workers who are particularly vulnerable as contracting parties, such as riders, extending to them the protections of subordinate work.

The last theory is the one embraced by the Supreme Court: it confirms the workers’ autonomy in performing their activities while acknowledging strengthened protections to them, equivalent to those granted to employees<sup>67</sup>.

The “remedial” position supported by the legitimacy judges of the Supreme Court leads to a significant consequence: when hetero-organization is identified, there is no automatic reclassification of the contractual relationship, but the employer must recognise to the hetero-organised workers the same economic and regulatory treatment applied to employees engaged in similar or related tasks.

Article 2, paragraph 1, Legislative Decree No. 81/2015 foresees a “disciplinary rule” that does not create a new legal paradigm. In other words, according to an anti-fraud perspective, the lawmaker has merely established the application of the contract of employment regulations to continuous, predominantly personal collaborations organised by the client. As a consequence, there would be no incentive for the employer to classify a worker as either hetero-organized or employee, since the applicable regulatory framework would remain the same in both cases.

However, according to the Supreme Court, the judge is not precluded from further investigating the facts potentially leading to the full recognition of subordination. This approach aligns with the general principle that it is the judge’s responsibility to determine the nature of an employment relationship, thereby fitting the specific case into the appropriate legal category by considering the characteristics of the activity carried out within the particular relationship<sup>68</sup>.

In this perspective, the decision of the Tribunal of Palermo on November 24, 2020 was the first Italian ruling to classify a rider’s work performance as subordinate<sup>69</sup>. This decision was subsequently supported by the Tribunal of Turin<sup>70</sup> and the Tribunal of Milan<sup>71</sup>, which adopted the same reasoning.

<sup>67</sup> SPINELLI, Carla, I riders secondo la Cassazione: collaboratori etero-organizzati regolati dalle norme sul lavoro subordinato, *DLM*, 2020, p. 172-181.

<sup>68</sup> *Ex plurimis*, Cass. 24.8.2021, n. 23324; see CARINCI, Franco, DE LUCA TAMAJO, Raffaele, TOSI, Paolo, TREU, Tiziano, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro subordinato*, XI ed., Torino, Utet, 2022, p. 64 ss.

<sup>69</sup> RICCOBONO, Alessandro, Lavoro su piattaforma e qualificazione dei riders: una «pedalata» verso la subordinazione, *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2021, p. 241 ss.; SCELISI, Antonio Alessandro, Una nuova onomastica digitale per i poteri del datore di lavoro, *Labor*, 2021, p. 459 ss.

<sup>70</sup> Trib. Torino, 18 novembre 2021, commented by GARILLI, Alessandro, DE MARCO, Cinzia, La qualificazione del lavoro dei rider: ancora una volta il giudice accerta la subordinazione e individua nella piattaforma interponente il reale datore di lavoro, *Labor*, n. 2, 2022, p. 213 ss.

<sup>71</sup> Trib. Milano, 20 April 2022, commented by BELLAVISTA, Alessandro, Riders e subordinazione: a proposito di

The three lawsuits were sued to denounce the misclassification of the riders hired by three different multinational food delivery companies (respectively Foodinho/Glovo, Uber Eats and Deliveroo), all of which were adopting quite similar work organisational patterns.

The platform companies' main argument to confirm the riders were self-employed was that: *"there is no obligation to perform the service as the plaintiff is always free not to accept delivery proposals and work for other principals or cancel delivery proposals and work for other principals"*. This argument had been successful in the first trials on platform workers' misclassification, which excluded the subordination of riders<sup>72</sup>.

On the contrary, in their rulings the Tribunals of Palermo, Turin and Milan, according to the principle of the primacy of facts, focused their analysis on how the workers had to execute the work performance, aiming to demonstrate the absence of a real freedom of choice by the riders and, consequently, the presence of the necessary features to ascertain the existence of an employment relationship.

The three Courts affirmed that the entire work performance of the riders was directed and controlled by the platforms. In particular, the system of access to booking slots was influenced by the rider's reputational ranking, the allocation of delivery proposals was determined by an algorithm based on criteria entirely unrelated *"to the preferences and choices of the worker"*, the performance of the assignments was pervasively controlled through geolocation.

Recently, the Tribunal of Milan further extended the employment protections recognised to hetero-organized workers according to the Italian Supreme Court (Corte di Cassazione) ruling of 2020, which determined that when the conditions set out in Article 2 are met, the legal framework for the contract of employment must apply. Based on this precedent, the judge in Milan decided in favour of the applicability to the food delivery riders of all trade union rights (September 28, 2023) and, for the first time, of social security protections (October 19, 2023)<sup>73</sup>.

At this stage, it is important to argue whether recognising subordination in platform work case law is now a "non-issue." This conclusion can be reached, as the examined case law confirms (even if focused on riders only), because the jurisprudence interpretative approach, according to which all the protections of subordination apply to hetero-organized workers, is now well established. Thus, ultimately, any difference in the standard of protections between hetero-organised and subordinate workers has been overcome through the rulings of the Courts<sup>74</sup>. Therefore, currently, Article 2, para-

---

una recente sentenza, Lavoro Diritti Europa, n. 2, 2022; INGRAO, Alessandra, Riders: un altro passo verso la subordinazione, *Labour Law Issues*, vol. 8, n. 1, 2022, p. 59 ss.

<sup>72</sup> See Trib. Milano 10 September 2018, in *Riv. giur. lav.*, 2019, II, 82 ss., commented by SPINELLI, Carla, Riders: anche il Tribunale di Milano esclude il vincolo di subordinazione nel rapporto lavorativo; Corte App. Torino 4.2.2019, quoting Trib. Torino 7.5.2018, in *RIDL*, 2018, II, p. 283 ss., commented by ICHINO, Pietro, Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig economy.

<sup>73</sup> GRAVINESE, Antonella, Tutele collettive e previdenziali per i riders: superate anche le ultime riserve alla integrale equiparazione nel trattamento, *Riv. Giur. Lav. - Giurisprudenza-online\_Newsletter*, n. 1, 2024

<sup>74</sup> A fundamental role to reach this goal was played by the litigation strategies put in place the Italian trade unions. See SENATORI, Iacopo, SPINELLI, Carla (eds.), *Litigation (Collective) Strategies to Protect Gig Workers' Rights. A Comparative Perspective*, Giappichelli, 2022.

ph 1, Legislative Decree No. 81/2015 provide for an adequate legal framework for the classification of platform workers. Such adequacy will have to be tested once the EU Platform Work Directive and the rebuttable legal presumption of subordination, which it introduces, will be implemented in the Italian legal order.

## SECTION 3: THE IMPACT OF DIGITALIZATION ON THE INDUSTRIAL RELATIONS SYSTEM

### 1. Workplace Digitalisation and Trade Unions Strategies

The growing use of technology in the workplace, qualified as the “Fourth Industrial Revolution – Industry 4.0”<sup>75</sup>, has profoundly impacted the labour market and work performance paradigms. The advent of a new digital era has facilitated the execution of work entirely or partially outside conventional workplaces. Additionally, processes such as recruitment, task assignment, training and performance management have been delegated to automated systems, a phenomenon known as “algorithmic management”.

In this context, trade unions face many challenges in two main areas: union action modalities and collective rights exercise.

Technology enables new ways of conducting union activities, allowing a broader interaction, aggregation, and discussion than traditional ones. This includes using social media to promote collective initiatives, company mailing lists and new dynamics of union conflict<sup>76</sup>. However, the lack of physical interaction complicates the construction of “collective action”<sup>77</sup>, adding individualistic tendencies of online workers to the already known crises in union representation mechanisms in the digital ecosystem<sup>78</sup>.

This scenario has led the three major Italian Confederations to recognise the need for a deep renewal process to counteract the so-called union disintermediation<sup>79</sup> and manage the digitalisation of production processes.

<sup>75</sup> On this topic, see SEGHEZZI, Francesco, *La nuova grande trasformazione. Lavoro e persona nella quarta rivoluzione industriale*, Bergamo, Adapt, 2017; SCHWAB, Klaus, *La quarta rivoluzione industriale*, Milano, FrancoAngeli, 2016; DEL PUNTA, Riccardo, *Un diritto per il lavoro 4.0*, in CIPRIANI, Alberto, GRAMOLATI, Alessio, MARI, Giovanni (eds.), *Il lavoro 4.0*, Firenze, Firenze University Press, 2018, p. 225 ss.

<sup>76</sup> The net strike and the union Twitter storm are significant examples. Although these actions cannot be classified under the right to strike as defined by Article 40 of the Constitution due to the absence of work abstention, they represent new forms of self-protection for collective interests. A union net strike is a coordinated and collective action by a group of workers who, after consultation and proclamation, organise a simultaneous, invasive, but non-predatory cyber-attack. This involves multiplying concurrent connections to the employer’s target website to slow down or prevent its activity or accessibility. Conversely, a union Twitter storm (tweet bombing or Twitter bomb) is a planned and orchestrated attack on a company’s social media account. It uses dedicated hashtags and retweets to spread across a social media platform where the employer has an active profile.

<sup>77</sup> GIARGIULO, Umberto, SARACINI, Paola, Riflettendo su parti sociali e innovazione tecnologica, *Quad. Diritti, lavori, mercati*, n. 15, 2023, p. 9 ss.

<sup>78</sup> TULLINI, Patrizia, L’economia digitale alla prova dell’interesse collettivo, *Labour Law Issues*, vol. 4, n. 1, 2018, p. 1 ss.

<sup>79</sup> SACCOIA, Giorgio, Il sindacato al tempo della rivoluzione digitale, *Ec. e soc. reg.*, 1, 2019, p. 79 ss.

In this sense, the CGIL<sup>80</sup>, with the motto “Let’s Negotiate the Algorithm!” or also “Let’s Negotiate Digital Innovation”, has created an online collaborative platform (‘Idea-diffusa’) to provide the necessary tools to “*interpret the ongoing changes and envision the union’s role as an actor participating in the governance of these processes.*”<sup>81</sup>

Similarly, the CISL<sup>82</sup>, oriented towards direct participation of workers, has started in 2017 the “Industry 4.0 Laboratory,” which involves experts from the Polytechnic of Milan and maintains a “*permanent working group to help the union find an adequate perspective on innovation*”<sup>83</sup>. The Metallurgical Federation Fim-Cisl, with the programmatic motto “Smart Union to Drive Change”, has promoted a “digital trade union card” and a “digital check-off” process based on blockchain technology.

In 2021, the UIL<sup>84</sup> created a digital trade union platform called ‘Terzo Millennio’, designed for the sharing of projects, training paths and common claims, described as a “*revolution in the way of being and doing unionism, which adds to the traditional and consolidated communication tools while strengthening the statutory organisational structure*”. In line with this project, the Tertiary Federation of the UIL has established ‘Net-worker,’ an online trade union platform similar to the “Terzo Millennio” platform but targeted to web professionals and ICT workers. Noteworthy, in this context, is also the recent initiative (July 2024) involving the University of Foggia, UIL and Sicurform Italia Group, aimed at providing digital training courses for unemployed and underemployed individuals in the regions of Basilicata, Campania, Molise, Puglia and Sicily.

All these initiatives shed light on the divergences between the three confederations — particularly between the CGIL and the CISL — in terms of approach to technological innovation. While the UIL’s initiatives, with the exception of the recent project mentioned above, seem to be focused on “digitizing the union” and thus reshaping its future role, the CGIL’s and CISL’s approaches seem to be driven by a desire to project their respective visions and formulate union policies and strategies that respond to evolving social and labor realities. The CISL sees digitalization as an opportunity to modernize industrial relations and organizational structures. The CGIL, on the other hand, takes a more cautious stance, considering the possibility of involving employees in company decisions through their representatives and advocating measures to mitigate potential abuses.

Nevertheless, there are some jointly undertaken initiatives, such as the document published in March 2017, “An Italian Way to Industry 4.0 Looking at the Most Virtuous European Models”. In this document, the three main Confederations agreed to highlight the lack of awareness regarding the new skills necessary to accompany and support Industry 4.0 processes, whose full implementation is “*an essential condition for enhancing the quality and competitiveness of production, economy and labour in our country*”.

<sup>80</sup> General Italian Confederation of Labour.

<sup>81</sup> MAIOLINI, Cinzia, DE LUCA, Alessio, *IA: lavorare con l’intelligenza artificiale*, Roma, Ediesse, 2021.

<sup>82</sup> Italian Confederation of Workers’ Unions.

<sup>83</sup> CAMPAGNA, Luigi, PERO, Luciano, PONZELLINI, Anna M., *Le leve dell’innovazione. Lean, partecipazione e smartworking nell’era 4.0*, Milano, Guerini Next, 2017.

<sup>84</sup> Italian Labour Union.

## 2. Workers' Participation vs. Collective Bargaining: still there?

The growing role of Artificial Intelligence in production processes has reawakened the historical debate on ethics, industrial democracy, and workers' participation. Given that the "industrial conflict" has historically found its "material basis"—its "real substrate or structure"—in the "prominent position" employers gain from decision-making power over production organisation<sup>85</sup>, it is also evident that the algorithmic management of working conditions and the centralisation of decision-making powers within ICT systems have enhanced the imbalance of powers between the contracting parties in the employment relationship. This shift has led to a more pronounced form of "technological subordination" of workers.

More precisely, the lack of knowledge about the data processing methods and the operational modalities of complex automated monitoring and decision-making systems impacting employment relationships produces information asymmetries between employers and employees. Since such asymmetries accentuate the imbalance of powers between the contracting parties in the employment relationship, providing information and consultation rights to the employees and their representatives may be considered adequate protection tools. Such an approach is consistent with the international and supranational legal framework, which indicates the inappropriateness of relying solely on individual protection in situations where a power imbalance may manifest (see the ILO Code of Practice on the Protection of Workers' Personal Data, sections 5.8, 5.11, and 12.2; the EU Regulation 2016/679 (GDPR), Recital 43). In this sense, in recent years, managerial practices—where workers and their representative organisations' involvement often meant mere adherence to corporate restructuring programs and technology bargaining was marginal in the trade unions agendas—are being abandoned in favour of both more transparent working conditions and more effective procedures for informing and consulting employees and their representatives.

Aware of these changes, in 2016, CGIL, CISL, and UIL signed a document to outline "*A Modern System of Industrial Relations*," where social dialogue and workers' participation through information and consultation rights are indicated as a guiding criterion for the "*permanent technological and digital revolution*." Social partners believe that supporting trade unions' involvement in relevant matters concerning digitalisation as an antidote to digital changes' side effects on workers would restore the Confederate unionism's "*natural vocation as a driving force for economic and social development*", allowing a response to the "*crisis of representation with a bold and discontinuous choice towards innovation, transparency and democracy*."

Since the Constitutional Charter (1948), the Italian industrial relations system has been centred on the conflict-collective bargaining binomial. Consequently, industrial democracy as a mode of governance of the employment relationship has historically held a secondary position. Article 46 of the Constitution, which recognises the workers'

---

<sup>85</sup> GIUGNI, Gino, *Il diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2014.

right to participate in the company management “in the manners and within the limits established by law”, has remained substantially unimplemented.

However, the recent changes described seem to have settled favourable conditions for a revival of the industrial democracy method, not in opposition but in coordination with the classic negotiating approach.

The link between digitalisation, technology and industrial democracy is also emphasised in the agreement ‘Contents and guidelines of industrial relations and collective bargaining’, also known as the ‘Factory Pact’, signed in 2018, 9th March by Confindustria, CGIL, CISL, UIL. The signatory parties “consider that a more effective and participatory system of industrial relations is necessary to qualify and implement the processes of transformation and digitalisation in manufacturing and innovative, technological, and industry-support services.” The Pact further addresses this issue in a specific section (6. g), where trade unions involvement in organisational settings are described as essential for fostering a “different relationship between enterprises and workers,” necessitated by economic, productive and technological changes, achievable through the interventions of company-level and national level collective bargaining. The task of collective bargaining is to “enhance, in the various sectoral contexts, the most suitable paths for organisational participation”. This Inter-sectoral Agreement signed just a few days before the Italian political elections, sent a clear message to the incoming government, underscoring the importance of industrial democracy and collective bargaining in the digital transition. Notably, the CGIL has highlighted the significance of this agreement by emphasising the enhanced industrial democracy achievable through its regulations. On the other hand, the CISL underscored the consensual foundation from which these regulations originate<sup>86</sup>.

Finally, the implementation of industrial democracy in the digitalised workplace is also witnessed by recent trends at a national level.

The issue of involving trade unions and workers’ representatives in several aspects of digitalisation, data management and the understanding of digital systems has been addressed in the proposal presented on January 29, 2024, by Slc-Cgil, Fistel-Cisl, and Uil-Com for the renewal of the National Collective Agreement for Telecommunications 2023-2025. The proposal states, “the pervasiveness of algorithmic systems requires that trade unions receive the maximum amount of information on the digital systems used and the processing of data deriving from these systems. ‘Negotiating the algorithm’ is not a self-fulfilling prophecy. There is a need for real, daily involvement of workers’ representatives in understanding AI-based systems.”

In the same vein, the draft national collective agreement for Metalworkers 2024-2027, which is under negotiation among Federmeccanica-Assistal, CGIL, CISL, and UIL, expresses the parties’ hope for “the establishment of adequate regulations to prevent distorted uses leading to abuses or violations of laws and/or collective agreements, to encourage participation in defining the processing of data (e.g., data protection, data retention, information rights, etc.) and to mitigate the negative impact of algorithms while sharing the

---

<sup>86</sup> GASPARRI, Stefano, TASSINARI, Arianna, *Relazioni industriali ‘intelligenti’ in divenire? Approfondimenti dall’analisi delle risposte sindacali alla digitalizzazione in Italia*, *Erudit*, Département des relations industrielles, Université Laval, 2020.

*benefits of artificial intelligence. Digital transformation must align with and respect workers' rights and collective bargaining”.*

### 3. Enforcing Trade Union Rights through Legislation

The Italian legal framework concerning collective rights to information and consultation mainly stems from the implementation of European law.

According to the Legislative Decree No. 25 of 2007 (art. 4, par. 3, lett. c), implementing Directive 2002/14/CE, information and consultation rights entail, firstly, communications to workers' representatives by the employer on matters of business interest, such as decisions likely to bring significant changes in work organisation, and secondly, the exchange of opinions on these matters between the parties.

Recently, Article 4 of Legislative Decree No. 104/2022, implementing Directive 2019/1152/EU on transparent and predictable working conditions in the European Union, and amending Article 1 of Legislative Decree No. 152/1997, has introduced information rights to the benefit of workers and trade unions. According to this provision, employers or public and private clients must inform workers about automated decision-making or monitoring systems relevant to hiring, task assignment, work performance, and contractual obligations. More precisely, the required information includes a) aspects of the employment relationship affected by automated decision-making or monitoring systems; b) purposes and goals of those systems; c) logic and functioning of those systems; d) categories of data and main parameters used to program or train those systems, including performance evaluation mechanisms; e) control measures on automated decisions, revision processes and the quality management system; f) the level of accuracy, robustness and cybersecurity of those systems, metrics used to measure these parameters and potential discriminatory impacts of these metrics.

For the first time in Italy, the law foresees information rights on automated decision-making or monitoring systems, granted to individual workers – who can also exercise them through works councils or territorial trade unions – but also directly to the workers' representatives<sup>87</sup>.

Such information rights grounds the workers' representatives' power of control on algorithmic management; thus, their violation can be sanctioned as “anti-union conduct” under Article 28 of the Workers' Statute<sup>88</sup>. Trade unions can file a lawsuit in response to harmful behaviours adopted by companies aimed at preventing and/or limiting the exercise of trade union rights. The judge will issue an order for the employer to provide the necessary information<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> According to paragraph 6, information rights shall be provided “to the works councils or to the territorial unit of the trade unions that are comparatively more representative at the national level.

<sup>88</sup> The so called Workers' Statute, Law No 300/1970, is the fundamental regulation in Italy which support trade union activities in the workplace providing for trade union rights.

<sup>89</sup> RECCHIA, Giuseppe Antonio, Condizioni di lavoro trasparenti, prevedibili e giustiziabili, *Labour and Law Issues*, vol. 9, n. 1, 2023.

This was the case with the ruling of the Tribunal of Palermo, decree of April 3, 2023, which clarified that if information can be requested “also” by trade unions, they hold an additional right besides those granted to each worker. This judgement aligns with the Italian court’s rulings on platform work<sup>90</sup>, which have contributed to improving working conditions and recognising platform workers’ rights due to litigation strategies pursued by trade unions and CGIL<sup>91</sup>.

Article 4 of the Legislative Decree No.104/2022 has then been modified by the Legislative Decree No. 48 of May 4, 2023 (the so-called ‘Labor Decree’), which amended Article 1-bis of the Legislative Decree No. 152/1997. Article 26 of the Labor Decree added the word ‘fully’ to identify the automated decision-making and monitoring systems which are the object of the rights to information; it also rewrote paragraph 8, excluding any obligations concerning those systems covered by secrets under industrial or trade law. Regarding the First Amendment, the norm shall be interpreted in the light of the Ministry of Labour Administrative Guidelines No. 19 of September 20, 2022, clarifying that providing information is mandatory not only regarding fully automated decision-making systems but also for those which imply human intervention, even if merely accessory. As for the Second Amendment, as clarified by case law<sup>92</sup>, industrial and trade secrets cannot be considered an obstacle to providing information about the operational procedures of algorithmic management systems since they can only cover the mathematical formulas used.

#### 4. Digital Trade Union Rights

As mentioned, the digital revolution extends beyond new union action methods and emerging industrial democracy needs, involving the way to practice trade union rights.

The absence of a traditional physical space where to perform their activity, named the “*exit of work from the traditional factory physical space*”, which affects many categories of workers nowadays, implies concerns regarding how to carry on the traditional trade union rights foreseen under Title III of the Workers’ Statute. It is a “polycentric” regulation that provides workers protection as part of the employment relationship and supports the role of trade unions at the company level in hindering the employer’s power.<sup>93</sup>

Technological workplaces and the transcendence of the “materiality” of places, envisaged by Law No. 300 of 1970 for the exercise of certain codified trade union rights, require rethinking the modalities to exercise those rights to ensure that the “new working spaces” become a vehicle for expanding collective rights, instead of contributing to their emptying.

An important tool for trade union activity is the notice board, which, under Article 25 of the Workers’ Statute, must be made available by the employer in locations

<sup>90</sup> See above Sec. 2, par. 2.

<sup>91</sup> For further readings on this topic, see at least SENATORI, Iacopo, SPINELLI, Carla, *Litigation (Collective) Strategies to Protect Gig Workers’ Rights: A Comparative Perspective*, Torino, Giappichelli, 2022.

<sup>92</sup> Trib. Palermo, 20th June 2023.

<sup>93</sup> See VENTURA, Luciano, Lo Statuto dei lavoratori: appunti per una ricerca, *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, 1970, p. 531.

accessible to all workers within the production unit, allowing workers' representatives to post publications, texts, and communications related to trade union and working conditions matters. Article 26 recognises the workers' rights to collect contributions and engage in proselytism for their unions within workplaces without undermining normal business operations. Article 26 protects various legal situations concerning proselytism, propaganda, and collecting taxes. Dissemination through the notice board, proselytism, and collection of contributions are closely linked together by a logical necessity, whereby collecting memberships and contributions for union enrolment could not occur without "promotional propaganda" of the benefits deriving from union participation. The objectives and aims pursued by Articles 25 and 26 have led the social partners to regulate the virtual bulletin board through collective bargaining.

More structured collective agreements focus on the right to assembly and the activation of tools that enable remote interaction among workers and their representatives. According to Article 20 of the Workers' Statute, meetings are held at the company premises and serve as a means of workers' direct participation in union and labour interest issues. Article 20 allows collective bargaining, also at the company level, to define "additional modalities" for this right exercise, which has thus also been regulated by collective bargaining in its online version. It is up to the company to ensure entitled workers' representatives have electronic notice boards and suitable IT 'places' for conducting remote union meetings<sup>94</sup>. Company trade unions rarely provide a web platform for exercising online assembly rights.<sup>95</sup>

Case law is also moving towards the 'digitalisation' of classic trade union rights, including the use of email for union communication. The first ruling in this area dates back to the mid-1990s when the Tribunal of Milan established that "*the FIOM-FIM-UILM representatives at company level have the right, under Article 25 of the Workers' Statute, to use an electronic notice board to communicate with the workers identical to the IT tool used by the company with the same aim*". Recently, the Supreme Court<sup>96</sup> stated that "*the evolution of remote communication methods and the greater effectiveness achieved through reaching the workers via their email box shall be considered a necessary update of the transmission methods of information and communication to ensure the real effectiveness of trade union activity*". Therefore, the Court has recognised that the distribution of union communications by email falls under the proselytism activity provided for and protected by Article 26 of the Workers' Statute. Thus, it is permitted whenever it does not undermine productive activity at the company level.

---

<sup>94</sup> See, for example, the following company agreements: TIM S.p.A. 04.08.2020; ABI 21.12.2020; Gromart S.r.l. 04.01.2021; Engie Italia S.p.A. 15.01.2021; WindTre, WindTre Italia, WindTre Retail 03.02.2021; SNAM S.p.A. 05.03.2021; Benetton Group CIA 09.09.2021; ENI S.p.A. 28.10.2021; Poste Italiane S.p.A. 01.03.2022; Comdata S.p.A. 17.03.2022; Leonardo 08.03.2022; ENEL 21.03.2022; Fastweb S.p.A. and Fastweb Air S.r.l. 18.05.2022. See also Intesa Sanpaolo S.p.A. Protocol on *Principles and Guidelines for New Agile Work in the Telecommunications Supply Chain* 30.07.2020; Guidelines for agile work in the insurance and insurance/assistance sector 24.02.2021; National Collective Agreement for Laundries and Dry Cleaners - Industry Artisanry 28.02.2022 in Osservatorio sulla digitalizzazione delle relazioni industriali, Report 2023.

<sup>95</sup> Assolavoro, *Memorandum of understanding* of 24.11.2020.

<sup>96</sup> S.C. Cass. n. 35643 of 22 December 2022 e n. 35644/2022.

ARTÍCULOS JURISPRUDENCIALES

# La odisea de las cláusulas de mantenimiento y mejora de derechos laborales salariales en los contratos del sector público

## The odyssey of the clauses for the maintenance and improvement of labour rights in public sector contracts

José Miguel Sánchez Ocaña

*Docente e investigador en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València*

Recibido: 17/12/2024

Aceptado: 24/2/2024

doi: 10.20318/labos.2025.9411

*Resumen:* Las cláusulas sociolaborales en los contratos del sector público se han enfrentado desde sus inicios a un juicio de constitucionalidad y legalidad intenso por parte de órganos administrativos de recursos y consultivos y de órganos jurisdiccionales autonómicos. Este examen, con resultados mayoritariamente escorados hacia la antijuridicidad de las cláusulas en liza, se agudiza especialmente respecto de las cláusulas que los órganos de contratación incorporan potestativa y discrecionalmente a los pliegos y el contrato y, sobre todo, en lo tocante a las orientadas a mantener o mejorar los derechos laborales de las personas adscritas a la contrata. En este artículo se contrastan las objeciones planteadas a las cláusulas laborales remuneratorias por los principales actores jurídicos en relación con los márgenes definidos por el ordenamiento.

*Palabras clave:* Contratación pública, cláusulas sociales, derechos laborales, mantenimiento y mejora de condiciones de trabajo.

*Abstract:* The social and labour clauses in public sector contracts have been subjected to rigorous constitutional and legal scrutiny by administrative appeals and advisory bodies, as well as by regional courts. This scrutiny, the results of which are predominantly biased towards the unlawfulness of the clauses in question, is particularly acute with regard to the clauses that the contracting bodies incorporate, at their discretion, into the specifications and the contract. Furthermore, it is particularly acute with regard to the provisions aimed at maintaining or improving the employment rights of the persons assigned to the contract. This article contrasts the objections raised to remuneration clauses by the main legal actors with the margins defined by the law.

*Keywords:* Public procurement, social clauses, labour rights, maintenance and improvement of working conditions.

## 1. La dimensión social de la contratación pública estratégica

La Contratación Pública Estratégica plantea redimensionar las potestades y responsabilidades de las Administraciones Públicas (AAPP) para una realización más eficaz, efectiva y eficiente de los recursos y fines públicos. Este constructo dispone de tres dimensiones si se atiende al tratamiento que otorga el Derecho de la UE (Directivas 2014/23, 24 y 25/UE) y el Derecho interno (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público –LCSP–, y textos legislativos autonómicos), a saber: las dimensiones social, medioambiental e innovadora. La ya archiconocida como Contratación Pública Socialmente Responsable (CPSR) representa la primera de esas facetas. Las cláusulas sociales, insertas en el pliego de condiciones administrativas (PCA)<sup>1</sup>, el pliego de prescripciones técnicas (PPT) y el contrato, son los dispositivos jurídicos básicos para su implementación y establecen condiciones o exigencias en materia social accesorias al objeto contractual, dirigidas a los licitadores o adjudicatarios, a través de las cuales se contribuye al cumplimiento de objetivos públicos sociales de interés general<sup>2</sup>.

La CPSR se articula desde dos vertientes complementarias: una reglada y preceptiva<sup>3</sup> y otra vertiente discrecional y potestativa. Las cláusulas que corresponden a la primera son las que obligatoriamente han de ser tomadas en consideración por los órganos de contratación (en adelante, OC) conforme a los términos tasados en la ley o el reglamento. Hay tres grandes ejemplos de esta clase de disposiciones tasadas. En primer lugar, respecto de la determinación del valor estimado (art. 101 LCSP) y precio del contrato (art. 102 LCSP), la ley señala el modo en que debe atenderse a los costes de índole laboral. En segundo lugar, por lo que a las prohibiciones de contratar (art. 71 LCSP) se refiere, el OC debe aplicar taxativamente la norma, excluyendo necesariamente a los operadores económicos que incurran en alguna de las causas previstas como, por ejemplo, infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en la LISOS<sup>4</sup>. En tercer lugar, una de las obligaciones del OC es la de “tomar las medidas

---

<sup>1</sup> Los pliegos hacen referencia al documento de carácter administrativo que contiene las condiciones, pactos o estipulaciones que incumben a las partes (entidad del sector público y contratista), tanto durante el proceso de contratación como durante la ejecución del contrato (arts. 121 y 122 LCSP).

<sup>2</sup> Este término ha sido conceptualizado por diversidad de autores como Lesmes Zabalegui (2005, p. 62) como: “Aspectos de política social, como requisito previo para participar en la licitación (criterio de admisión), como elemento de valoración (criterio de puntuación) o como obligación a realizar en el contrato (exigencia de ejecución)”. A este planteamiento le siguieron otros desde la doctrina administrativa y laboralista, tales como el aportado por Martínez Fons (2014, p. 6): “estipulaciones que obligan a los adjudicatarios de un contrato público a dar cumplimiento, junto con el objeto propio del contrato, a ciertos objetivos de política social que se estiman de interés general” o el de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2016, p. 3) que las define como “estipulaciones, de origen normativo o contractual, que imponen deberes específicos a cargo de los contratistas, mediante criterios, requisitos o condiciones que se imponen al contratista con el fin de promover objetivos sociales”.

<sup>3</sup> La subsunción en el término “cláusulas sociales” de las disposiciones preceptivas y tasadas en la ley puede apreciarse en las guías de Adquisiciones Sociales de la Comisión Europea o en multitud de guías institucionales adoptadas mediante acuerdos de las CCAA, así como en leyes autonómicas.

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. También las infracciones en virtud de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI o por contravenir la normativa de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad.

pertinentes para garantizar” que durante la ejecución del contrato las empresas cumplen la normativa aplicable; como la de naturaleza laboral (art. 201 LCSP).

Al regular cada fase del proceso contractual, la ley desarrolla una serie de disposiciones que los OC deben tomar en consideración e incorporar en los pliegos de forma perceptiva y tasada. Algunas de ellas, aunque no son calificadas como sociales por la norma, abordan materias relacionadas con el Derecho social o la economía social. Por su parte, existen consideraciones en materia social que pueden incorporarse de forma potestativa y discrecional como prescripciones técnicas, criterios de adjudicación<sup>5</sup> o condiciones de ejecución<sup>6</sup>. El artículo 145 LCSP, relativo a los criterios de valoración de ofertas, es el más representativo en este sentido, pues tras afirmar que pueden incorporar consideraciones sociales, advierte de que podrán referirse, entre otras, a finalidades como:

“el fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; planes de igualdad de género [...] y, en general, igualdad entre mujeres y hombres; fomento de la contratación femenina; conciliación de la vida laboral, personal y familiar; mejora de las condiciones laborales y salariales; estabilidad en el empleo; [...] formación y protección de la salud y la seguridad en el trabajo; [...] o [...] comercio equitativo [...]”.

Sin perjuicio de las potencialidades anudadas a la dimensión reglada y preceptiva de la CPSR, la mayor complejidad de las cláusulas sociolaborales se manifiesta en su vertiente potestativa y discrecional cuando incentivan o exigen “un nivel de compromiso con la protección de los intereses sociales más allá de los mínimos [...] exigibles” (Bernal Blay 2008, p. 3). De hecho, la potencialidad jurídica de las cláusulas discrecionales es la de “ir más allá de la aplicación de la normativa legal [...] estableciendo condiciones o reglas más favorables” (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, 2016, p. 3). Además, cabe precisar que las cláusulas sociales no han de ser, necesariamente, sustantivas, pues pueden versar sobre requisitos formales dirigidos, por ejemplo, a dotar de mayor efectividad a las fuentes del Derecho y de obligaciones preexistentes.

A efectos clasificatorios, y a partir de un ejercicio inductivo y deductivo, las materias sobre las que tratan las cláusulas adjetivadas como “sociales” pueden aglutinarse en cuatro categorías amparadas en la concepción positiva de la CPSR:

1. Contratación e inserción sociolaboral de colectivos con vulnerabilidades.
2. Mantenimiento y mejora de derechos laborales.
3. Respeto de los derechos humanos en la cadena de valor.
4. Fomento de la economía social.

<sup>5</sup> Consiste en valorar las ofertas presentadas por los distintos licitadores de tal modo que la que reciba una mayor puntuación conforme a los criterios de valoración resultará adjudicataria del contrato. En caso de que exista un empate entre distintos empresarios como resultado de la valoración realizada se aplican los criterios de desempate.

<sup>6</sup> Una vez adjudicado el contrato, este se ejecutará conforme a las condiciones que estipula el contrato como obligatorias: las condiciones de ejecución.

La propuesta taxonómica está basada en las materias sustantivas preponderantes en la normativa europea –también en el *soft law* de la Comisión<sup>7</sup>–, y, sobre todo, en la legislación española<sup>8</sup>. Como puede apreciarse, las categorías remiten, en mayor medida, al mundo del trabajo, razón por la cual puede afirmarse que las cláusulas sociales son, en realidad, sociolaborales.

## 2. Los puntos críticos de las cláusulas de índole laboral

### 2.1. Las cláusulas preceptivas y regladas

En el ámbito específico de las cláusulas sociolaborales regladas y preceptivas cabe detenerse en dos de los extremos salariales más discutidos desde la doctrina. Por un lado, el rol atribuido al convenio colectivo de sector en orden a identificar los costes salariales para calcular ciertos elementos económicos del contrato y, por otro lado, la determinación del convenio aplicable a efectos salariales durante la ejecución de la contrata.

En cuanto a la primera cuestión, hay tres preceptos y tres conceptos clave: art. 100 (Presupuesto Base de Licitación –PBL–), art. 101 (valor estimado) y art. 102 (precio). El art. 100.2 LCSP advierte de que en los contratos en que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, los costes en cuestión deben ser estimados conforme al “convenio laboral de referencia”. Asimismo, el artículo 101 LCSP, sobre el valor estimado en los “contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra”, obliga a realizar el cálculo teniendo “especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación”. Respecto de la determinación del precio se señala la obligación del OC de tomar en consideración los convenios sectoriales nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios “en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales” (art. 102.3.II LCSP).

En síntesis, el estándar convencional de sector entraría en juego en el valor estimado y el precio sólo si concurren servicios intensivos en mano de obra<sup>9</sup>. También para determinar el PBL siempre que se dé un tercer requisito: que el coste del personal forme parte del precio total, “bien como un factor del precio (p.ej. número de trabajadores por categoría y por unidad de tiempo), bien por un precio unitario por trabajador por unidad de tiempo de trabajo adicional”; algo que se da en las prestaciones directas a favor de la entidad pú-

<sup>7</sup> Especialmente relevantes son las guías de la Comisión Europea de Adquisiciones Sociales (de 2011 y 2021) y la Guía *Making socially responsible public procurement work, 71 good practice cases*.

<sup>8</sup> Otra propuesta similar, aunque añadiendo las condiciones laborales, es acogida por Burzaco (2010, 2016), quien distingue entre: empleo y condiciones laborales, políticas de igualdad de género, apoyo a colectivos en riesgo de exclusión social, y, finalmente, comercio justo. En el ámbito comparado, la *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique* del Gobierno francés divide las materias en integración de personas alejadas del empleo, promoción de la igualdad de género y comercio justo.

<sup>9</sup> Se entiende de este modo por el TACRC (por todas, la resolución 633/2019, de 13 de junio) que solo se aplica a contratos de servicios en los que la mano de obra sea preponderante desde la perspectiva del coste y, a su vez, que los trabajadores desempeñen su labor de forma exclusiva en el servicio contratado (Canales Gil et al. 2022).

blica, como en los servicios auxiliares de seguridad o limpieza<sup>10</sup>. La principal consecuencia de este esquema es que una oferta podrá presumirse como anormalmente baja cuando se sitúe por debajo de esos parámetros económicos. Sin embargo, la presunción decaería si se demuestra en el proceso que la oferta ha tomado en cuenta lo dispuesto en un convenio colectivo estatutario de empresa o si existe un acuerdo de inaplicación del sectorial<sup>11</sup>.

Entrando en el segundo de los extremos a los que se hacía referencia en el primer párrafo, una parte de la confusión en materia de convenio aplicable surge al aproximarnos a otros preceptos de la LCSP que señalan las condiciones salariales que deben aplicarse durante la ejecución de la contrata. Así, la LCSP prevé que los PCA mencionen como condición mínima el cumplimiento por parte de la adjudicataria de “las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación” (art. 35, n LCSP): formulación generalista que no se refiere al de sector. La posible confusión se deja ver, especialmente, en el art. 122.2, relativo a los PCA, al citar que deben contemplar la aplicación de “las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación” y, por tanto, ciñéndose la dicción literal únicamente al convenio de sector<sup>12</sup>. Algo parecido a lo que sucede con el art. 149.4 (ofertas anormalmente bajas), que se refiere a tener en cuenta el “incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201”. No obstante, el art. 201, concerniente a las condiciones de ejecución, tan solo hace referencia a que el contratista se atenga a los “convenios colectivos”. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) afirma que la interpretación sistemática de las normas legales conduce a rechazar que los arts. 122.2 y 149.4 LCSP estén dando prioridad aplicativa al convenio de sector<sup>13</sup>.

La decisiva resolución del TACRC 1464/2019, de 19 de diciembre, a la que han seguido otras en el mismo sentido en la misma sede y en órganos autonómicos<sup>14</sup>, entienden que a efectos de las obligaciones mínimas salariales que debe cumplir el contratista, y también a la hora de determinar si incurre en oferta anormalmente baja, hay que estar al convenio en vigor para el contratista que, por otra parte, puede ser el de empresa (Ballina Díaz y Gil Van Beberen 2021)<sup>15</sup>. Además, la mención del convenio sectorial vigente en el art. 149 (oferta anormalmente baja) puede aludir a la regla aplicable en caso de concurrencia de convenios plasmada en el art. 84 ET y no a la supremacía de aquel, lo que complica más aún la solución (Rodríguez Escanciano 2017; Vallecillo Gámez 2017).

<sup>10</sup> RRTACRC 861/2018, de 1 de octubre; 506/2019, de 9 de mayo; 659/2019, de 1 de agosto; 633/2019, de 13 de junio; y, 739/2019, de 4 de julio, entre otras. En un sentido similar, la RTACP-Catalunya 239/2022, de 13 de diciembre.

<sup>11</sup> En los casos que se susciten tras la reforma laboral aprobada el 28 de diciembre de 2021 no cabe la prioridad aplicativa del convenio de empresa, por lo que estos debates quedan, al menos parcialmente, más desdibujados.

<sup>12</sup> Se ha rechazado por la STC 68/2021, de 18 de marzo de 2021, el carácter de legislación básica de este precepto que, por otra parte, es el más claro de entre los que mencionan la aplicación del convenio de sector en el contexto de las condiciones ejecutiva.

<sup>13</sup> RTACRC 961/2022, de 28 de julio.

<sup>14</sup> Por todas, RTACRC 961/2022, de 28 de julio, Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública-Andalucía 207/2021, de 8 de julio y RTACP-Madrid 474/2021, de 14 de octubre.

<sup>15</sup> Los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado –JCCPE– 29/2019 y 35/2019, sin embargo, entienden que es posible recurrir a otras normas cuando los convenios colectivos no basten para adecuar los conceptos económicos del contrato a los precios del mercado.

Una parte importante de la doctrina considera que este planteamiento se asienta sobre una reinterpretación contraria a la finalidad de la norma manifestada, además, en la voluntad expresa del legislador que opta por la aplicación del convenio de sector respecto de los trabajadores adscritos a la contrata (de Heredia Ruiz 2019; García Luengo 2022; Preciado Domènech 2018; Rodríguez Escanciano 2017; Rojo 2017; Goerlich Peset y Nores Torres, 2010). Este razonamiento ha llevado a interpretar que la eventual “prioridad aplicativa del convenio de empresa” y la “inaplicación del convenio de sector” no pueden ejercerse por los contratistas (Todolí Signes 2018).

Por el contrario, otro sector de la doctrina considera que es totalmente válido jurídicamente compaginar las disposiciones de la LCSP con las del ET (Martínez Saldaña y Codina García-Andrade 2018; Vallecillo Gámez 2017). Nada impediría que la mención del art. 122 LCSP, sobre el contenido de los PCA, se realice en orden a señalar la necesidad de que se *recuerden* en el pliego, en términos generales, las obligaciones que potencialmente pueden incumbir a las empresas, como son las derivadas del convenio de sector en materia salarial cuando resulte aplicable conforme a las normas del Derecho del trabajo. Así, por ejemplo, se ha determinado legalmente para las obligaciones de subrogación aplicables según los convenios sectoriales y, efectivamente, es perfectamente plausible realizar una interpretación en tal sentido<sup>16</sup>.

En definitiva, pueden asentarse tres conclusiones. En primer lugar, la referencia al convenio de sector de algunos preceptos se ciñe a las obligaciones salariales y, por tanto, queda extramuros cualquier otra materia del convenio de sector, incluida la referida a los emolumentos extrasalariales. En segundo lugar, si bien una posible interpretación puede apuntar en la dirección de aplicar, como mínimo, las condiciones salariales del convenio de sector a las personas adscritas a la contrata, la técnica legislativa es manifiestamente mejorable y puede dar lugar a interpretaciones diversas como la manifestada por el TACRC y un sector de la doctrina académica; posiciones que en este caso comparto. Es más, los preceptos relativos a los elementos económicos del contrato mencionan en reiteradas ocasiones la toma en consideración de los costes laborales sectoriales únicamente en servicios intensivos en mano de obra; por lo que en virtud de una interpretación sistemática pierde fuerza en este punto la aplicación del convenio sectorial como condición ordinaria de ejecución en cualquier contrato. Más dudas suscita, a mi parecer, la doctrina del TACRC según la cual el OC podrá tomar en consideración el convenio de empresa del operador en cuestión a efectos de entender si se da efectivamente una oferta anormalmente baja cuando se trata de actividades como las señaladas en los arts. 100, 101 y 102 LCSP<sup>17</sup>. En tercer lugar, con la reforma operada en el año 2021 sobre el art. 84.2 ET (conurrencia de convenios) se suprime la prioridad aplicativa del convenio de

---

<sup>16</sup> La LCSP descartó la posibilidad de que el pliego, por sí solo, pudiera ordenar la subrogación, y, en virtud de lo señalado en su art. 130, dejó en manos del art. 41 ET y del convenio sectorial aplicable dicho efecto ante el cambio de contratista (Sánchez Ocaña 2020).

<sup>17</sup> Cabe advertir de que, *a priori*, a las adjudicatarias les puede ser de aplicación un convenio de sector distinto al correspondiente, según el criterio del OC, al objeto del contrato.

empresa en materia de cuantía salarial<sup>18</sup>. Por ello, ha decaído una parte de la virtualidad práctica de las interpretaciones que ha realizado el TACRC cuando el convenio en vigor para la empresa ya es el convenio de sector; aunque continúa la posibilidad de que se aplique el convenio de empresa por su vigencia precedente al de sector.

## 2.2. Las cláusulas potestativas y discrecionales

Dejando al margen los debates en torno a las disposiciones que los OC han de incorporar o tomar en consideración de forma preceptiva y tasada, la singularidad facultativa y discrecional de los criterios de valoración de ofertas y de las condiciones especiales de ejecución han permitido que los márgenes de lo “decidible”, a pesar del notorio respaldo de la legislación, sean, al mismo tiempo, los márgenes de lo discutible por las instancias de recursos. Se mantienen en vilo múltiples debates en torno a la validez jurídica de las cláusulas que incluyen consideraciones sociolaborales; en mayor medida sobre las que influyen en el haz de derechos y obligaciones laborales. En un sentido general y apriorístico, los requisitos que debe reunir toda cláusula contenida en los pliegos para ser válida obedecen a principios básicos, tales como los de vinculación al objeto del contrato<sup>19</sup>; justificación; publicidad; igualdad y no discriminación; y, proporcionalidad, objetividad, especificación y cuantificación. Complementariamente, cada una de las fases del proceso de contratación cumple una función a la que deben responder las disposiciones ordenadas por el OC (Gordo Cano 2023).

Descontando tales requisitos derivados del Derecho de contratos del sector público, a los que se volverá más adelante al profundizar en las resoluciones administrativas y judiciales, es el Derecho del trabajo una de las ramas que actúan como piedra de toque para determinar la validez y la eficacia de las disposiciones relativas a derechos laborales. En relación con tales derechos, existen dos aspectos jurídico-laborales que han adquirido una importancia determinante. El primero incumbe a la naturaleza jurídica de las cláusulas laborales previstas en el PCA. El segundo, dependiente estrechamente del primero, pertenece al efecto que tiene la mejora de los derechos laborales derivada de cláusulas sociolaborales tras la finalización de la contrata.

Por lo que respecta al primero, la naturaleza mixta (en algunos aspectos administrativa y en otros contractual) de los pliegos y del contrato conduce a la creación de vínculos jurídicos entre los contratistas y las entidades del sector público (García Luen-go 2022). Por ello, las cláusulas relacionadas con el mantenimiento o la mejora de los derechos laborales no conllevan *ipso iure* una novación sobrevinida de las fuentes del Derecho ni de las fuentes de obligaciones laborales. La influencia de las cláusulas sociolaborales en el haz de derechos y obligaciones que constituyen el vínculo jurídico-laboral

<sup>18</sup> Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre.

<sup>19</sup> Debe tenerse en cuenta que, tras la aprobación de las Directivas de 2014 y la trasposición de la LCSP (en particular, atendiendo a los arts. 67.3 de la Directiva y 145 LCSP), tal requisito sólo exige que los aspectos sociales estén relacionados con cualquiera de los factores intervinientes en la ejecución contractual, por lo que no necesariamente la finalidad de aquellos debe integrar el objeto de forma inmediata e intrínseca.

entre trabajadores y empleador se realiza de forma mediata a través de las obligaciones que asume el empresario con la entidad. Esto no obsta para que un sector doctrinal haya entendido que las normas generales del derecho privado, como lo es el art. 1257.II CC, permiten una exigencia directa por parte de los trabajadores del cumplimiento de las cláusulas sociales (Goerlich Peset y Nores Torres 2019). Ahora bien, la doctrina del TS ha considerado que, a menos que haya consolidado normativa o contractualmente el contenido de las cláusulas sociolaborales, las personas que participan en la ejecución de la contrata por cuenta de la contratista no pueden exigir ante la jurisdicción social el cumplimiento de los compromisos adquiridos por su empleador, sino que la vía judicial adecuada es la contencioso-administrativa con las correspondientes legitimaciones activas (STS de 5 de marzo de 2024 –R.º 168/2021, Sala de lo Social–)<sup>20</sup>.

El segundo de los extremos se refiere a la carencia de efecto solidificador de derechos emergidos a causa de cláusulas sociales. Y, efectivamente, el Alto Tribunal rechazó que las mejoras de las condiciones laborales de tracto sucesivo den lugar a la creación de condiciones más beneficiosas de origen contractual (STS de 9 de abril de 2019 –R.º 2661/2016, Sala de lo social–). La mejora no surge de una voluntad unilateral, consciente y clara por parte del empleador, sino que viene dada por una condición externa –el PCA–, por lo que decaerán, si así lo considera el empresario, una vez finalizada la contrata.

Hechas estas dos precisiones preliminares, se revela paradigmática la posición de ciertos órganos de recursos y consultivos acerca de las controversias jurídico-políticas de las cláusulas laborales. El mayor exponente de estas posiciones es el TACRC que, aunque reforzado por algunos órganos autonómicos, como el de la Comunidad de Madrid o el de Canarias, ha sido el que mayor número de resoluciones ha emitido oponiéndose a la validez de la mayoría de las cláusulas sociolaborales que ha analizado. A su vez, es de las principales referencias de otros tribunales administrativos, tribunales jurisdiccionales, OC y autores de doctrina académica. Dos resoluciones del TACRC son preeminentes y condensan la doctrina administrativa más aplicada y omnicomprensiva: las 355/2017, de 21 de abril y 325/2019, de 8 de marzo. Junto a este tribunal, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE), aunque apoyada fundamentalmente en la doctrina del TACRC, ha emitido el Informe 38/22, titulado *validez de cláusulas sociales*, con especial incidencia sobre las cláusulas laborales. Pues bien, la brecha doctrinal es mínima entre la RTACRC 355/2017, dictada sobre un supuesto anterior a la aprobación de la LCSP, y la “canónica” RTACRC 325/2019 sobre un caso al que se le aplicaba dicha ley; y apenas se aprecia movimiento doctrinal en el mentado informe de la JCCPE.

### 3. Mejora de las condiciones remuneratorias

Puede decirse que los dos ejes principales del contrato de trabajo lo constituyen el salario y el tiempo de trabajo y, efectivamente, se trata de las dos materias que se han encontra-

<sup>20</sup> Para un análisis y una valoración crítica de la resolución del Alto Tribunal, véase Todolí Signes (2024).

do con mayor grado de litigiosidad cuando se pretende la superación de los estándares mínimos legales y convencionales.

Algunos ejemplos de este tipo de cláusulas serían aquellas que promueven o exigen la aplicación del convenio de sector cuando no se aplique a la empresa, la realización de revisiones o actualizaciones salariales en convenio colectivo o el abono de una cuantía de salario mínimo marcada en el PCA para personas que participan en el contrato, entre otras. Ante estas cláusulas el TACRC ha anulado pliegos por comprender que son consideraciones no vinculadas al objeto del contrato, una injerencia ilegal en la relación de trabajo, no contribuyen a mejorar el rendimiento del contrato (o la calidad de la prestación) e, incluso, contravienen el principio de igualdad y la libertad de establecimiento.

### *3.1. Cláusulas de mejora salarial*

El abordaje de estas materias ha sido diferenciado, pero se aprecia cierto bloque monolítico en la dupla del TACRC y la JCCPE, refractarios a este tipo de criterios. El emplazamiento doctrinal de estos órganos encuentra un trasunto en órganos homónimos autonómicos como el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Canarias o la JCCP-Aragón. Su posición, sin embargo, contrasta con la posición doctrinal más indulgente de tribunales administrativos como los de Madrid, Aragón, Catalunya o Castilla y León. De cualquier forma, es importante exponer la doctrina arrojada en dichas sedes administrativas según se trate de resoluciones dictadas en supuestos regidos por el RD-Leg. 3/2011 o por la Ley 9/2017.

Por lo que hace a la cuestión remuneratoria, puede hablarse tanto de exigir (condición de ejecución) como de incentivar (criterios de adjudicación) el mantenimiento o la mejora de condiciones salariales. Esto puede realizarse señalando una proporción o cantidad de mejora o bien remitiéndose a índices o convenios. Pues bien, para dar sustento y aprobación a cláusulas que se remitían a los salarios del convenio de sector el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACP-Madrid)<sup>21</sup>, en sus resoluciones 16<sup>22</sup>, 84, 85, 86 y 206/2016, argumenta (FJ 5º en todas), en primer lugar, que:

“Se aprecia una tendencia legislativa y jurisprudencial favorable a la inclusión de criterios sociales en la contratación [...] que necesariamente requiere incorporar en los procedimientos contractuales objetivos específicos de política social, como fomentar la estabilidad y calidad en el empleo, promoción de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, responsabilidad social de las empresas, las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, [...], etc. Esta tendencia se plasma de forma expresa en las nuevas Directivas [...]”.

<sup>21</sup> La mayoría de las resoluciones que se estudian en este foro se derivan de recursos especiales presentados por la Asociación de Compañías de Seguridad Privada contra los PCA aprobados desde distintas AAPP para el servicio de vigilancia de instalaciones públicas.

<sup>22</sup> La RTACP-Madrid (TACP-Madrid) 16/2016 entendía que contribuía a la mejor prestación del servicio un criterio de adjudicación que valoraba la aplicación del convenio colectivo de sector estatal en lo concerniente a las condiciones salariales. No obstante, este criterio es rechazado por la STSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016), que resuelve el recurso especial contra la resolución del TACP-Madrid, en coherencia con el criterio de la RTACRC 1059/2016, de 16 de diciembre.

Posteriormente, respecto de la cuestión principal entiende que:

“[...] no se están regulando las condiciones laborales de los trabajadores de la futura adjudicataria, ni estableciendo una obligación de carácter general para los licitadores, sino que lo que hace el Pliego es primar con determinada puntuación, el pago de los salarios establecidos en el convenio estatal, correspondiendo la opción al licitador”.

En definitiva, promover una mejora salarial no implica atribuirse competencias normativas en materia laboral ni agraviar el derecho a la negociación colectiva<sup>23</sup>. Con todo, aunque otros órganos como el TACRC asumieron este cuerpo doctrinal administrativo, lo cierto es que el TARC-M admite que se trata de una cuestión no exenta de dificultad respecto de la cual no se da una posición doctrinal unánime. Pues bien, a pesar de que la respuesta no ha venido por parte del TS, sentencias de tribunales judiciales autonómicos como las SSTSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016), y de 23 febrero de 2018 (R.º 337/2017), anulaban respectivamente las RRTACP-Madrid 16/2016 y 17/2017. En estas resoluciones se entiende que los criterios estudiados, además de no ofrecer una directa relación con el objeto del contrato<sup>24</sup> suponen una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial<sup>25</sup>.

No obstante lo anterior, la LCSP da un vuelco a esta posición, no solo por la redacción del art. 145 que abiertamente hace referencia a la mejora de las condiciones laborales y salariales como posible finalidad de los criterios de valoración, sino por la regulación que se realiza acerca de la toma en consideración de la regulación convencional de las condiciones laborales para determinar el precio del contrato. Asimismo, aunque la vinculación con el objeto se mantiene como un condicionante cognoscitivo de primer orden para el TACRC y la JCCPE, la lúcida literalidad del art. 67.3 de la Directiva y 145 LCSP, resuelven que dicha vinculación se da con el mero hecho de que las cláusulas afecten a cualquier elemento interviniente en la prestación (elemento funcional) durante la ejecución del contrato (elemento temporal).

En la ya referenciada RTACP-Madrid 17/2017, el Tribunal también se pronunció favorablemente sobre un criterio de valoración consistente en prestar el compromiso de mejorar el sistema de remuneración abonando todos los conceptos retributivos en los 3 primeros días hábiles de cada mes y el compromiso del adjudicatario de incrementar el

<sup>23</sup> La RTACP-Madrid 16/2016, de 3 de febrero, en la que se admite una cláusula en virtud de la cual el Ayto. de Madrid establecía la valoración del compromiso consistente en aplicar el Convenio Colectivo estatal del sector de la vigilancia de seguridad, tratando de evitar así la aplicación de condiciones salariales inferiores derivadas del convenio de empresa. En el mismo sentido la posterior RTACP-Madrid 17/2017, de 18 de enero.

<sup>24</sup> Respecto de la vinculación con el objeto del contrato, se trata de examinar si el criterio de valoración se ajusta al ámbito funcional y temporal de la prestación y no a la política general de la empresa, puesto que sería contradictorio afirmar que en todo caso los criterios sociolaborales están desvinculados del objeto cuando se reconocen abiertamente en la normativa y porque existe una concepción amplia de los conceptos de objeto del contrato y vinculación con el objeto contractual.

<sup>25</sup> Otra cláusula controvertida en relación con las condiciones de empleo es la estudiada por la STSJ Baleares, de 9 de junio de 2015 (R.º 75/2015) en virtud de la cual se extiende sobre los trabajadores por cuenta del contratista los beneficios sociales previstos para los empleados públicos del ayuntamiento en cuestión. Aunque el Tribunal admitió la condición, la resolución se dicta en un proceso laboral entre la empresa adjudicataria y una trabajadora (Pozo Bouzas 2018).

salario base estipulado en el convenio colectivo de sector estatal. Entiende el Tribunal que dichas cláusulas ni limitan la libre competencia ni son desproporcionados, sino que, en los contratos donde prima el factor trabajo o mano de obra, garantizar unas adecuadas condiciones laborales redundan en mayor calidad del servicio.

Ambas cláusulas, sin embargo, también fueron consideradas no ajustadas a Derecho por la citada STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018, remitiéndose a los argumentos ya otorgados en la sentencia de 7 de junio de 2017. Sus fundamentos jurídicos señalan que los pliegos vulneran el sistema de fuentes de la relación laboral, pues contempla el contrato público como fuente de derechos y obligaciones de las relaciones laborales, vulnerando el derecho a la negociación colectiva. Además, consideran que puede ocasionar una discriminación injustificable entre los trabajadores de la misma empresa, pues los que vayan a prestar el servicio en la contrata podrían tener un salario superior al resto. La misma dinámica se pudo apreciar en la RTARC-M 319/2017, de 2 de noviembre, y su contrapartida anulatoria de la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2019 (R.º 1/2018).

La mejora salarial respecto de lo establecido en el convenio colectivo aplicable (y, por supuesto, de la ley) ha sido también abordada por los tribunales administrativos de la Junta de Andalucía, en la resolución 257/2019 (contrato de servicio de ayuda a domicilio), y el de Castilla y León, en la resolución 94/2019 (contrato de servicio de limpieza). En la primera ocasión se rechaza la validez de un criterio de adjudicación de ese tipo por considerar que no contribuye a mejorar la calidad de la prestación, ni en sí misma ni por mejorar el desempeño laboral de las personas que intervienen en la ejecución. En la segunda, sin embargo, se condiciona la validez de un sistema de incentivos económicos en favor de los trabajadores a la constancia en el expediente de una justificación adecuada y suficiente de los motivos que llevan a su inclusión y de los criterios para su cuantificación. En el concreto supuesto se invalida la cláusula en liza, pero deja la puerta abierta a su justificación y proporcionalidad.

La RTACRC 355/2017, de 21 de abril, aborda una cláusula con tal finalidad respecto de los servicios de vigilancia de seguridad de instalaciones museísticas:

“Se valorará hasta un máximo de 20 puntos las ofertas de las empresas licitadoras que impliquen un avance en las condiciones laborales y salariales respecto a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad en vigor, y que dichos avances se apliquen a todo el personal adscrito a la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato.

Estos avances laborales y salariales podrán incluir además de aspectos retributivos otros referidos a la jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar, avances en la prevención de riesgos laborales, avances complementarios, las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones etc.”<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Concretaba la cláusula los criterios del siguiente modo:

“a) Avances de naturaleza salarial: hasta un máximo de 10 puntos; b) Avances en jornada laboral, períodos de descanso, permisos, conciliación de la vida laboral y familiar: hasta un máximo de 6 puntos. Avances complementarios a las prestaciones de la Seguridad Social, tales como seguros de vida, invalidez, planes colectivos de pensiones, etc., hasta un máximo de 3 puntos; c) Avances en la prevención de riesgos laborales: hasta un máximo de 1 punto”.

El Tribunal rechaza la validez de la cláusula argumentando que el pliego puede regular las relaciones entre licitador y adjudicatario con el OC, pero no así las relaciones laborales entre dichas empresas y sus trabajadores por cuenta ajena<sup>27</sup>.

Se decía al comienzo de este punto que ciertas resoluciones del TACRC eran paradigmáticas a la hora de abordar la validez jurídica de las cláusulas sociolaborales. Se han revelado especialmente importantes las resoluciones que abordan recursos sobre PCA aprobados tras la entrada en vigor de la LCSP, como las resoluciones de TACRC 234/2019 de 8 de marzo; 235/2019, de 8 de marzo; 344/2019, de 29 de marzo; 388/2019, de 17 de abril; 897/2019, de 31 de julio; 907/2020, de 26 de agosto; 858/2020, de 31 de julio; 471/2020, de 26 de marzo; 1672/2023, de 28 de diciembre, entre otras; todas ellas en relación con cláusulas sociales, en general, y con laborales de mejora de condiciones salariales y de tiempo de trabajo, en particular.

Una parte de la doctrina considera que la LCSP, confirmando la línea interpretativa del TACP-Madrid (adoptada en las resoluciones de 5 de mayo de 2016 que se estudia a continuación), acepta la toma en consideración de la mejora de las condiciones laborales como criterio de adjudicación; validando aquellas cláusulas que valoran los compromisos de mantenimiento de condiciones salariales mínimas (Gallego Córcoles 2017a; Gallego Córcoles 2017b).

La importancia de la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo, radica, no solo en que fue de las primeras resoluciones en las que el TACRC trataba la incorporación de cláusulas laborales aplicando la Ley 9/2017. Además, junto a sus coetáneas, condensa todos los motivos por los que, en opinión del órgano, debe rechazarse la validez de las cláusulas laborales. Por estas razones se trata de resoluciones ampliamente estudiadas por la doctrina académica y referenciadas en documentos posteriores de múltiples tribunales administrativos y jurisdiccionales.

En la RTACRC 235/2019, de 8 de marzo, se abordan dos criterios de adjudicación en un PCA de un servicio de limpieza de instalaciones: uno sobre la mejor de condiciones salariales (hasta 5 puntos) y otro sobre medidas concretas de conciliación<sup>28</sup> (hasta 5 puntos). Junto a los requisitos generales que rigen las cláusulas contenidas en los pliegos y el contrato, y en relación con la naturaleza de los criterios de valoración de ofertas, se añade como condicionante que “no pueden generalizarse, de modo que debe poder evaluar en qué medida un criterio de adjudicación mejora el rendimiento del contrato en términos comparativos”. Llama la atención este último añadido, ya que no tiene por qué tratarse de un requisito más, sino un resultado lógico del cumplimiento de los requisitos previos y de la definición propia de la fase de adjudicación<sup>29</sup>. Sea como fuere, el TACRC anula los criterios de adjudicación por diversos motivos:

<sup>27</sup> Se remite para ello a la resolución 891/2014, de 5 de diciembre donde se señala que los pliegos solo están llamados a regular la relación entre las partes del contrato público.

<sup>28</sup> Las medidas de conciliación serían: la ampliación de la edad del menor para solicitar la reducción de jornada, expresado en días; la ampliación del permiso retribuido por maternidad expresado en días; la ampliación del permiso retribuido por paternidad expresado en días; la ampliación del período de excedencia por cuidado de hijos expresado en días; oferta de cheque servicio que facilite la atención de menores, indicado en importe por años y trabajador.

<sup>29</sup> Ciertamente su redacción representa la síntesis de la dicción literal de los considerandos 92 y 104 de la Directiva

1. La “imposición” (sic) de una retribución superior a la que señala la ley o el convenio de eficacia general es injusta, pues entiende que lo socialmente sostenible y justo es el nivel mínimo de condiciones laborales que resulten de aplicación.
2. La contrariedad del principio de oferta económicamente más ventajosa y la selección de la oferta con mejor relación calidad-precio.
3. Vulneración de la vinculación con el objeto del contrato entendida de forma directa.
4. Las condiciones laborales están delimitadas o limitadas por las condiciones básicas que, según la directiva 96/71/CE, deben aplicarse a los trabajadores desplazados.
5. Discriminan a las empresas que no pueden pagar mejores condiciones laborales y que cumplen con la normativa laboral.
6. Son una injerencia injustificada en la libertad de empresa.

Por todas estas razones el TACRC niega la validez de las cláusulas sociales sobre salario y conciliación de la vida familiar y laboral, pero el fallo dispone de un voto particular por lo que se refiere a esta última materia. El voto discordante considera que “aunque [...] sea muy indirecta e hipotética su vinculación con el objeto de contrato, pues tampoco se garantiza que vaya a repercutir en una mejora de la prestación, lo cierto es que su establecimiento, visto el pliego y su ponderación, no parece vulnerar ninguno de los principios contractuales de la normativa [...], siempre que guarde la debida proporcionalidad y no produzca discriminaciones [...] respecto de los restantes licitadores”<sup>30</sup>. La existencia de votos particulares como este, no obstante, no ha producido una modificación doctrinal posterior, como puede apreciarse al analizar resoluciones como la RTACRC 1672/2023, de 28 de diciembre (Fernández Domínguez 2024).

La opinión conclusiva de Palacín Sáenz (2020), tras analizar, entre otras, la RTA-CRC 235/2019, es que el rechazo a las cláusulas sociales y su vinculación con el objeto contractual se produce “bajo un contexto poco favorable a huir de una interpretación estricta del principio economicista de la libre competencia”. Las múltiples interpretaciones contrarias al contenido de la ley deben interpretarse en su conjunto para poder vislumbrar que responden a la hierática y sobredimensionada libertad de empresa, la falta de conocimiento sobre las instituciones jurídico-laborales y a razones políticas y costumbristas de no alterar las instituciones administrativas.

No puede dejar de señalarse que este posicionamiento del TACRC es respaldado y compartido por la JCCP del Estado en sus paradigmáticos y significativos Informes

---

2014/24/UE al advertir de que los criterios de valoración han de cumplir con esa función de evaluación de la oferta. Con todo, este apunte del TACRC es también adoptado, en sus mismos términos, por foros de contratación como la Junta Consultiva de Contratación Pública (JCCP) de Aragón que, aunque siendo favorable a la adopción de ciertas cláusulas sociales, trata la “evaluación comparativa del rendimiento” como un requisito en sí mismo y rechaza, por ello, cláusulas de índole laboral; lo que podría entenderse un error de categorización.

<sup>30</sup> Una posición, la de este voto particular, que expresamente discute el TACP-Canarias, tal y como queda patente en su resolución 200/2021, de 14 de julio, respecto de las medidas de conciliación.

1/2022 y 38/2022. El primero de ellos en el marco de una cuestión planteada por un ayuntamiento acerca de la validez de cláusulas laborales en términos amplios (salario, jornada, conciliación, estabilidad fomento del empleo, seguridad y salud, etc.). El segundo, emitido con motivo de la consulta de un ayuntamiento acerca de la validez de las cláusulas que promueven o exigen la reducción de la jornada laboral de los trabajadores adscritos a la contrata<sup>31</sup>. De cualquier modo, por no resultar excesivamente redundantes, y debido a que su fundamentación jurídica y conclusiones están basadas en las de la RTACRC 235/2019, es conveniente remitirse a ella.

Se trata de una doctrina administrativa que ha sido acogida en el seno de órganos jurisdiccionales como la Audiencia Nacional o, especialmente, el TSJ de Madrid que, desde antes de la entrada en vigor de la LCSP, ya rechazaba en sus componentes esenciales cualquier cláusula como las referidas en este punto y cuyas consideraciones jurídicas se han mantenido prácticamente incólumes tras ella. A modo de arquetipo, se traen a escena las SSTSJ de Madrid de 7 de junio de 2017 (R.º 318/2016) de 23 de febrero de 2018 (R.º 227/2017) o de 14 de marzo de 2019 (R.º 1/2018), en las que se entiende que las cláusulas laborales, especialmente las salariales y de tiempo de trabajo, son “una manifiesta e indebida injerencia en el ámbito de la regulación salarial de los trabajadores” y llevan a “ofertas más caras y menos beneficiosas económicamente”. Finalmente, la SAN de 28 de noviembre de 2018 (R.º 193/2018) asevera que las cláusulas de mejora del salario no mejoran el nivel de rendimiento, son discriminatorias porque favorecen las empresas con mejores condiciones laborales y no están vinculadas al objeto contractual.

El cuerpo doctrinal de contraste a este aluvión de argumentos renuentes a la validez de cláusulas laborales se halla en diversos tribunales administrativos. Véanse, entre otras, las resoluciones del TACP-Castilla y León 192/2022, de 15 de diciembre, del TACP-Cataluña 223/2023, de 29 de marzo y 359/2019, de 28 de noviembre, del TACP-Madrid 208/2019, de 22 de mayo y el acuerdo del TACP-Madrid 33/2019 de 30 de enero. Se toma como modelo expositivo la RTACP-Cataluña 223/2023, por sus elementos fundamentales: fecha de resolución, objeto contractual (servicio intensivo en mano de obra), criterio de adjudicación de mejora salarial y síntesis de argumentos.

Esta resolución aborda un criterio de valoración en materia de mejoras de condiciones salariales en un contrato de limpieza de dependencias municipales del Ayuntamiento de Castelldefels. Su FJ séptimo despliega una serie de consideraciones que llevan a concluir que un criterio de ese tipo es objetivo y no deriva en un acto discriminatorio ni desproporcionado (5 puntos sobre 100), pero, en el supuesto específico, no ha sido justificado debidamente por el OC, lo que conduce a la anulación. La importancia determinante de la motivación y la justificación de las consideraciones sociales que asumen las resoluciones del TACP-Cataluña vislumbra una ventana de oportunidad que niegan generalmente el TACRC y la JCCPE.

---

<sup>31</sup> En el caso concreto, en el marco de una prestación de servicios de atención a personas dependientes, se trata de una cláusula de reducción de la jornada laboral hasta las 35 horas semanales, frente a la jornada de 39 horas del convenio sectorial.

De cualquier modo, podrían no considerarse válidos los argumentos expuestos, ya que la justificación específica y cualificada que exige solo es necesaria cuando así se exprese en la ley o se derive del carácter extraordinario o excepcional de la cláusula. Efectivamente, si la legislación contempla expresamente la posibilidad (y a veces la obligación) de que el procedimiento tome en consideración aspectos sociolaborales de las personas adscritas a la contrata, queda fuera de toda duda que la regla general es su procedencia.

### 3.2. *La terna doctrinal del TJUE*

La relación jurídico-política en el seno de la UE entre los derechos sociales y las libertades del mercado único europeo se han decantado tradicionalmente, en mayor medida, por la protección de la libertad procompetitiva en detrimento de las instituciones tuitivas del Derecho del trabajo y de lucha contra el *dumping social* (Guamán Hernández 2008; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2001). Esta dinámica se refleja paradigmáticamente en la doctrina del TJUE en torno al papel de las cláusulas salariales en los PCA en los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*; todos ellos resueltos bajo la vigencia de la Directiva 2004/18/CE (Martínez Fons 2014). Las resoluciones resuelven varias cuestiones prejudiciales relacionadas con el establecimiento de un salario mínimo que deben respetar las empresas adjudicatarias de un contrato público y sus subcontratistas.

La STJUE de 3 de abril de 2008 (asunto C-346/06, *Rüffert*) partía de un supuesto de hecho en el que una empresa alemana adjudicadora de un contrato de obra subcontrataba a una empresa polaca para la ejecución del contrato. Pues bien, la ley del Land alemán en el que se adjudicó el contrato, y en el que se llevaba a cabo la ejecución, establecía que las entidades adjudicadoras solo podían adjudicar contratos a aquellos operadores privados que abonasen a sus trabajadores el salario determinado en los convenios colectivos del lugar en el que se ejecuta la obra. Además, obligaba a aplicar la misma regla en caso de que la empresa adjudicataria decidiera subcontratar la prestación: mandato que esta no cumplió, motivo por el cual la entidad pública alemana resolvió el contrato.

El TJUE consideró no ajustada al Derecho de la UE ni la norma ni la decisión de la administración. En primer lugar, el Tribunal toma en consideración la Directiva 96/71/CE para afirmar que esta norma europea establece que las condiciones salariales de los trabajadores desplazados deben garantizarse conforme a las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y convenios colectivos de aplicación general<sup>32</sup>. Sobre esta premisa, se pronuncia negando, por un lado, que la ley del Land sea considerada disposición legal a efectos de la directiva, pues no establece directamente cuantía mínima salarial. Por otro lado, niega que el convenio colectivo aplicable sea de aplicación general al tener únicamente aplicación en el ámbito de la contratación pública (párrafos 23-30). Con estas condicio-

<sup>32</sup> Estos convenios son aquellos que deben respetar todas las empresas pertenecientes al sector o a la profesión aplicables en el ámbito territorial. A falta de un sistema de declaración de aplicación general de convenios, la directiva contempla la posibilidad de basarse en aquellos convenios que produzcan efectos generales pertenecientes al sector de que se trate o los convenios celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas en el plano nacional y que sean aplicados en el conjunto del territorio nacional (arts. 3.1 y 8 Directiva 96/71).

nes dadas no puede exigirse a la empresa del Estado de origen que aplique las condiciones del convenio en cuestión del Estado de destino (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2009).

El colofón de estas consideraciones jurídicas es la apreciación que realiza sobre vulneración de la libertad de prestación de servicios, pues entiende que la norma en discordia puede “imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida” (párrafo 37). Además, haciendo un juicio valorativo, considera que esta medida no podría justificarse ni considerarse de protección laboral, por cuanto el convenio sólo se aplica a las empresas que contraten con el sector público. Estas últimas consideraciones parecen presagiar la posición que adoptaría unos años más tarde en el *caso Bundesdruckerei*.

En la STJUE de 18 de septiembre de 2014 (asunto C-549/13, *Bundesdruckerei*), a diferencia del caso *Rüffert*, ni los trabajadores de la empresa subcontratista realizan el servicio íntegramente en Polonia ni el Tribunal aplica la Directiva 96/71/CE, sino la Directiva 2004/18/CE, para solventar el litigio. Esta vez la Ley, que sólo despliega efectos en el ámbito de la contratación pública, establece el salario mínimo respecto de los adjudicatarios para los casos en los que la prestación no conlleve la aplicación de la Directiva 96/71. Aunque nada dice la ley sobre la aplicación respecto de los subcontratistas, el OC sí formula tal exigencia. El Tribunal entiende que se opone al Derecho de la UE por dos motivos. En primer lugar, señala que la disposición “puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida”, vulnerando la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE. Razona que a pesar de que tal medida podría estar justificada para evitar el *dumping social*, su aplicación únicamente respecto del sector público sirve de argumento para rechazar que esté justificada. En segundo lugar, la cláusula es considerada desproporcionada, al desarrollarse la prestación íntegramente en otro Estado con un salario mínimo inferior (Miranda Boto 2016).

El último paso de esta tríada judicial se dio con la STJUE de 17 de noviembre de 2015 (asunto C-115/14, *RegioPost*), en la que se dilucida si es conforme a Derecho la aprobación de una ley por parte de un Land alemán que establece un salario mínimo para todo el sector, con el fin de impedir las distorsiones en la competencia derivadas del empleo de mano de obra barata y menores cuotas de SS. Este salario mínimo debía ser respetado tanto por las empresas adjudicatarias como por sus subcontratistas. En esta ocasión, aunque no interviene *de facto* ningún elemento transfronterizo, se da un pronunciamiento sobre la compatibilidad de la norma con la Directiva 96/71/CE y con la libre prestación de servicios reconocida en el art. 56 TFUE<sup>33</sup>. En esta resolución se

---

<sup>33</sup> Parece responder así el TJUE tanto a las conclusiones del Abogado General como a la inquietud del tribunal remitente, que se pregunta sobre “los efectos de la norma nacional controvertida en el asunto principal sobre las empresas establecidas fuera del territorio alemán que hayan podido tener interés en participar en el procedimiento de adjudicación del contrato público considerado y que hayan podido analizar la posibilidad de desplazar a sus trabajadores a ese territorio, dado que esas empresas pueden haber renunciado a esa participación a causa de la obligación que se les imponía de comprometerse a respetar el salario mínimo establecido [...]”.

admite que la norma enjuiciada es válida por cuanto tiene carácter imperativo y eficacia general y, además, resulta apropiada y proporcionada (Moreno Morcillo 2016).

Como puede observarse, son la libertad de empresa y de competencia los principios que se erigen en la doctrina del TJUE como baluartes de la libre prestación de servicios. Si bien puede apreciarse que las directivas de cuarta generación difuminan, en cierto modo, el significado de estos pronunciamientos, el contenido de aquellas sigue dejando algunos escollos interpretativos. El considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE parece advertir de la importancia de los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*, en tanto en cuanto señala que las cláusulas sociales deben aplicarse conforme a la Directiva 96/71/CE según es interpretada por el TJUE y, por ello, sin discriminar a los empresarios de otros EM. Asimismo, señala que “los requisitos que afecten a las condiciones básicas de trabajo [...] como las cuantías de salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional o por convenios colectivos”.

Por otro lado, no se halla en el articulado ninguna referencia a la doctrina del TJUE como sí se realiza en el considerando 98. Por lo demás, solo se advierte, en el art. 18 de la Directiva 2014/24/UE, que debe entenderse que la competencia se restringe de forma artificiosa si el proceso de contratación se diseña con la intención de “favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos”. Frente a una posible interpretación reduccionista o sesgada de estas líneas, Molina Navarrete (2016, p. 100) es del parecer de que “la nueva Directiva debería hacer reconsiderar o revisar esa tajante visión mercantilista”.

La interpretación de la Directiva de contratos conforme a la doctrina expuesta del TJUE da lugar a dos limitaciones básicas. Por un lado, reduciría la virtualidad de las cláusulas sociolaborales como un mecanismo para superar los estándares legales y convencionales. Por otro lado, conllevaría un obstáculo al desarrollo de mecanismos jurídicos para combatir el *dumping social* en el ámbito de la contratación pública.

Trasluce en estos análisis que la aplicación de un sector de la normativa orientada a la protección y promoción de la libre circulación de mercancías, servicios y capitales y de la libertad de competencia se manifiesta, en cierto modo, como un contexto desfavorable a la CPSR (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 2016). Tanto es así que no comparto que sean los principios de la contratación los que supongan “un recorte importante en la virtualidad de aquellas” (Burzaco 2016, p. 289). Más bien, el muro de contención lo representa la interpretación economicista de algunos principios y reglas de extracción ordoliberal. A pesar de ello, el contenido de la Directiva 2014/24/UE, el *soft law* del PE y de la Comisión, la dinámica del Pilar Social Europeo y la LCSP, entre otras instancias, suponen una enmienda normativa y axiológica a la mentada doctrina.

### 3.3. La inocuidad de los impulsos de la Directiva de salarios mínimos

La importancia nuclear del salario mínimo es reconocida de forma clara en el principio 6 del *Pilar Europeo de Derechos Sociales* (2017) proclamado por el Parlamento Europeo, el

Consejo y la Comisión Europea. Consecuentemente, el *Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales* (2021) ha contribuido a la aprobación de la *Directiva 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE* (2022)<sup>34</sup>, basada en el deber de apoyo y complemento que el art. 153.1, b) TFUE le encomienda a la UE en materia de condiciones de trabajo. Estas referencias normativas generales de salario mínimo disponen de alusiones al papel de este en el ámbito de los contratos del sector público.

Los sistemas de salarios mínimos no implican, según el parecer de la Comisión plasmado en el informe inicial sobre la propuesta de Directiva, que los trabajadores no estén expuestos a salarios bajos y a una deficitaria protección social. La Directiva parte de esta premisa y del respeto a los mecanismos legales o convencionales empleados por los Estados para establecer y garantizar las cuantías salariales mínimas<sup>35</sup>. La Directiva insiste en la necesidad de establecer un marco de fijación del salario mínimo que tome en consideración “el poder adquisitivo en función del coste de la vida; el nivel, la distribución y la tasa de crecimiento de los salarios; y la productividad nacional”.

Considera el estudio que acompañaba a la propuesta que la Directiva es coherente con otras propuestas de calado social, como la Directiva 2014/24/UE. Sin embargo, El contenido respecto de la contratación pública no es innovador. El mandato no es otro que el de conminar a los Estados a controlar el cumplimiento de las disposiciones convencionales o legales en materia de salario mínimo en la ejecución de contratos públicos. No en vano, se trata de un aspecto que se encuentra en la génesis de las preocupaciones sociales en torno a las implicaciones laborales de la contratación pública a nivel internacional, como se muestra en la *Guía práctica de la OIT (2008) sobre el Convenio n.º 94 y la Recomendación n.º 84 sobre las cláusulas de trabajo en contratos celebrados por las autoridades públicas*; ambos, convenio y recomendación, con más de medio siglo de historia.

En resumen, los últimos impulsos europeos en materia de sistemas de salarios mínimos siguen una senda en materia de remuneración con una incidencia limitada en el escenario de la contratación pública. El art. 9 del capítulo de disposiciones horizontales, relativo a los salarios mínimos en los contratos del sector público, no es más que una reiteración de lo señalado en las directivas de contratación pública, sin aportar información o posicionamientos novedosos (Díaz de Atauri 2022). La Directiva no conlleva originalidades ni en el marco de los contratos del sector público ni en las políticas de SMI españolas. A pesar de ello, el hecho de afirmar que la Directiva no trae grandes novedades para algunos ordenamientos jurídicos internos avanzados en la materia, como el español, no obsta para reconocer en ella un “valor simbólico” que revela la importancia política y

<sup>34</sup> Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, sobre unos salarios mínimos adecuados en la UE.

<sup>35</sup> Se trata de una materia abordada por múltiples convenios de la OIT, lo que ha conducido a la adopción de la *Guía de la OIT sobre políticas en materia de salario mínimo*, en consonancia con el Estudio sobre sistemas de salarios mínimos, *Estudio General de las memorias relativas al Convenio (núm. 131) y a la Recomendación (núm. 135) sobre la fijación de salarios mínimos*.

normativa de garantizar el acceso a una remuneración suficiente y adecuada en Europa (Almodóvar Iñesta 2022, p. 151).

#### 4. Modulación de facultades empresariales de ejercicio unilateral

El Derecho del trabajo articula un sistema de normas jurídicas sustantivas y formales, a través de mecanismos heterocompositivos y autocompositivos, con un carácter tuitivo, ínsito axiológicamente en su naturaleza, para con el factor trabajo. Esta esencia encuentra trasuntos en múltiples facetas de intervención. Entre ellas destacan los mecanismos de normas de derecho necesario mínimo y de derecho necesario absoluto o imperativo que limitan la capacidad de derogación convencional y contractual y de disposición por las partes de derechos reconocidos por ley, reglamento o convenio colectivo estatutario<sup>36</sup>.

Este mecanismo es el resorte jurídico creado para proteger al trabajador de presiones o decisiones unilaterales del empleador que mermen o eliminen derechos laborales<sup>37</sup>. Por ello se trata de una, al menos, “aparente inversión del principio civil de validez de la renuncia a derechos” (López Terrada 2014, p. 26). Incluso, cuando la legislación procesal permite transacciones en el juego, por ejemplo, de una conciliación judicial (art. 84 LJS), los límites los sitúa la ley en la lesión grave a los derechos, el fraude de ley, el abuso de derecho o la contrariedad al interés público.

Se encuentran, entre el tratamiento doctrinal académico y judicial, dos ámbitos en los que estas instituciones garantistas pueden verse en coyunturas de tensión: la cesión de terreno en derechos en el contexto de la negociación de convenios colectivos y en la solución extrajudicial o autocompositiva de conflictos<sup>38</sup>. Pues bien, las reflexiones de la doctrina y la jurisprudencia en torno a estos casos pueden servirnos de apoyo para entender qué “renuncias” empresariales a poderes reconocidos en el ET pueden tener lugar para poder presentar una oferta en una licitación pública. Cabe preguntarse si existe en la CPSR el riesgo de desvirtuar, no tanto las normas de derecho necesario mínimo, sino las de derecho imperativo.

<sup>36</sup> En sentido amplio se entiende por negocio jurídico dispositivo aquel que transforma, modifica o extingue un derecho subjetivo existente, a través de la enajenación, la constitución de gravámenes o la renuncia abdicativa (Díez Picazo 1996). También los derechos son irrenunciables e indisponibles cuando se recogen con tal naturaleza en el convenio colectivo, ya sea porque así se declara expresamente, ya sea porque desarrolla los límites del derecho necesario mínimo; aunque surgen conflictos interpretativos notables en este sentido (López Terrada 2014). Véanse, asimismo, las SSTs de 11 de junio y de 22 de septiembre de 1987, de 27 de abril de 1999 (R.º 4985/1997, Sala de lo Social), de 28 de octubre 1999 (R.º 877/1999, Sala de lo Social), de 6 de febrero de 2000 (R.º 1394/1999, Sala de lo Social).

<sup>37</sup> Tanto la doctrina académica (Ramos Quintana 2002) como la constitucional (SSTC 34/1984, de 9 de marzo de 1984; 142/1993, de 22 de abril de 1993; 105/1992, de 1 de julio de 1991; o 208/1993, de 28 de junio de 1993) fundamentan garantía limitación en el principio de igualdad formal y real (arts. 14 y 9.2 CE) y en los intereses colectivos o generales, entre otros extremos.

<sup>38</sup> Sobre la indisponibilidad de los derechos y la conciliación en las relaciones laborales, señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2003, p. 31) que “lo que no se puede transigir no se puede conciliar, pero, a contrario sensu, lo que se puede conciliar se puede transigir, y si ello puede ser dentro del proceso, también lo podrá ser fuera de él. Además, lo que se puede transigir es susceptible también de arbitraje”.

Por lo que se refiere a los actos dispositivos en el marco de la solución extrajudicial de conflictos, se traen a colación las palabras de Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2003, p. 31) al expresar la ampliación de los márgenes de alteración y disponibilidad de la norma legal y convencional al afirmar que “cuando en un área en que no juega la autonomía privada, como en el Derecho administrativo, se han abierto paso los acuerdos transaccionales o se permiten soluciones arbitrales en la contratación administrativa, o [...] como en el derecho al consumo, se utiliza [...] la puesta a disposición de mecanismos arbitrales [...], no tiene sentido dejar en el ámbito laboral el juego de la autocomposición a la asistida por el órgano judicial o en la fase prejudicial por el órgano administrativo”. Estas palabras sirven para plantear qué capacidad tienen las partes, sobre todo del lado empresarial, para disponer de derechos propios en un ámbito tan sensible como los conflictos entre trabajador y empleador.

Junto a este ámbito, se encuentran los instrumentos de negociación colectiva en los que las fronteras de lo negociable no están absolutamente definidas. Aun partiendo de los apuntes realizados sobre la inderogabilidad e irrenunciabilidad de derechos por parte del trabajador, los representantes de los trabajadores tienen capacidad negocial, por ejemplo, para regular mecanismos de resolución de conflictos prejudiciales o extrajudiciales a los que obligatoriamente habrían de someterse las partes, del mismo modo que puede regularse la paz social y la correspondiente renuncia al ejercicio del derecho de huelga durante la vigencia del acuerdo o convenio. Es decir, se vislumbra un perímetro de la autonomía negocial colectiva que permite condicionar, incluso, el ejercicio de derechos fundamentales. Pero en este punto lo que resulta realmente relevante es conocer la capacidad de que disponen los empresarios para renunciar a sus propias capacidades.

Las concepciones unitaristas y autoritarias de la época franquista instituyeron poderes unilaterales y autocráticos empresariales. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 contemplaba la nulidad de los pactos de renuncia a derechos civiles y políticos de los trabajadores, pero solo prohibía la renuncia por la parte empresarial ante casos contrarios al orden público (Villa Gil 2006)<sup>39</sup>. La cuestión clave radicaba en que el orden público implicaba el ejercicio de unas potestades empresariales que respondían a una funcionalidad del sistema de relaciones laborales y permitían disciplinar el trabajo; el Estado se reservaba, en ciertos supuestos, la actuación si el empleador no las ejercía (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer 1984). A su vez, la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo previó en su art 4 la prohibición de que los convenios recogieran cláusulas que disminuyeran la libertad individual y las facultades inherentes a la dirección de la empresa, lo que ha podido dejar un poso interpretativo ajeno al sustrato axiológico constitucional vigente en el siglo XXI.

Tras la aprobación de la CE y del ET se ha planteado, por una parte de la doctrina académica, que existe un núcleo esencial de la configuración constitucional y legal de la figura del empleador que se considera irrenunciable por contravenir la libertad empresarial (Bejarano Hernández 2010; Montoya Melgar 1985).

---

<sup>39</sup> Las limitaciones al poder dispositivo empresarial no radicaban solo en la Ley de Contrato de Trabajo, sino en el art. 6 CC.

Existe un punto de encuentro básico en las consideraciones doctrinales académicas y judiciales: las facultades empresariales unilaterales contenidas en el ET relativas al *ius variandi* ordinario o extraordinario no pueden ser ampliadas por contrato o convenio (CCNCC 2010). La pregunta que se plantea es si los empresarios pueden renunciar a potestades de ejercicio unilateral. Los convenios colectivos pueden prever, además de limitaciones a las facultades ordinarias empresariales de organización, dirección, control y disciplina, restricciones al *ius variandi* extraordinario que le reconocen preceptos del ET como el 39 (movilidad funcional), 40 (movilidad geográfica), 41 (modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo), 51 (despido colectivo), 52 (extinción por causas objetivas) u 82.3 (inaplicación del convenio de sector). Efectivamente, la regulación convencional puede concretar o complementar requisitos formales, pero también puede restringir la adopción de despidos colectivos o de extinciones por causas objetivas (Ramos Quintana 2002; CCNCC 2010; Bejarano Hernández 2010).

Por lo que se refiere a las cláusulas convencionales que bloquean la posibilidad de activar una inaplicación de convenio conforme al art. 82.3 ET han existido divergencias doctrinales. De un lado, un sector de la doctrina se ha opuesto a cláusulas que nieguen o reduzcan drásticamente la inaplicación por entender que contravienen la finalidad y la literalidad de la norma (Vallejo Dacosta 2002; Alfonso Mellado, Sala Franco y Pedrajas Moreno 1995). De otro lado, entendiendo que se trata de un aspecto de derecho mínimo y en aras de la autonomía colectiva y la fuerza vinculante de los convenios, otro sector ha considerado válido negar en convenio tal posibilidad (Baylos Grau 1994; Casas Baamonde 1995). Existen posiciones intermedias que afirman la validez de la reducción convencional de este poder legalmente atribuido sin llegar a su eliminación completa (Alarcón Caracuel y Baylos Grau 1994).

Cuando estas cortapisas vienen dadas en un convenio de empresa su validez ha sido menos discutida por cuanto la unidad de negociación dispone de una especie de legitimidad inmediata y directa. Incluso, hay quien opina que podría llegar al punto de “suponer una casi total dispositivación del régimen contenido en la norma legal” (Bejarano Hernández 2010, p. 12) aun compartiendo que “en ningún caso podría suponer una renuncia pura y simple a la facultad del empresario” (Rivero Lamas 1988, p. 887).

Al margen de la autolimitación en el marco de la negociación colectiva, es posible trasladar el debate a cláusulas laborales discrecionales que reduzcan los poderes unilaterales del empleador durante la contrata. A modo de ejemplo, es posible citar una recomendación realizada por las directrices sobre CPSR aprobadas por el Ayuntamiento de Sevilla (edición de 2016) o el Ayto. de Barcelona (edición de 2016) consistente en incluir en los PCA una condición de ejecución consistente en que la empresa mantenga durante el contrato las condiciones laborales de las personas trabajadoras empleadas en la ejecución según el convenio que sea de aplicación.

Sobre el particular, la RTACRC 160/2016, de 19 de febrero, rechazó dos condiciones especiales de ejecución que conllevaban, por un lado, la obligación de someter a autorización de la Alcaldía las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo reguladas en el art. 41 ET y, por otro lado, en caso de despido improcedente de personal

con contrato indefinido, la readmisión de dicha persona salvo que esta optara por la indemnización, previa aprobación por el Pleno. Pues bien, se rechazan por no responder a los objetivos sociales que enumeraba el RD-Leg. 3/2011, cuando la realidad es que la lista tenía un carácter de *numerus apertus*. Además, se apunta que se vulnera la libre autonomía de las partes del contrato laboral, sin aludir en ningún momento al carácter acotado del contrato público cuyos efectos se limitan al personal de la contrata (Pozo Bouzas 2018).

En la misma línea, el Informe 7/2015, de 15 de noviembre, de la Junta Superior de la Comunidad Valenciana, analiza la posibilidad de introducir una condición ejecutiva consistente en prohibir a la adjudicataria minorar unilateralmente las condiciones de jornada y salario que regían al momento de presentarse la oferta, salvo que medie acuerdo explícito con la representación de los trabajadores. La Junta entendió que excedía las posibilidades que brindaba el art. 118 RD-Leg. 3/2011<sup>40</sup> y que no solo contrariaba la normativa laboral, sino que suponía una intervención injustificada en las relaciones laborales del adjudicatario y con finalidades ajenas a los fines institucionales que son propios de la entidad adjudicadora.

Contrasta con esta posición el IJCCP-Aragón 16/2014, de 1 de octubre. Este órgano entendió que el art. 118 RD-Leg. 3/2011 tenía una disposición abierta debido a la expresión “podrán referirse, en especial...”, lo que impedía exigir que la cláusula se correspondiera con alguna de las categorías del precepto. En segundo lugar, consideraba que el Derecho de la UE en materia contractual daba la cobertura suficiente a este tipo de dispositivos. Por último, la cláusula permitía un pacto en contrario de las partes y salvaguardar la autonomía colectiva. Por todo ello, y aunque señala algunas cortapisas<sup>41</sup>, entendió que no se vulneraba el Derecho europeo ni nacional.

Una vez expuestos estos ejemplos y sus correspondientes análisis, puede aseverarse que son múltiples los fundamentos jurídicos que sustentan la capacidad empresarial para autolimitar contractualmente algunos de sus poderes de ejercicio unilateral en un proceso de contratación pública. Cuestión distinta sería una “dejación de responsabilidades empresariales”; aspecto que, a todas luces, resultaría contrario a la legalidad. Asimismo, una vez sentada su cobertura legal en abstracto, considero pertinente apuntar que las cláusulas de esta naturaleza gozan de mayor justificación y proporcionalidad si se parte de una legislación laboral, como la derivada de las reformas laborales de 2010 y 2012<sup>42</sup>, que relaja las causas para que el empleador ejerza unilateralmente modificaciones, suspensiones o extinciones sin contrapartidas efectivas de seguridad laboral (Goerlich Peset

---

<sup>40</sup> El apartado primero del artículo 118 RD-Leg. permitía establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato referidas, en especial, “a consideraciones de tipo medioambiental o a consideraciones de tipo social, con el fin de promover el empleo de personas con dificultades particulares de inserción en el mercado laboral, eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, combatir el paro, favorecer la formación en el lugar de trabajo, u otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo [...], o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT”.

<sup>41</sup> Afirma la Junta que “la inclusión de una condición especial de ejecución social como la que se propone en una concreta licitación, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal” (apartado V *in fine* de consideraciones jurídicas).

<sup>42</sup> Reales Decretos-ley 10/2010, de 16 de junio y 3/2012, de 10 de febrero.

2012). Por ello, la modulación a la baja en cláusulas sociolaborales de las facultades empresariales de ejercicio

o unilateral puede gozar de mayor proporcionalidad en contextos normativos como el vigente.

## 5. Conclusiones

La LCSP consolida legalmente la concepción socialmente responsable de la contratación pública y da cobertura para adoptar cláusulas sociolaborales de diversa índole; incluidas las orientadas a mantener o mejorar los derechos laborales de los trabajadores adscritos a la contrata. A pesar de ello, se puede constatar una reacción, por parte del TACRC, de la JCCPE y de algunos de sus homólogos autonómicos, tendente a negar de forma generalizada la validez jurídica de cláusulas laborales e, incluso, a impugnar la conveniencia y oportunidad política de estas y de la regulación vigente.

Las cláusulas relativas a las condiciones salariales se erigen en “caso límite” que aglutina la mayor parte de las impugnaciones en términos cualitativos. Y, sin duda, la legislación cuenta con ciertas deficiencias que pueden justificar una argumentación jurídica más exigente. Sin embargo, la normativa es suficientemente clara en la dirección de atribuir potestades regladas y discrecionales a los OC y a las AAPP. La vaguedad y ambigüedad de algunas de las disposiciones legislativas, tanto de la Directiva 2014/24/UE como de la legislación interna, no deben servir para llegar a conclusiones *contra legem* como las manifestadas con contumacia por el TACRC y el JCCPE.

Como máxima preliminar puede afirmarse que ningún valor, principio, regla o derecho constitucional impide que la finalidad natural, histórica y arraigada de la contratación pública sea compatible con finalidades sociolaborales complementarias. En consecuencia, no considero correctas las objeciones esgrimidas por el TACRC y la JCCPE contra los fundamentos de la CPSR legalmente configurada. Esto no obsta para afirmar que pueden plantearse precauciones derivadas de las ramas jurídicas el juego.

En primer lugar, de la normativa de contratos se deriva que las cláusulas han de responder a una formulación objetiva que evite la arbitrariedad de los OC; estar motivada su adopción; y, en definitiva, resultar proporcionadas, cuantitativa y cualitativamente. Sin embargo, ninguno de estos condicionantes ordinarios son, *per se*, un impedimento para adoptar disposiciones laborales plenamente válidas y eficaces.

En segundo lugar, de la normativa laboral se extraen limitaciones, sobre todo, en orden a prohibir que los pliegos y el contrato modifiquen o anulen instituciones jurídico-laborales de Derecho mínimo o indisponible o generen intromisiones injustificadas o desproporcionadas en la negociación colectiva estatutaria.

En tercer y último lugar, las directivas recuerdan, aunque de forma imprecisa y vaga, que la jurisprudencia del TJUE (que evoca de forma indirecta a los casos *Rüffert*, *Bundesdruckerei* y *RegioPost*) puede constituir un límite de primer orden. A mi parecer, esta línea argumental es la que permitiría confrontar con ciertas cláusulas salariales o de

tiempo de trabajo si no se tratara de un corpus judicial obsoleto, incoherente con la normativa vigente y deudor de una perspectiva economicista que atenta contra los aspectos más básicos del Pilar Europeo de Derechos Sociales; por no hablar de la confrontación con la Constitución Española.

No obstante todo lo afirmado, existe una realidad normativa que puede justificar una parte de las precauciones en la aprehensión de cláusulas laborales. Y es que, nos encontramos ante la aparición en escena de una rama del Derecho autónoma y consolidada como es el Derecho del trabajo y esto suscita en los operadores administrativos una suerte de barrera cognoscitiva a la hora de articular cláusulas que aborden derechos laborales. En segundo término, el derecho a la negociación colectiva podría plantear argumentos para matizar la discrecionalidad de los OC en materia laboral. En efecto, desde una perspectiva colectiva, la negociación colectiva puede verse afectada, aunque no necesariamente amenazada, por cláusulas laborales. Con todo y con eso, tampoco estas advertencias deben ser entendidas como obstáculos, sino como márgenes que no soslayan la potencialidad de la CPSR.

Considero que, además de los sesgos ideológicos extrajurídicos que subyacen a algunos posicionamientos de los tribunales administrativos y juntas consultivas, son muchas las aseveraciones argumentales de estos que no se compadecen con la realidad jurídica. El TACRC, la JCCPE y otros órganos ya citados no asumen la normativa vigente: la reivindicación que realiza del enfoque estratégico; la resignificación del requisito de la vinculación con el objeto del contrato; las referencias a cláusulas sociolaborales en las enumeraciones no exhaustivas en las que se incluye una letanía de aspectos relacionados con condiciones laborales; la obligatoriedad sancionada por la LCSP de atender a criterios sociales (o medioambientales) en todos los procesos, etc. En fin, los condicionantes jurídicos propios de las ramas concurrentes en esta materia tan solo plantean precauciones teóricas y prácticas, pero no impedimentos generales y apriorísticos a las cláusulas laborales, en general, y las remuneratorias, en particular.

## Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y BAYLOS GRAU, Antonio, *La reforma laboral de 1994*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- ALFONSO MELLADO, Carlos Luis, SALA FRANCO, Tomás y PEDRAJAS MORENO, Abdón, Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial, *Relaciones laborales*, n.º 2, 1995, 1429-1435.
- ALMODÓVAR IÑESTA, María, Los criterios sociales de adjudicación. Especial referencia a la doctrina de los Tribunales Administrativos de recursos contractuales, *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 60, 2022.
- BALLINA DÍAZ, Diego y GIL VAN BEBEREN, Marc, *Guía práctica de resoluciones e informes contractuales para minimizar los riesgos de recursos*, Madrid, 2021.

- BAYLOS GRAU, Antonio, «Cláusulas de descuelgue» en la negociación colectiva. *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Wolters Kluwer España, 1994, pp. 322-340.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés, Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo, *Revista española de Derecho del Trabajo*, n.º 147, 2010, pp. 639-659.
- BERNAL BLAY, Miguel Ángel, Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º extra-10, 2008, pp. 211-252.
- BURZACO, María, La adjudicación de los contratos administrativos: naturaleza de las operaciones implicadas y control judicial, *Asamblea Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 23, 2010, pp. 169-108.
- BURZACO, María, Contrataciones públicas socialmente responsables: la necesidad de reconsiderar el potencial de la contratación en la consecución de objetivos sociales, *CIRIEC-España*, n.º 86, 2016, pp. 281-310.
- CANALES GIL, Álvaro, HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, CANALES MENÉS, Patricia y HUERTA MÉRIDA, Carlos, *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de contratos del sector público: enfoque científico-práctico*, Madrid, BOE. Estudios jurídicos, 2022.
- CASAS BAAMONDE, María Emilia, «Descuelgue» salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II), *Relaciones laborales*, n.º 1, 1995, pp. 23-38.
- CCNCC, *Los límites legales al contenido de la negociación colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de las normas del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Colección Informes y Estudios, 2010.
- DE HEREDIA RUIZ, Ignasi Beltrán, 2019, Ley de Contratos del Sector Público, precios, costes laborales y subrogación de empresa: ¿prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o del sectorial? *ignasibeltran.com* [en línea], Disponible en: <https://ignasibeltran.com/2019/12/02/ley-de-contratos-del-sector-publico-precios-cos-tes-laborales-y-subrogacion-de-empresa-prioridad-aplicativa-del-convenio-colectivo-de-empresa-o-del-sectorial/#condiciones>, [consulta: 15 diciembre 2024].
- DÍAZ DE ATAURI, Pablo, La Directiva de salarios mínimos adecuados: contenido e impacto de su trasposición al ordenamiento jurídico español, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado* [en línea], n.º 6, 2022, Disponible en: <https://revistascientificas.us.es/index.php/Trabajo-Persona-Derecho-Merca/article/view/22750/20141>.
- DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Tomo I*, 5a ed. Madrid: Civitas, 1996.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, Mejores salarios como cláusula social en la fase de adjudicación de un contrato público: ¿misión imposible?: Comentario a la Resolución 1672/2023, de 28 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 480, 2024, pp. 200-207.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública, *Documentación Administrativa. Nueva Época*, n.º 4, 2017a, pp. 92-113.

- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel, Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación, *Contratación Administrativa Práctica. La Ley Digital 14739/2017*, n.º 152, 2017b.
- GARCÍA LUENGO, Javier, *Los pliegos de cláusulas administrativas particulares*, 1ª edición, Madrid: Iustel, 2022.
- GOERLICH PESET, José María, 12. La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto-Ley 3/2012, *Reforma Laboral 2012*, n.º 1, 2012, pp. 291-322.
- GOERLICH PESET, José María y NORES TORRES, Luis Enrique, Descentralización en el Sector Público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales, En BLASCO PELLICER, Ángel, y LÓPEZ BALAGUER, Mercedes, *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 559-604.
- GORDO CANO, Diana, Desafíos y soluciones para la efectiva incorporación de cláusulas sociales a la contratación pública, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria* [en línea], n.º 127, 2023, Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=127&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=2&locale=es>.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Pamplona, Aranzadi, 2008.
- LESMESS ZABALEGUI, Santiago, Contratación pública y discriminación positiva. Cláusulas sociales para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mercado laboral, *Lan harremanak*, n.º 13, 2005, pp. 53-86.
- LÓPEZ TERRADA, Eva, La indisponibilidad de los derechos laborales en el ordenamiento español y su interpretación jurisprudencial, *Il diritto dei lavori*, vol. VIII, n.º 3, 2014, pp. 25-35.
- MARTÍNEZ FONS, Daniel, Las restricciones a las cláusulas sociales en la contratación pública impuestas por la libre prestación de servicios. Comentario a la STJUE de 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13, *Iuslabor* [en línea], n.º 3, 2014. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/285075>.
- MARTÍNEZ SALDAÑA, David y CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier, Cláusulas sociales, subrogación por pliegos y otras cuestiones laborales en la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, *Revista española de derecho del trabajo*, n.º 209, 2018, pp.129-148.
- MIRANDA BOTO, José María, Contratación pública y cláusulas de empleo y condiciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea, *Lex social* [en línea], vol. 6, n.º 2, 2016, Disponible en: [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex\\_social/article/view/1975](https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1975).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, Cláusulas sociales, contratación pública: del problema de «legitimidad» al de sus «límites», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 135, 2016, pp. 79-110.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, Dirección y control de la actividad laboral. En: E. BORRAJO DACRUZ (ed.), *El Estatuto de los Trabajadores: Derechos y deberes contractuales*. Pontevedra, EDERSA, 1985, pp. 99-152.

- MORENO MORCILLO, Juana, Las cláusulas sociales en la contratación pública como garantía frente al dumping social intracomunitario, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º 47-48, 2016, pp. 180-209.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé, La difícil vinculación de los criterios sociales al objeto del contrato, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 2, 2020, 20 págs.
- POZO BOUZAS, Eduardo, Las cláusulas sociales y medioambientales en la nueva Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, *DerechoLocal.es*, 2018.
- PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo, *Los criterios sociales y laborales en la contratación pública bajo la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público*, Albacete, Bomarzo, 2018.
- RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel, *La garantía de los derechos de los trabajadores: (Inderogabilidad e indisponibilidad)*, 1a ed. Valladolid, Lex Nova, 2002.
- RIVERO LAMAS, Juan, Modificación de las condiciones de trabajo, *El Estatuto de los Trabajadores*, Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA, 1988, pp. 125-206.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. La apuesta por la mejora de las condiciones laborales en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. *Foro. Revista de ciencias jurídicas y sociales* [en línea], vol. 20, n.º 2. 2017. Disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/59007>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, La transformación democrática del ordenamiento jurídico laboral y la relación individual de trabajo, *Temas Laborales. Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 1, 1984, pp. 50-67.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Derecho del Trabajo y disciplina de mercado. *Relaciones laborales*, n.º 2, 2001, pp. 89-102.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales, *Temas Laborales*, n.º 70, 2003, pp. 23-42.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Libre prestación de servicios y Derecho colectivo del trabajo, *Temas Laborales*, n.º 100 (II), 2009, pp. 517-550.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, Cláusulas sociales y contratación pública, *Diario La Ley*, n.º 8766, 2016.
- ROJO, Eduardo, 2017. ¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de contratos del sector público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los trabajadores). *eduardorojotorrecilla.es* [en línea]. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/el-inicio-de-la-contrarreforma-laboral.html>, [consulta: 15 de diciembre de 2024].
- SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel, La subrogación laboral ex pliego ante la sucesión de contratistas: una posibilidad vedada por la ley, *Revista de Derecho Social*, n.º 90, 2020, pp. 91-108.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, Novedades laborales de la Ley de contratos del sector público, *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 56, 2018, pp. 401-410.
- TODOLÍ SIGNES, Adrián, 2024, Los pliegos administrativos no generan derechos a los trabajadores ni cuando son mejoras por encima del convenio colectivo (STS

- 5/3/2024), *Argumentos en Derecho Laboral* [en línea], Disponible en: <https://adriantodoli.com/2024/05/16/los-pliegos-administrativos-no-generan-derechos-a-los-trabajadores-ni-cuando-son-mejoras-por-encima-del-convenio-colectivo-sts-5-3-2024/>, [consulta: 15 de diciembre de 2024].
- VALLECILLO GÁMEZ, M.<sup>a</sup> Rosa, Aspectos sociolaborales de la nueva ley de contratos del sector público: innovaciones y puntos críticos, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n.º 417, 2017, pp. 179-208.
- VALLEJO DACOSTA, Ruth, *Modificaciones de las condiciones de Trabajo*, Madrid, CES, Colecciones Estudios, 2002.
- VILLA GIL, Luis Enrique, El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, En: PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y GARCÍA-PERROTE, Ignacio (eds.), *Derecho del trabajo y seguridad social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*. Madrid, CEF, 2006, pp. 281-340.

# El derecho de adaptación de la jornada y la forma de prestación del artículo 34.8 ET cuando el sujeto causante es un hijo o hija mayor de 12 años

The right to the adaptation of working hours and the form of provision under Article 34.8 of the Workers' Statute (ET) when the dependent is a son or daughter over 12 years old

Paula López Aguado

*Investigadora no doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universitat de València*

ORCID ID: 0009-0003-5692-4464

Recibido: 10/1/2025

Aceptado: 7/2/2025

doi: 10.20318/labos.2025.9412

*Resumen:* Se analiza el derecho a la adaptación de la jornada laboral, contemplado en el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET), centrándose en las solicitudes derivadas del cuidado de hijos mayores de doce años tras las reformas introducidas por los Reales Decretos-ley 6/2019 y 5/2023. A través de un estudio jurisprudencial, se examinan las controversias relacionadas con la interpretación y aplicación del precepto, identificando cómo los tribunales valoran las necesidades de cuidado y las condiciones exigidas para justificar dichas solicitudes. Se destacan las discrepancias en las resoluciones judiciales y la importancia de consolidar criterios uniformes que reduzcan la inseguridad jurídica. Finalmente, se subraya el papel de la negociación colectiva para clarificar y ampliar los derechos de conciliación.

*Palabras clave:* adaptación de jornada, conciliación, cuidado de hijos, doce años, trabajo flexible.

*Abstract:* The right to the adaptation of working hours contemplated in Article 34.8 of the Workers' Statute (ET) is analysed, focusing on requests related to the care of children over twelve years old following the reforms introduced by Royal Decree-Laws 6/2019 and 5/2023. Through a jurisprudential study, the controversies related to the interpretation and application of this provision are examined, identifying how courts assess care needs and the conditions required to justify such requests. Discrepancies in judicial rulings and the importance of consolidating uniform criteria to reduce legal uncertainty are highlighted. Finally, the role of collective bargaining in clarifying and expanding these rights is emphasized.

*Keywords:* Working hours adjustment, work-life balance, childcare, twelve years, flexible work.

## 1. Introducción: los sujetos causantes del derecho de solicitud a la adaptación de jornada y forma de prestación a lo largo de las modificaciones del artículo 34.8 ET

El derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral se ha consolidado como un pilar esencial del derecho laboral contemporáneo, en particular a través de instrumentos normativos como el artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Este precepto ha evolucionado significativamente desde su introducción, reflejando una adaptación progresiva a las exigencias sociales y legales. Sin embargo, persisten desafíos en su interpretación y aplicación.

El apartado octavo del artículo 34 ET se introdujo con la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el Estatuto de los Trabajadores de 1995, con una redacción muy escueta:

*«8. El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquella.»*

En esta primera redacción, la jurisprudencia determinó que el ejercicio del derecho de adaptación se condicionaba a que la negociación colectiva pactara sus términos de ejercicio o al pacto con el empresario (SSTS de 13 de junio de 2008 –Rº. 897/2007, Sala de lo Social– y de 18 de junio de 2008 –Rº. 1625/2007, Sala de lo Social–).

No es hasta la posterior reforma de 2019, operada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, cuando el artículo 34.8 ET reguló un verdadero derecho de solicitud al prever el procedimiento individual a seguir cuando se careciera de regulación colectiva. Esta redacción estaba influenciada por la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores<sup>1</sup>. En lo que aquí nos atañe, los sujetos causantes del derecho, se incluyó un párrafo que determinaba que *«en el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años»*. En este momento, el derecho a solicitar la adaptación de la jornada no hacía referencia alguna a otras necesidades de conciliación que pudieran invocarse para hacerlo valer. Por ello, se originó una controversia sobre la posibilidad de que otras demandas de cuidados fueran causa de la solicitud de adaptación de la jornada y de la forma de prestación.

La última reforma del citado artículo acaeció con el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, para acomodar su redacción al artículo 9 de la Directiva (UE) 2019/1158

---

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G. *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación: Texto adaptado a las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*. València: Tirant lo Blanch, 2020. En concreto, la influencia fue de la Propuesta de la Directiva pues el Real Decreto se publicó el 1 de marzo y la Directiva es de 20 de junio.

sobre fórmulas de trabajo flexible. Con esta modificación se incluyó, entre otras variaciones, un párrafo que determinaba que:

*«Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición».*

No obstante, esta adición no ha solventado el debate relativo a la delimitación de las causas por las que se puede invocar este derecho. El presente artículo analiza, desde una perspectiva jurisprudencial, las principales controversias en torno a la posibilidad y el procedimiento a seguir cuando se pretende ejercer el derecho de adaptación de la jornada para el cuidado de un menor que ya ha superado la edad de los doce años, umbral que parece delimitar el legislador. Se ha realizado un breve examen de los antecedentes normativos que han configurado el derecho a la adaptación de jornada y, en concreto, los sujetos causantes del derecho. A continuación, se profundizará en las resoluciones judiciales que han contemplado supuestos en que la solicitud de adaptación de la jornada o forma de la prestación se ha realizado para suplir la necesidad de conciliación para el cuidado de un hijo o hija que ha alcanzado o superado los doce años de edad. En primer lugar, bajo el paraguas del Real Decreto Ley 6/2019 y, a continuación, con la redacción actual establecida por el Real Decreto-ley 5/2023.

## **2. El Real Decreto ley 6/2019 y el derecho a la adaptación de jornada para el cuidado de hijos e hijas mayores de doce años: la visión jurisprudencial**

Se ha mencionado en el apartado anterior que, tras la reforma de 2019, el artículo 34.8 ET fue objeto de una modificación que clarificó los sujetos legitimados para solicitar la adaptación de la jornada laboral y de la forma de prestación por motivos de conciliación. En concreto, se añadió un párrafo que reconoció este derecho en el contexto del cuidado de hijos e hijas, estableciendo que las personas trabajadoras podían ejercer dicha solicitud hasta que sus hijos o hijas alcanzaran los doce años de edad.

Este inciso supuso más sombras que luces sobre la determinación de los sujetos causantes del derecho y la doctrina lamentó que no se hiciera referencia a las necesidades de cuidados de otros familiares dependientes o de hijos e hijas de mayor edad<sup>2</sup>.

La lectura literal de este párrafo implicaba la restricción de las posibilidades de solicitud a que las personas trabajadoras tuvieran necesidades de cuidados de hijas o

---

<sup>2</sup> NIETO ROJAS, P. La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019: el derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio. En PUEBLA PINILLA y MERCADER UGUINA. *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*. Tirant lo Blanch, 2019, 245-277, p. 268; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. ¿"Espíritu social", «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo político». En *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. 2019, n.º. 433, p. 20.

hijos menores de 12 años<sup>3</sup>. Este enfoque fue rechazado por la doctrina<sup>4</sup> y por algunos de los juzgados y tribunales que lo analizaron, determinando que «*carecería de sentido que con la reforma se pretenda limitar el derecho de las personas trabajadoras que tenga hijos menores de doce años, cuando la regulación anterior no establecía esa limitación en el artículo 34.8 del ET*»<sup>5</sup>.

Se ha afirmado que una interpretación literal del precepto no se ajustaba al espíritu de la norma e, incluso, que constituía un posible defecto técnico<sup>6</sup>. Por esta razón, la doctrina coincidió en la necesidad de adoptar una interpretación extensiva que permitiera la conciliación en otros supuestos de necesidades familiares<sup>7</sup>. También se planteó la posibilidad de aplicar de forma analógica el artículo 37.6 del ET<sup>8</sup>, que regula el derecho a la reducción de la jornada por conciliación de la vida familiar y laboral. Esto habilitaría la solicitud de adaptaciones para el cuidado de hijos e hijas mayores de doce años y de otros familiares que, por discapacidad o circunstancias objetivas justificadas, requieran de una especial atención más allá de los cuidados habituales propios a su edad<sup>9</sup>.

En este sentido, la STSJ Galicia de 5 de octubre de 2020 (Rº 2173/2020, Sala de lo Social) concluyó que, cuando «*el hijo o hija del trabajador que solicita la adaptación tenga doce o más años, habría que acudir por analogía a lo dispuesto en el art. 37.6 con relación al resto de necesidades familiares, de tal manera que en este caso la solicitud de adaptación no vendría determinada por la edad, sino que tendrían que acreditar y justificar en los términos expresados, que el hijo mayor de doce años padece una discapacidad o una enfermedad grave,*

<sup>3</sup> DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L. Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo. En *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*. 2019, n.º 9, p. 205; BLASCO JOVER, Carolina. La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2019, vol. 7, n.º 2; MARTÍNEZ TORREGROSA, E. La adaptación de la jornada como mecanismo para hacer efectivo el derecho a la conciliación. En: MARÍN MORAL y SEMPERE NAVARRO, *La reordenación del tiempo de trabajo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, 647-667.

<sup>4</sup> IGARTUA MIRÓ, M. T. Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo: la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2019, n.º 53, p. 81.; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación: (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2019, p. 103.

<sup>5</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2019 (procedimiento núm. 667/2019) e INDA ERREA, M. El juzgado de lo Social concede la adaptación de jornada a una trabajadora con hijos mayores de 12 años: SJS núm. 1 de Valladolid, de 22 noviembre 2019 (AS 2020, 353). En *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2020, n.º 4.

<sup>6</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J. La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida. En *Derecho de las relaciones laborales*. 2020, n.º 2, p. 123.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.. La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance? En *Revista Derecho social y empresa*. 2020, n.º 12.

<sup>8</sup> NIETO ROJAS, La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019, *op. cit.*; NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación: (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, *op. cit.* p. 117.; TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. Ejercicio y dinámica del Derecho. En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y MONREAL BRINGSVAERD, *Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación*. Wolters Kluwer España, 2020, p. 246-247.

<sup>9</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. 2019, n.º 437-438, p. 100; FERNÁNDEZ PRATS, C., GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M. *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Tirant lo Blanch, 2019, p. 97.

*y con ella la necesidad de adaptación. En suma, si el hijo de la persona trabajadora tiene doce o más años, solo se podrá solicitar la adaptación de la jornada si resulta que se trata de un menor con necesidades especiales (discapacitado) o padece una enfermedad grave, siendo necesario en todo caso acreditar y razonar las necesidades de adaptación».*

No obstante, la doctrina sigue debatiendo la finalidad de la adición del párrafo referente a los menores de doce años. Algunos autores lo consideran innecesario, al no introducir un derecho concreto<sup>10</sup>. Otros opinan que su propósito era establecer, de forma imprecisa, un derecho directo en favor de las personas trabajadoras con hijas e hijos menores de doce años<sup>11</sup>. Una tercera corriente, más extendida, sostiene que su objetivo es presuponer la necesidad de cuidados en los hijos e hijas de menor edad<sup>12</sup>. Esta última postura, subraya que el precepto habilita las demandas de conciliación fundamentadas exclusivamente en la edad del hijo o hijas, aunque esto no implica que el derecho solicitado vaya a ser reconocido de manera automática<sup>13</sup>. Es decir, no sería necesario acreditar que concurre algún problema por el que el menor requiere una atención o cuidado especial cuando este sea menor de doce años, pero sí se debería probar que la medida solicitada responde a una efectiva necesidad de conciliación y es razonable y proporcionada<sup>14</sup>.

En mi opinión, alineada con la mayoría de la doctrina, la interpretación más razonable del límite de edad consiste en entender que los progenitores con hijos o hijas menores de doce años cuentan, por tal motivo, con una justificación válida para solicitar la adaptación de su jornada laboral. Sin embargo, esta justificación no asegura la concesión automática. La petición aún debe ser razonable y proporcionada, tanto a las necesidades concretas de conciliación de la persona trabajadora como a las exigencias organizativas y productivas de la empresa<sup>15</sup>. Por ello, quienes sean padres o madres de hijos o hijas mayores de doce años deben fundamentar su solicitud en razones, distintas de la edad, que justifiquen la adaptación<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. La adaptación de la jornada de trabajo: los cabos sueltos de su nueva regulación. En *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones. Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2020.

<sup>11</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, La nueva regulación de la adaptación de la jornada, *op. cit.*

<sup>12</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral. En *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2019, n.º. 9; LÓPEZ BALAGUER, El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019, *op. cit.*; NIETO ROJAS, La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019, *op. cit.*

<sup>13</sup> BARRIOS BAUDOR, Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral, *op. cit.*

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación, *op. cit.*, p. 36.; GOERLICH PESET, J.M. La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019. En *El laboralista*. 2020.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación, *op. cit.*, p. 35.

<sup>16</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R. Adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral: razonabilidad y proporcionalidad. En *Revista española de derecho del trabajo*. 2022, n.º. 257; BARRIOS BAUDOR, Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral, *op. cit.*; FERNÁNDEZ PRATS, GARCÍA TESTAL, LÓPEZ BALAGUER, Los derechos de conciliación en la empresa, *op. cit.*; NIETO ROJAS, La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019, *op. cit.*

Esta perspectiva es coherente con las resoluciones judiciales que afirman que *«debe entenderse que existe un derecho genérico de todas las personas trabajadoras a solicitar el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, y un derecho específico para aquellas que tengan hijos menores de doce años y que justifiquen la conciliación en esa causa, lo cual no impide que se pueda ejercitar el derecho por otras necesidades familiares distintas al cuidado de hijos menores de doce años (...). Nada impide que se pueda ejercitar el derecho para cuidar a hijos mayores de doce años cuando concurren causas familiares que hagan necesario ajustar la duración y distribución de la jornada de trabajo»*<sup>17</sup>.

No obstante, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 20 de octubre de 2022 (R<sup>o</sup> 797/2022, Sala de lo Social) rechazó esta interpretación. El tribunal determinó que la solicitud de adaptación de la jornada por cuidado de descendientes que ya hayan alcanzado los doce años se encontraba fuera del amparo legal del artículo 34.8 ET<sup>18</sup>. En el caso que trata esta sentencia, la trabajadora tenía dos hijas por las que estaba disfrutando de una reducción de jornada y, al cumplir las menores los doce años, solicitó la adaptación de la jornada del artículo 34.8 ET. La empresa denegó la pretensión al considerar que no se encontraba amparada por el precepto y alegando, a su vez, causas organizativas. Finalmente, el tribunal concluyó que no se había acreditado que el otro progenitor no se pudiera hacer cargo de las menores, que la empresa había acreditado motivos suficientes para la denegación y que, aunque hay necesidades de conciliación por tener dos hijos, esta petición carecía de cobertura legal.

Pese a ello, la mayoría de las resoluciones judiciales que han analizado la posibilidad de adaptar la jornada o la forma de prestación cuando el sujeto causante de la conciliación es un hijo o hija que ya ha alcanzado los doce años de edad, han adoptado la misma interpretación que la doctrina mayoritaria. En este sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2019 (procedimiento núm. 667/2019) otorgó la adaptación de la jornada a la madre de una menor, que ya había alcanzado los doce años, al demostrarse que el marido pernoctaba fuera del domicilio la mayor parte de los días. El juzgado consideró que este hecho era causa suficiente para conceder la adaptación del horario. No se estableció un límite temporal a la conciliación, a pesar de que en la solicitud inicial de la trabajadora a la empresa se hacía la referencia genérica *«hasta que mejoren mis circunstancias familiares»*.

De manera similar, la SJS núm. 1 de Toledo de 18 de noviembre de 2020 (proc. núm. 370/2020), adaptó el horario de una trabajadora porque el hijo, mayor de doce años, tenía unas *«necesidades especiales de atención, dada la patología psicológica que presenta y que se acredita con la documental médica aportada (...), de la que resulta la importancia de*

<sup>17</sup> Promulgado por la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2019 (procedimiento núm. 667/2019) y reiterado en STSJ del País Vasco de 19 de julio de 2022 (R<sup>o</sup> 1413/2022, Sala de lo Social); SJS Ponferrada núm. 1 de 10 de octubre de 2022 (proc. núm. 191/2022); SJS Burgos núm. 1 de 25 de mayo de 2023 (proc. núm. 166/2023); y SJS Toledo núm. 4 de 26 de mayo de 2023 (proc. núm. 673/2022), entre otras.

<sup>18</sup> Concretamente determina que: *«La regulación invocada y que se detalla en el articulado del ET rige bajo la premisa de que sean menores de 12 años, condición que ha desaparecido en el supuesto que nos ocupa. Ello por sí solo conllevaría la desestimación del motivo invocado, por no tener la garantía de protección que interesa, al no darse la premisa sine qua nom: NO SON MENORES DE 12 AÑOS.»*

*la presencia materna para beneficio de su evolución pedagógica y psicológica*». En este supuesto, además de las enfermedades diagnosticadas, que se encuentran anonimizadas en la sentencia, y del seguimiento de neurocirugía, oftalmología y dermatología, tanto el pediatra como el psicólogo del menor emitieron sendos informes en que constaba que el menor precisaba de supervisión familiar continua para realizar las tareas escolares y cotidianas.

En la misma línea, la SJS núm. 1 de Ponferrada de 10 de octubre de 2020 (proc. núm. 191/2022), concluyó que *«no es un niño de 11/12 años como los demás, es un menor con necesidades especiales»*. En el caso tratado por la sentencia, el menor padecía un trastorno de hábitos e impulsos que requería un apoyo constante de su madre, considerado esencial para su evolución favorable por parte del psicólogo tratante.

Se observa que, en el primero de los casos señalados, SJS núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2019 (proc. núm. 667/2019), el juzgado valoró la especialidad de las circunstancias familiares. Por el contrario, en los dos siguientes, la SJS núm. 1 de Toledo de 18 de noviembre de 2020 (proc. núm. 370/2020) y la SJS núm. 1 de Ponferrada de 10 de octubre de 2020 (proc. núm. 191/2022), se tomó en consideración el estado de salud y las dificultades académicas del menor, acreditadas mediante informes médicos y psicológicos.

En contraste, la SJS núm. 1 de Burgos de 25 de mayo de 2023 (proc. núm. 166/2023), considerando las circunstancias familiares, denegó la adaptación de la jornada en un caso de progenitores divorciados. El juzgado determinó que, cuando se pactó el régimen de custodia compartida, ya eran conocedores del fin de la reducción de la jornada por guarda legal. Por tanto, *«no se puede considerar dicha necesidad como sobrevenida o inesperada en tanto en cuanto era previsible que se generara y que la actora debería volver a desempeñar turnos de mañana, tarde y noche»*. En este caso no se habían aportado indicios siquiera de que el menor requiriera cuidados diferentes a los connaturales para su edad.

De igual forma, la SJS núm. 4 de Toledo de 26 de mayo de 2023 (proc. núm. 673/2022) determinó que *«la solicitud de adaptación de la actora no es proporcionada ni razonable, por cuanto, el hijo es mayor de 12 años y se le presupone madurez suficiente, no habiéndose acreditado con la documental médica privada aportada que necesite supervisión o ayuda permanente de tercero en el domicilio familiar u otras obligaciones específicas de cuidado»*. En el presente supuesto, el menor asistía a fisioterapia y a la consulta psicológica, pero el juzgado consideró que el trabajo a turnos de la madre no le impedía acompañarle a las citas, no siempre trabajaba en turno de tardes, y tampoco acreditó unas necesidades específicas de conciliación.

El análisis de estas cinco sentencias y del tratamiento que los juzgados han dado a las solicitudes de adaptación de la jornada de progenitores con hijos o hijas mayores de doce años, pone de manifiesto la relevancia que los juzgados otorgan a los informes de los médicos de atención primaria y psicólogos que tratan a los menores. Son especialmente reseñables las Sentencias del Juzgado de lo Social de Toledo que, aunque pertenecan a distinto Juzgado, siguen una misma línea argumentativa. En la segunda de ellas, la SJS núm. 4 de Toledo de 26 de mayo de 2023 (proc. núm. 673/2022), de los informes médicos no queda demostrada la necesidad de supervisión continua del menor, motivo por el que deniegan la solicitud. Mientras que, en la SJS núm. 1 de Toledo de 18

de noviembre de 2020 (proc. núm. 370/2020), sí consta probada, por lo que se procede a conceder la adaptación.

Por otro lado, el TSJ del País Vasco adoptó un enfoque distinto y dictó una llamativa sentencia (STSJ País Vasco de 19 de julio de 2022, R°1413/2022 Sala de lo Social) en la que no se valoró que el menor no pueda valerse por sí mismo o requiera una especial atención. En este caso, la empresa denegó la pretensión con el argumento que, alcanzados los doce años, no existía causa para conceder la adaptación de la jornada. La trabajadora recurrió alegando que no se ha llevado a cabo el proceso de negociación que establecía el artículo 34.8 ET y el tribunal consideró que: «*el ejercicio de este derecho subjetivo de petición de adaptación de jornada genera un efecto inmediato fijado en la Ley: desencadenar un proceso negociador al que empresa y trabajador vienen obligados a desarrollar por un plazo máximo de treinta días*». Por este motivo, ante la ausencia de una negociación, que el tribunal estimó imprescindible, se decretó que había lugar a las pretensiones de conciliación sin valorar otras circunstancias concurrentes. De este modo, se aplicó la misma forma de proceder que en los supuestos en los que se solicita el derecho para el cuidado de hijos e hijas menores de doce años. No se hizo distinción alguna según la edad de los hijos e hijas de la persona trabajadora y se concedió la adaptación de la jornada por el incumplimiento de los requisitos formales del procedimiento por parte de la empresa<sup>19</sup>.

Por último, la SJS núm. 3 de Palma de Mallorca de 23 de marzo de 2023 (proc. núm. 81/2023) también concedió la adaptación de la jornada a la progenitora de una menor que ya había alcanzado los doce años. Esta sentencia es destacable ya no por su argumentación, no sopesa las circunstancias personales y familiares ni los motivos organizativos, sino porque, en este caso, el convenio colectivo aplicable amplía el derecho a la conciliación familiar hasta los catorce años. El juzgado denegó la pretensión de la trabajadora, que solicitaba que la medida se concediera por tiempo indefinido, pero otorgó la adaptación de la jornada por el plazo establecido por la negociación colectiva.

Esta resolución es una muestra del interés porque sea la negociación colectiva quien establezca distintos límites de edad para ampliar los derechos de las personas trabajadoras y de sus familiares a cargo y, así, reducir la conflictividad en la concesión del presente derecho. En este sentido, la doctrina ya venía indicando esta posibilidad y determinando que debía ser la negociación colectiva quien modificara el límite de edad –siempre ampliándolo en beneficio del menor– para conceder la adaptación en los supuestos que no se aprecien unas necesidades de cuidados especiales<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Como se tratará más adelante, la ausencia de negociación no ha sido considerada causa directa de concesión de la solicitud cuando el sujeto causante es mayor de doce años en otras resoluciones como la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de septiembre de 2024 (R° 1606/2024, Sala de lo Social). Bajo mi punto de vista, considero que lo más adecuado es proceder como en la SJS núm. 4 de Vigo de 10 de junio de 2024 (proc. núm. 7/2024) donde, ante la falta de negociación, el juzgado valoró las circunstancias y, dado que correspondía la concesión de la conciliación, condenó a la empresa a abonar una indemnización por daños y perjuicios a la persona trabajadora. Es decir, se debería de valorar la ausencia de negociación como motivo para conceder una indemnización a la persona trabajadora pero no la concesión automática de lo solicitado cuando el sujeto causante sea mayor de doce años.

<sup>20</sup> BARRIOS BAUDOR, Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral, *op. cit.*; SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, B. El derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, y su redacción en el RDL 6/2019. En *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*.

En conclusión, tanto la doctrina como la mayoría de las resoluciones determinaban que era necesario ponderar las circunstancias concurrentes y acreditar que el sujeto causante no podía valerse por sí mismo o que requería unos cuidados especiales. No obstante, se encontraba alguna resolución disidente en sentido de denegar totalmente el derecho cuando el menor superaba los doce años o, por el contrario, de aceptar la solicitud de adaptación de la jornada sin hacer distinción alguna según la edad de los hijos o hijas de la persona trabajadora. En cualquier caso, los tribunales otorgaban un gran valor a los informes de los profesionales que trataban a los menores y a que, aunque se hubiera denegado la solicitud, la empresa hubiera negociado de buena fe y seguido el procedimiento establecido en el artículo 34.8 ET.

### **3. Concreción de los sujetos causantes del derecho con el Real Decreto-ley 5/2023: ¿fin de la inseguridad jurídica?**

El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, modificó el artículo 34.8 ET para cumplir con las exigencias de la Directiva (UE) 2019/1158, en particular con su artículo 9, relativo a fórmulas de trabajo flexible. Por cuanto aquí interesa, esta norma amplió los sujetos causantes del derecho a solicitar la adaptación de la jornada y la forma de prestación, con una redacción muy similar a la del derecho a la reducción de jornada del art. 37.6 ET, pero excluyendo a los familiares por afinidad que no convivan con la persona trabajadora. Esta pequeña diferencia se explica por el objetivo de promover la corresponsabilidad, eje tanto de la Directiva de cuidados como del Real Decreto-ley 5/2023 que la traspone<sup>21</sup>.

La modificación no ha venido sino a confirmar la interpretación mantenida por la doctrina y la mayoría de las resoluciones judiciales de la redacción anterior. Por este motivo, la argumentación de las sentencias anteriores a esta última reforma sigue siendo de relevante interés y de vigente actualidad<sup>22</sup>.

La “ampliación” de los sujetos causantes del derecho ha sido bien recibida por gran parte de la doctrina porque evita que necesidades de conciliación, distintas de la dispensa de cuidados a un menor de doce años, sean fácilmente rechazadas<sup>23</sup>. A su vez, sin embargo,

---

2020, n.º. 24, p. 24.; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. Derechos de conciliación y tiempo de trabajo en la negociación colectiva: permisos, suspensiones del contrato y adaptación de jornada. En: QUINTANILLA NAVARRRO, *Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 287; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L. El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial. En *Anuario jurídico y económico escorialense*. 2023, n.º 56

<sup>21</sup> CABEZA PEREIRO, J. La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional. En *Revista de derecho social*. 2020, n.º. 92

<sup>22</sup> Salvo, quizá, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 2023 (R.º. 166/2023, Sala de lo Social) que denegaba la adaptación de la jornada solicitada por ser un supuesto fuera de la cobertura de la norma.

<sup>23</sup> SALA FRANCO, T. Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio. En CASAS BARAMONDE, M.E. *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023*. Cinca, 2024; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionada y no «a la carta». En *Revista española de derecho del trabajo*. 2023, n.º. 269; QUÍLEZ MORENO, J.M. Análisis de las nuevas medidas de conciliación laboral y familiar: artículos 127 y 129 del Real Decreto-Ley 5/2023. En *Revista española de derecho del trabajo*. 2023, n.º 268

limita los sujetos causantes a los que se encuentran recogidos en el inciso. Esto es, «*hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio*», lo que destierra otros cuidados que, en la primera redacción, podían quedar implícitos en la referencia genérica del derecho<sup>24</sup>.

En lo que aquí respecta, el inciso reafirma la posibilidad de solicitar la adaptación ante «*necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años (...) que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición*». Aunque esto no ha acabado con la inseguridad jurídica.

Se cuestiona qué se entiende por necesidad de cuidado, es decir, qué situaciones justificarían la solicitud y qué información se debería acreditar. A este respecto, la doctrina mayoritaria considera que la principal diferencia según la edad del menor es que, superados los doce años, la necesidad de cuidado ya no es la connatural a su edad. Es decir, no se justifica con la mera necesidad de acompañamiento<sup>25</sup>. Cuando los menores alcanzan la edad de doce años, se les presupone cierta autonomía y, aunque no se da una equivalencia con la discapacidad<sup>26</sup>, se estima que las solicitudes de adaptación de la jornada, se deben justificar en un motivo médico de cierta entidad<sup>27</sup>. Por ello, los progenitores con hijos mayores de doce años que soliciten el derecho a la adaptación de la jornada y de la forma de prestación deberán acreditar la existencia del hijo o hija, la necesidad de cuidado –que no se podría fundamentar en la edad del menor como sí ocurre con los menores de doce años–, la conveniencia de la medida solicitada y la proporcionalidad y razonabilidad de su petición en consideración con los intereses empresariales<sup>28</sup>. No obstante, hay autores que defienden que esta interpretación restringe el concepto de necesidad de conciliación y, en tanto en cuanto se trata de un derecho fundamental, es la persona trabajadora quien ostenta la legitimidad para valorar qué se considera una necesidad de cuidado<sup>29</sup>.

En lo que respecta a los juzgados y tribunales, la generalidad de las resoluciones valora las circunstancias que demuestran la necesidad de atención y cuidado del sujeto causante por la persona trabajadora y solamente conceden el derecho cuando estas circunstancias o problemas médicos tienen cierta entidad.

En este sentido, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 23 de septiembre de 2024 (R° 1606/2024, Sala de lo Social) estima que, para que el sujeto causante de la adaptación sea un mayor de doce años, debe tratarse de una persona dependiente que

<sup>24</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T. Novedades en la adaptación de “jornada” por conciliación tras el RDL 5/2023: Algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada. En *Revista Derecho social y empresa*. 2023, n.º 19, p. 87.

<sup>25</sup> LÓPEZ BALAGUER, M. *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad: (RD-Ley 5/2023 y RD-Ley 2/2024)*. Tirant lo Blanch, 2024.

<sup>26</sup> IGARTUA MIRÓ, Novedades en la adaptación de “jornada” por conciliación tras el RDL 5/2023, *op. cit.*

<sup>27</sup> BLASCO JOVER, C. Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias. En *Lex social: revista de los derechos sociales*. 2023, vol. 13, n.º 2.

<sup>28</sup> LÓPEZ BALAGUER, Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad, *op. cit.*

<sup>29</sup> MARTÍNEZ MORENO, C. La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿El progreso de un derecho aún incompleto? En *Revista Derecho social y empresa*. 2023, n.º 19.

por razón de discapacidad, enfermedad o accidente no puede valerse por sí misma porque la referencia a la edad se debe entender hecha a una edad avanzada. En este supuesto la trabajadora trata de justificar la medida en el apoyo a la realización de los deberes escolares y actividades extraescolares por lo que no concurriría el presupuesto básico de que los menores no puedan valerse por sí mismos. Por este motivo, se deniega la pretensión de la trabajadora recogiendo que *«lo pertinente era una denegación de plano»* por lo que la empresa no tendría si quiera el deber de negociar. En la misma línea resuelven la SJS núm. 2 de Palencia de 1 de marzo de 2024 (proc. núm. 448/2023) recogiendo que *«la única necesidad que entendemos de la parte actora, sería el deseo de todo progenitor de pasar el mayor tiempo con sus hijos, lo cual resulta loable, pero si se atendiera a ello con apoyo en el art. 34.8ET resultaría que las empresas vendrían obligadas a adaptar su jornada laboral al horario escolar o extraescolar de los hijos de sus empleados sin excepción»*, aunque considera que puede ser reprochable el hecho de que la empresa no diera paso al periodo de negociación; y la SJS núm. 1 de Burgos de 10 de abril de 2024 (proc. núm. 170/2024) porque *«el hijo es mayor de 12 años y se le presupone madurez suficiente, y no se ha acreditado con la documental aportada que necesite supervisión o ayuda permanente de tercero en el domicilio familiar u otras obligaciones específicas de cuidado»*.

En el caso tratado por la SJS núm. 2 de Logroño de 29 de agosto de 2024 (proc. núm. 1606/2024) la persona trabajadora considera que doce años no es una edad suficiente para que la menor pase las tardes sola y se valga por sí misma para tareas cotidianas. La sentencia contesta que *«el legislador no lo ha entendido así, al haber fijado el límite edad de 12 años como punto de diferenciación no solo en la adaptación de jornada sino también en los casos de reducción de jornada»*. La actora no acredita que la menor tenga algún impedimento para valerse por sí misma por lo que no concurren los presupuestos legales para acceder a la adaptación. A su vez, la empresa acreditó razones organizativas y ofreció adelantar la finalización de la jornada a las 20:00, en vez de a las 22:00 habituales.

Por su parte, la SJS núm. 4 de Vigo de 10 de junio de 2024 (proc. núm. 7/2024) confirma el derecho de la demandante a adaptar su jornada porque la hija tiene problemas de concentración que afectan a su rendimiento académico, alteraciones en el comportamiento y ha sido enviada a psiquiatría infantil por el fallecimiento de su padre. El juzgado valora las particularidades de salud y organización familiar que presenta el caso y concede la adaptación. Además, condena a la empresa a abonar una indemnización de 2.800 euros por no haber justificado la denegación ni haber accedido a una negociación individualizada.

En cambio, en la SJS núm. 1 de Logroño de 15 de febrero de 2024 (proc. núm. 417/2023) se acredita que la hija requiere una especial atención por parte de su madre al padecer problemas psicológicos<sup>30</sup> pero el juzgado considera estos problemas no le impiden valerse por sí misma. Concluye que *«no concurren los presupuestos exigidos en el artículo 34.8 del ET en relación a la demostración de la concreta necesidad en relación con la adaptación solicitada, dada la edad de la hija menor de la trabajadora, que cuenta con 15*

<sup>30</sup> La menor acude al Programa de Mejora del aprendizaje rendimiento y constan diversos informes médicos de asistencia al Servicio de Urgencias por sensación de ansiedad, tensión, nerviosismo, mareos, taquicardias, palpitaciones y disnea. Está en seguimiento psicológico quincenal.

*años de edad, lo cual impide apreciar la razonabilidad y proporcionalidad de su pretensión, procede desestimar la pretensión ejercitada».* Además, en este caso la empresa alega causas organizativas para denegar la adaptación y ya había propuesto a la trabajadora ocupar una vacante en otro servicio en turno de mañana que había sido rechazada.

Por otro lado, en el supuesto resuelto por la STSJ Andalucía (Sevilla) de 12 de junio de 2024 (R<sup>o</sup> 1785/2024, Sala de lo Social), aunque se trata de motivar la solicitud, el tribunal considera que tener miedo a la oscuridad y a los ruidos no es motivo suficiente porque estas circunstancias carecen de suficiente entidad. En adición, la trabajadora no prestaba servicios en el turno nocturno por lo que su horario no le impedía atender a su hija en los momentos en que era más vulnerable.

Contraria a la argumentación de las sentencias anteriores encontramos la STSJ de País Vasco de 7 de mayo de 2024 (R<sup>o</sup> 115/2024, Sala de lo Social). En esta sentencia se considera que con doce años la menor continúa siendo una niña, por lo que esto es motivo suficiente para adaptar la jornada de la progenitora. Se omite cualquier referencia a la diferenciación por edad realizada por el legislador al contemplar el régimen jurídico en dos párrafos distintos para los supuestos en que el menor tenga menos de doce años y cuando alcanza tal edad. A mayor abundamiento, en este caso la empresa alegó razones organizativas, mayor afluencia de clientela en el turno de tarde, y ofreció a la trabajadora un puesto con modalidad de teletrabajo que rechazó. El tribunal argumenta que como la mayor afluencia de clientes también se daba cuando la trabajadora tenía la adaptación horaria por ser su hija menor de doce años, este hecho no justifica la actual denegación.

Con todo ello, la restricción de la adaptación de la jornada para atender a mayores de doce años a los supuestos en que se justique una necesidad real y de suficiente entidad es congruente con el hecho de que el legislador establezca en dos párrafos diferentes y con regímenes distintos la conciliación familiar según la edad del menor. Una interpretación amplia de las necesidades de cuidado y sometida a la consideración de la persona trabajadora provocaría que un trato indiferenciado hacia todos los menores lo que, a su vez, supondría hacer de peor derecho los derechos de conciliación vinculados a la protección de los hijos e hijas menores de doce años<sup>31</sup>. En este sentido se ha resuelto también en sede judicial. Salvo la *rara avis* de la STSJ de País Vasco de 7 de mayo de 2024 (R<sup>o</sup> 115/2024, Sala de lo Social) que, a mi modo de ver, desoye la voluntad del legislador, los juzgados y tribunales ponderan las circunstancias del caso y requieren que la solicitud se encuentre motivada en una razón médica de entidad, exigiendo, e interpretando de forma restrictiva, el hecho de que no puedan valerse por sí mismos.

#### **4. Una reflexión final sobre la acreditación de necesidad de cuidados de los hijos e hijas que superan los doce años de edad**

La reforma del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores mediante el Real Decreto-ley 5/2023 supone un avance significativo en la evolución del derecho a la conciliación

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, La adaptación de la jornada por conciliación, *op. cit.*

de la vida familiar y laboral en España. La ampliación de los sujetos causantes del derecho a la adaptación de la jornada y de la forma de prestación, incluyendo a hijos e hijas mayores de doce años, refleja un intento por atender las demandas sociales contemporáneas y armonizar la normativa interna con los objetivos de la Directiva (UE) 2019/1158. Sin embargo, esta reforma no ha logrado eliminar por completo las controversias ni la inseguridad jurídica asociadas a la delimitación de los supuestos que justifican la solicitud de este derecho.

La Directiva (UE) 2019/1158 en su artículo 9 establece que los Estados miembros garantizarán que los progenitores con hijos de hasta, como mínimo, ocho años y los cuidadores tengan derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible. Se entiende por cuidador el «trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave»<sup>32</sup>. En este sentido se observa que el legislador estatal, siendo más garantista que el europeo y siguiendo su línea habitual, otorga este derecho hasta que los hijos o hijas alcanzan los doce años. De la redacción del artículo 34.8 ET se percibe que nuestro legislador considera que con doce años los menores tienen madurez suficiente para equiparar su régimen de cuidados al de cualquier otra persona que conviva con la persona trabajadora. Esto, aunque pueda ser cuestionable, también lo hace la normativa europea pero desde los ocho años.

El análisis jurisprudencial muestra una tendencia hacia la interpretación restrictiva de la normativa, exigiendo que las necesidades de cuidado hacia hijos e hijas mayores de doce años sean acreditadas mediante razones médicas o circunstancias excepcionales de suficiente entidad. Esta posición, aunque coherente con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, plantea desafíos para las personas trabajadoras que enfrentan necesidades de conciliación más difusas o difíciles de documentar. Además, persisten las discrepancias entre los criterios aplicados por los tribunales, lo que subraya la necesidad de consolidar una doctrina uniforme que ofrezca mayor certeza tanto a trabajadores como a empleadores.

Desde mi punto de vista, no resulta conveniente establecer criterios objetivos para la evaluación de las solicitudes ni enumerar, ni siquiera a modo de ejemplo, los supuestos en los que podría reconocerse el derecho. La casuística de las necesidades de conciliación es amplísima, y las realidades personales y empresariales resultan indeterminables. Por ello, tampoco considero adecuado ampliar automáticamente el derecho más allá de los doce años ni fijar un límite uniforme en los catorce o dieciséis años.

Lo conveniente es potenciar que sea la negociación colectiva quien concrete las circunstancias de ejercicio de los derechos de conciliación. El convenio colectivo o el acuerdo de empresa es el instrumento idóneo para adaptar y equilibrar los intereses de las personas trabajadoras y las empresas, ya que permite un ajuste más preciso a las particularidades organizativas y a la composición de la plantilla.

---

<sup>32</sup> Artículo 3 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

No obstante, en aras de reducir la litigiosidad, considero fundamental clarificar el régimen jurídico de los derechos de conciliación cuando el sujeto causante es un menor de edad superior a los doce años.

En este sentido, propongo diferenciar tres niveles dentro de la regulación. El primero, respecto a los menores de doce años, la necesidad de conciliación deberá acreditarse, mientras que la de cuidados se considerará implícita en su edad<sup>33</sup>. El segundo, para menores de más de doce años, donde la solicitud de adaptación de jornada solo debería estar justificada cuando el hijo o hija requiera cuidados distintos a los connaturales para su edad, debido a un accidente o enfermedad que afecte a su autonomía. Se eliminaría así la referencia a la edad como criterio en sí mismo y se centraría en la necesidad real de cuidado.

En tercer lugar, para otros sujetos causantes (cónyuge, pareja de hecho, familiares hasta el segundo grado, convivientes dependientes, etc.), mantendría el régimen actual, exigiendo la acreditación de la necesidad de atención y permitiendo la solicitud en función de la dependencia del sujeto causante.

En cualquier caso, la empresa debe estar obligada a abrir un proceso de negociación y escuchar los argumentos de la persona trabajadora antes de resolver la solicitud. Si bien ello no implica una concesión automática, garantiza un procedimiento justo y fundamentado que refuerza la transparencia y la seguridad jurídica en la aplicación del derecho a la conciliación.

Considero que no es en sede judicial donde se debe ampliar los supuestos que dan derecho a solicitar la conciliación por el artículo 34.8 ET. Contravenir lo establecido en la normativa y no exigir que el sujeto causante necesite asistencia por sus especiales circunstancias, genera una gran inseguridad jurídica. Ampliar el régimen jurídico de los menores de doce años a sus homólogos de mayor edad tiene un problema añadido: la fijación del límite de edad que se considera madurez suficiente para no requerir supervisión constante. La mayoría de las resoluciones consultadas, cuando conceden la adaptación al progenitor o progenitora de un menor que ha alcanzado los doce años, no fijan una fecha límite, que antes se encontraba precisamente en estos doce años. Por ello, cuando la concesión se realiza basándose únicamente en la edad del menor resulta prácticamente imposible determinar con certeza cuando se da un cambio de circunstancias que haga decaer las causas que motivaron la adaptación.

En este contexto, reitero la importancia de la negociación colectiva como herramienta para complementar y clarificar los derechos de conciliación establecidos por la normativa. La ampliación de los límites de edad para hijos e hijas o la inclusión de otros familiares puede mejorar la cobertura de las necesidades reales de cuidado. En cualquier caso, es en esta sede donde se debe ampliar la edad de los hijos o hijas causantes del derecho que requieran cuidados connaturales a su edad, porque, de esta forma, se podría adaptar la regulación a las especialidades del sector de actividad.

---

<sup>33</sup> Bajo mi punto de vista este régimen es el que pretende el legislador. No es suficiente para ver concedida la conciliación acreditar la existencia de un menor de doce años, sino que se debe de justificar la necesidad de la medida concreta de conciliación que se solicita. Lo contrario implicaría que las empresas deberían de adaptar la jornada laboral al horario escolar de los menores de su plantilla siempre y en todo caso.

En resumen, aunque sería positivo clarificar el régimen jurídico de la adaptación de jornada según el sujeto causante, la normativa actual exige acreditar una discapacidad o un problema de salud de entidad suficiente del mayor de 12 años. Debe demostrarse que le impide valerse por sí mismo o que requiere atención y cuidado constante por parte de la persona trabajadora. No obstante, en el caso de la solicitud de adaptación de jornada no cumple estos requisitos, la empresa debe igualmente iniciar el proceso de negociación. Antes de denegar la petición de la persona trabajadora, debe constatar que el menor no necesita cuidados distintos a los propios de su edad y justificar su decisión de manera argumentada.

## 5. Bibliografía

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel. Adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral: razonabilidad y proporcionalidad. En *Revista española de derecho del trabajo*. 2022, n.º. 257, pp. 13-30. ISSN 2444-3476.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. Adaptación de la jornada de trabajo por motivos de conciliación de vida familiar y laboral. En *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2019, n.º. 9, p. 3. ISSN 1889-4380.
- BLASCO JOVER, Carolina. Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la ley de familias. En *Lex social: revista de los derechos sociales*. 2023, vol. 13, n.º. 2, p. 12. ISSN 2174-6419.
- BLASCO JOVER, Carolina. La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. En *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 2019, vol. 7, n.º. 2, pp. 46-73. ISSN 2282-2313.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. La directiva de conciliación de la vida familiar y profesional. En *Revista de derecho social*. 2020, n.º. 92, pp. 41-80. ISSN 1138-8692.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. Conciliación, régimen de turnos y adaptación de la jornada de trabajo. En *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa: (RGDS)*. 2019, n.º. 9, pp. 189-214. ISSN 1696-3083.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto. La adaptación de la jornada por conciliación: una medida necesitada de justificación razonable y proporcionada y no «a la carta». En *Revista española de derecho del trabajo*. 2023, n.º. 269, pp. 153-160. ISSN 2444-3476.
- FERNÁNDEZ PRATS, Celia, GARCÍA TESTAL, Elena, LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los derechos de conciliación en la empresa: la corresponsabilidad como objetivo para la igualdad*. Tirant lo Blanch, 2019. ISBN 978-84-13-13977-7.
- GOERLICH PESET, José María. La adaptación de la ejecución del contrato por razones de conciliación de la vida familiar tras el RDL 6/2019. En *El laboralista*. 2020, pp. 1-6

- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida. En *Derecho de las relaciones laborales*. 2020, n.º. 2, pp. 111-125. ISSN 2387-1113.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa. Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo: la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada ex artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores. En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 2019, n.º. 53, p. 3. ISSN 1696-9626.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa. Novedades en la adaptación de “jornada” por conciliación tras el RDL 5/2023: Algunos avances hacia una flexibilidad más equilibrada. En *Revista Derecho social y empresa*. 2023, n.º. 19, p. 4. ISSN 2341-135X.
- INDA ERREA, Mabel. El juzgado de lo Social concede la adaptación de jornada a una trabajadora con hijos mayores de 12 años: SJS núm. 1 de Valladolid, de 22 noviembre 2019 (AS 2020, 353). En *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2020, n.º. 4, p. 18. ISSN 1889-4380.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. El derecho a la adaptación de jornada y forma de trabajo por conciliación de la vida laboral y familiar tras el Real Decreto-Ley 6/2019. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. 2019, n.º. 437-438, pp. 93-118. ISSN 2792-8322, 2792-8314.
- LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. *Los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad: (RD-Ley 5/2023 y RD-Ley 2/2024)*. Tirant lo Blanch, 2024. ISBN 978-84-13-78066-5.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina. La adaptación de la jornada con fines de conciliación en el RDL 5/2023: ¿El progreso de un derecho aún incompleto? En *Revista Derecho social y empresa*. 2023, n.º. 19, p. 2. ISSN 2341-135X.
- MARTÍNEZ MORENO, Carolina. La nueva regulación de la adaptación de la jornada con fines de conciliación ¿hasta dónde llega el avance? En *Revista Derecho social y empresa*. 2020, n.º. 12, p. 3. ISSN 2341-135X.
- MARTÍNEZ TORREGROSA, Elena. La adaptación de la jornada como mecanismo para hacer efectivo el derecho a la conciliación. En: MARÍN MORAL y SEMPERE NAVARRO, La reordenación del tiempo de trabajo, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2022, 647-667. ISBN 978-84-340-2871-5.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes. Derechos de conciliación y tiempo de trabajo en la negociación colectiva: permisos, suspensiones del contrato y adaptación de jornada. En QUINTANILLA NAVARRO, Tiempo de trabajo y salario en la negociación colectiva sectorial estatal. Thomson Reuters Aranzadi, 2022, p. 287. ISBN 978-84-13-91985-0.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes. El derecho a solicitar la adaptación de jornada: Una aproximación legal y judicial. En *Anuario jurídico y económico escorialense*. 2023, n.º. 56, pp. 95-120. ISSN 1133-3677.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. ¿”Espíritu social”, «técnica maquiavélica»? el «derecho» que queda de las «leyes de viernes social» al desvanecerse su «humo políti-

- co». En *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*. 2019, n.º. 433, pp. 5-27. ISSN 2792-8322, 2792-8314.
- NIETO ROJAS, Patricia. La adaptación de jornada por necesidades de conciliación de la vida familiar en el RD Ley 6/2019: el derecho reconocido en el art. 34.8 ET y los límites a su ejercicio. En PUEBLA PINILLA y MERCADER UGUINA. *Tiempo de reformas: en busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*. Tirant lo Blanch, 2019, 245-277, p. 268. ISBN 978-84-13-13836-7.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, Pilar. *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación: (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*. Madrid: Dykinson, 2019. ISBN 978-84-13-24333-7.
- QUILEZ MORENO, José María. Análisis de las nuevas medidas de conciliación laboral y familiar: artículos 127 y 129 del Real Decreto-Ley 5/2023. En *Revista española de derecho del trabajo*. 2023, n.º. 268, pp. 55-74. ISSN 2444-3476.
- RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. *Adaptación de la jornada de trabajo o en la forma de prestar el trabajo por razones de conciliación: Texto adaptado a las novedades introducidas por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19*. València: Tirant lo Blanch, 2020. Laboral ; 263. ISBN 978-84-13-55496-9.
- RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, Victoria. La adaptación de la jornada de trabajo: los cabos sueltos de su nueva regulación. En *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Comunicaciones. Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020*. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, 2020, pp. 943-964. ISBN 978-84-8417-556-8.
- SALA FRANCO, Tomás. Novedades en materia laboral del Real Decreto-Ley 5/2023, de 18 de junio. En CASAS BAAMONDE, María Emilia *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Las claves de 2023*. Cinca, 2024, pp. 243-248. ISBN 978-84-10-16703-2.
- SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, Beatriz. El derecho de adaptación de jornada para la conciliación de la vida laboral y familiar, y su redacción en el RDL 6\2019. En *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*. 2020, n.º. 24, pp. 131-182. ISSN 2386-8104.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. Ejercicio y dinámica del Derecho. En PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL y MONREAL BRINGSVAERD, Registro de la jornada y adaptación del tiempo de trabajo por motivos de conciliación. Wolters Kluwer España, 2020. ISBN 978-84-9020-965-3.

# La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social. Evolución de la jurisprudencia de la Sala Tercera sobre la cuestión

The doctrine of the link and the tax deductibility of the remuneration paid to the social administrator. Evolution of the jurisprudence of the Third Chamber on the issue

Gloria Marín Benítez

*Uría Menéndez*

Recibido: 9/12/2024

Aceptado: 3/2/2024

doi: 10.20318/labos.2025.9413

*Resumen:* El sometimiento de la retribución de los administradores a requisitos mercantiles y la cuestión de si su incumplimiento puede determinar la falta de deducibilidad del gasto a efectos fiscales dio origen a una larga controversia, que ha sido especialmente intensa cuando el administrador social presta servicios en el día a día de la empresa bajo una relación cuya naturaleza es mercantil como resultado de la doctrina del vínculo. En el presente trabajo revisamos el origen de la controversia, las recientes sentencias del Tribunal Supremo que parecen ponerle fin y las cuestiones que todavía quedan abiertas respecto del tratamiento fiscal de la remuneración pagada al administrador social

*Palabras clave:* Administradores, doctrina del vínculo, deducibilidad, irregularidad jurídica.

*Abstract:* Directors remuneration is subject to legal requirements under Commercial Law. Whether non-compliance with these requirements can lead to the non-deductibility of the remuneration for tax purposes has been the source of a long-standing controversy, which has been especially intense in the case of directors who are also managers in the day-to-day of the companies. This work reviews the origin of this controversy, the recent judgements of the Supreme Court which seems to pacify it, and the issues that can be deemed to be still opened in the tax treatment of the remuneration paid to directors.

*Keywords:* Directors, link doctrine, deductibility, legal irregularity

---

\*gloria.marin@uria.com

## 1. La doctrina del vínculo y la deducibilidad fiscal de la retribución al administrador fiscal

La retribución de administradores ha sido cuestión recurrente en la práctica forense de todo tipo de órdenes (laboral, civil, fiscal) cuya regulación puede perseguir finalidades o propósitos diferentes.

En el ámbito tributario parecería que la finalidad primordial de sus normas se halla en el deber constitucional de allegar recursos para el sostenimiento de los gastos públicos establecido en el artículo 31.1 de la CE cuando proclama que “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos *de acuerdo con su capacidad económica* mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. Quizá por ello –por esa prevalencia constitucional de la capacidad económica en el deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos– los efectos fiscales de la doctrina del vínculo resultaran algo desconcertantes para los especialistas en derecho tributario. ¿Pero cómo es posible –se preguntaban muchos fiscalistas– que se deniegue la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de un gasto real (el de una retribución pagada a una persona que trabaja en el día a día de la empresa, como si fuera un empleado o directivo más, aunque sea mercantil la naturaleza de su relación) por el hecho de que su relación –como consecuencia de eso que llaman la “doctrina del vínculo”– sea mercantil y pueda entenderse por tanto que ese gasto se ha pagado en infracción de los requisitos mercantiles que regulan la remuneración del administrador social?; ¿cómo puede afirmarse tal cosa –seguían preguntándose los fiscalistas– cuando nadie –ni en el orden civil ni en el laboral– ha pretendido hacer valer frente a ese administrador social una acción de restitución con fundamento en esa supuesta irregularidad?

Porque estas son, en esencia, las principales cuestiones que suscita la doctrina laboral del vínculo en materia tributaria: la de si la deducibilidad fiscal de la retribución de los administradores que desempeñan funciones ejecutivas en el día a día de la empresa puede depender del cumplimiento de unos requisitos mercantiles –cobertura estatutaria, aprobación por la junta general– que están puestos al servicio de una función de transparencia y de protección del socio minoritario completamente ajena al ordenamiento tributario, y que cuando se piensa que la relación que une a esa persona con la empresa es laboral no siempre se tienen en cuenta<sup>1</sup>.

Una respuesta afirmativa a esa cuestión –la dependencia de la deducibilidad de la retribución del administrador social al estricto cumplimiento de sus requisitos mercantiles– es lo que sostuvieron durante décadas los órganos de inspección tributaria, en una posición que luego se vio refrendada por los tribunales de justicia.

---

<sup>1</sup> En realidad, la problemática fiscal de la retribución al administrador social es más amplia que la de su deducibilidad fiscal. Abordamos los diferentes ángulos en G. MARÍN BENÍTEZ: “Los consejeros ejecutivos en el Derecho tributario: efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n.º 353-354, 2012; “El rayo (tributario) que no cesa. Efectos fiscales de la doctrina del vínculo”, 2022, en *Fiscalblog*, disponible en El rayo (tributario) que no cesa. Efectos fiscales de la doctrina del vínculo - FiscalBlog [consulta: 9.12.2024]; y “Efectos fiscales de la doctrina del vínculo. Evolución jurisprudencial en el estado de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 64, 2024.

Bajo la vigencia de la vieja Ley 43/1995<sup>2</sup>, y del posterior TRLIS<sup>3</sup>, ese rechazo buscaba su fundamento positivo en las normas (arts. 14.1 e) Ley 43/1995; art. 14.1 e) TRLIS) que excluían la deducibilidad fiscal de los *donativos y liberalidades* (STS, Sala 3.ª, de 2 de enero de 2014, rec. 4269/2012). Bajo la vigente Ley 27/2014<sup>4</sup> –que aclara que no cabe considerar donativos o liberalidades “las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad”– el rechazo se amparó en la norma (art. 15 f) Ley 27/2014) que excluye la deducibilidad de los gastos “derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico”.

No está de más subrayar que el ordenamiento tributario contiene una norma que excluye la dependencia del tratamiento fiscal de los actos o negocios jurídicos realizados por los contribuyentes a su regularidad jurídica. El artículo 13 de la LGT dispone así que “las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquier que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y *prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*”.

Sin embargo, lo cierto es que ni este precepto, ni la prevalencia de la capacidad económica en materia tributaria, ni tampoco la necesidad de certeza en el cumplimiento de las obligaciones por parte de los contribuyentes, impidieron que esta cuestión –la de la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador que se ve afectado por la doctrina del vínculo– haya sido un continuado foco de conflictividad desde hace más de veinte años, hasta que, en junio de 2023, la Sala Tercera del Tribunal Supremo iniciara un rosario de pronunciamientos que parece, ahora sí, haber pacificado la cuestión.

## 2. La evolución de la controversia y sus diferentes etapas

En la larga controversia sobre la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador social pueden distinguirse diversas etapas.

La primera tuvo su culmen en el revuelo que en su día causaron las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008 (rec. 3991/2004 y 2578/204, caso *Mahou*) cuando, al tiempo en que sostenían la dependencia de la deducibilidad al cumplimiento de los requisitos mercantiles en la materia, interpretaron que estos últimos (i) se extendían, cuando el órgano de administración era colegiado, no solo a los consejeros externos u ordinarios, sino también a aquellos que, por ejercer funciones ejecutivas prestan servicios de alta dirección o gerencia en el día a día de la sociedad (extensión consecuencia de la “doctrina del vínculo”<sup>5</sup>), y (ii) exigían que los estatutos

<sup>2</sup> Ley 43/1995, de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades

<sup>3</sup> Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo

<sup>4</sup> Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>5</sup> Como es sabido, la conocida como doctrina del vínculo, formulada por vez primera en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de diciembre de 1988, caso Huarte (Ar. 7143), viene a negar la posibilidad de compatibilizar una relación laboral cuyo objeto consista en la gestión y la representación de la sociedad –típicamente en la forma de relación laboral especial de alta dirección– con la relación societaria de administrador para concluir en

sociales permitieran determinar con certeza el importe de las retribuciones percibidas (exigencia que fue elocuentemente bautizada como la “doctrina del milímetro”<sup>6</sup>).

Ha de hacerse notar que la ley aplicable al caso enjuiciado en estas sentencias Mahou era la Ley 61/1978<sup>7</sup> y que en esta última la base imponible del Impuesto sobre Sociedades no partía –como sucede en nuestro ordenamiento desde la entrada en vigor de la Ley 43/199– del resultado contable sino que se basaba en una identificación exhaustiva de los gastos fiscales. Queremos decir con ello que, bajo la vigencia de esta Ley 61/1978, la doctrina del milímetro podía hallar su anclaje normativo en la norma fiscal (art. 13 ñ) Ley 61/1978) que condicionaba la deducibilidad fiscal de la retribución pagada al administrador a que fueran “*obligatorias por precepto estatutario*”<sup>8</sup>. Por ello, una de las dudas que esta jurisprudencia Mahou pronto planteó era la de si su eficacia debía

---

la prevalencia del vínculo mercantil que absorbe, se dice, al laboral. Pese a que la doctrina laboralista y mercantilista mayoritaria había pacíficamente asumido el carácter consolidado de esta jurisprudencia laboral, incluso entre sus más firmes detractores, hasta las sentencias Mahou, la doctrina tributarista había cuestionado el carácter consolidado de esa jurisprudencia laboral del vínculo. Así, por ejemplo, n J. J. GARCÍA ROSS: “Las retribuciones de los administradores y socios que reúnen la condición de empleados en las sociedades anónimas y limitadas”, Quincena Fiscal Aranzadi nº 9/1994 (Westlaw); C. GARCÍA NOVOA: “La deducibilidad de las retribuciones a los administradores en el Impuesto sobre Sociedades”, Quincena Fiscal nº 8/2009; del mismo autor: “Problemas de aplicación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en las Comunidades Autónomas. Especial referencia al caso de Galicia”, Revista Técnica Tributaria 94/2011, pp. 65-66; M. CAAMAÑO ANIDO: “La reducción del 95 (o del 99) por 100 en el Impuesto sobre Sucesiones y la retribución de los administradores”, Quincena Fiscal 8/2011; P. J. VELA TORRES: “Criterios judiciales sobre retribución de administradores sociales”, en AA.VV.: I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil”, Valencia: Tirant lo blanch, 2010, pp. 34-35; R. FALCÓN Y TELLA: “Nota a las SSTs 13 noviembre 2008, dictadas en los recursos de casación 2578/2004 (RJ 2009, 59) y 3991/2004: compatibilidad de la condición de administrador con la de trabajador, provisión por depreciación de las participaciones en una sociedad transparente, e imputación del mayor gasto derivado de las actas”, Quincena Fiscal Aranzadi n.º 5/2009.

<sup>6</sup> C. PAZ-ARES: “Ad impossibilia nemo tenetur (o por qué recelar de la novísima jurisprudencia sobre retribución de administradores)”, La Ley 10983/2009.

<sup>7</sup> Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

<sup>8</sup> El artículo 13, letra ñ) de la Ley 61/1978 permitía detraer de los ingresos los gastos correspondientes a “las participaciones de los administradores en los beneficios de la entidad, siempre que sean obligatorias por precepto estatutario, o estén acordadas por el órgano competente, y no excedan del diez por ciento de los mismos”. Este precepto fue considerado por la Sala Tercera del TS como la norma reguladora de la deducibilidad fiscal de la retribución de administradores, toda vez que la letra d) del mismo artículo –que permitía la deducibilidad de “las cantidades devengadas por terceros en contraprestación directa o indirecta de servicios personales, siempre que dichos terceros estén adscritos o hayan prestado servicios relacionados con la actividad económica productiva correspondiente”– se considera no aplicable a los administradores sociales afectados por la doctrina laboral del vínculo. Una vez que la Sala Tercera del TS identifica el artículo 13, letra ñ) como norma aplicable y concluye, además, que la posibilidad de que la retribución esté acordada por el órgano competente como alternativa a la obligatoriedad por precepto estatutario resulta aplicable solo a sociedades distintas de las de capital (por todas, v. STS, Sala 3ª, secc. 2ª, de 17.10.2006, rec. 3846/2001), la exigencia de certeza en la determinación estatutaria de la remuneración para su deducibilidad fiscal resulta evidente: una retribución solo puede ser obligatoria por precepto estatutario para la entidad que la paga si los estatutos sociales determinan, al milímetro, esa retribución. Por ello, no es sorprendente que esta interpretación de la Ley 61/1978 llevara a la sección 2ª de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a concluir de forma reiterada (SSTS, Sala Tercera, sección 2ª, de 21.1.2010, rec. 4279/2004; de 11.3.2010, recs. 4002/2004, 6070/2004 y 10315/2003; de 26.4.2010, rec. 440/2005 y de 13.5.2010, rec. 7236/2004) de la remuneración pagada al administrador social los estatutos debían precisar el concreto sistema retributivo, no siendo suficiente la previsión de varios sistemas de entre los cuales pudiera la Junta elegir, ni que en un sistema variable se fijara un límite máximo de la participación en los beneficios sociales (sino que los estatutos debían establecer el porcentaje concreto), ni que –si el sistema consistiese en una asignación de carácter fijo– bastara con prever su existencia y obligatoriedad, sino que también sería necesario fijar el quantum de la remuneración o, al menos, los criterios para determinar su cuantía sin margen de discrecionalidad.

decaer tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995 habida cuenta de que esta última toma el resultado contable como punto de partida para el cálculo la base imponible y no contiene norma fiscal alguna que exceptúe la deducibilidad del gasto contable en materia de retribución a los administradores.

En el sentido de limitar la eficacia temporal de la doctrina Mahou se pronunció la Dirección General de Tributos en un informe de 12 de marzo de 2009 que concluía que, bajo la Ley 43/1995, la retribución debía ser fiscalmente deducible “*cuando los estatutos [establecieran] el carácter remunerado del cargo, aunque no se cumpliera de forma escrupulosa con todos y cada uno de los requisitos que [...] establece la normativa mercantil*”-. Sin embargo, frente a esa posición, y frente a la interpretación que muchos consideraban más razonable, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de enero de 2014 (rec. 4269/2012) justificó la denegación de la deducción fiscal del gasto también bajo la Ley 43/1995 con fundamento en la norma (art. 14.1 e) Ley 43/1995) que rechaza la deducibilidad fiscal de los donativos y liberalidades, no tanto porque se considerara que estas retribuciones al administrador social fueran fruto de un eventual *animus donandi*, sino por entender que, para ser deducible, el gasto había de ser legalmente posible. Afirmó en esa sentencia que la cuestión “no se centra en la «necesariedad» del gasto como a veces se pretende, sino en su «legalidad», que ha de inferirse de las normas que rigen la materia de las retribuciones de los administradores en los respectivos textos que las regulan” y que “resulta insólita [...] cualquier interpretación que sostenga que en esta materia no es exigible un escrupuloso cumplimiento de la legislación mercantil”.<sup>9</sup> De esta forma, el Tribunal Supremo ofrecía a la cuestión de si era deducible la retribución del administrador que presentaba cualquier tipo de irregularidad jurídica la misma respuesta que había dado a la de si eran deducibles los gastos que incurrían irregularidades jurídicas especialmente graves, como son los derivados de sobornos o comisiones ilegales: ambos gastos se consideraban liberalidades no deducibles al amparo del artículo 14.1 e) de la Ley 43/1995, primero, y del TRLIS después.

La segunda etapa vino caracterizada por la relativa tranquilidad que en la materia pretendió introducir el legislador con la doble reforma, mercantil y fiscal, de las Leyes 31/2014<sup>10</sup> y 27/2014. La reforma mercantil trataba dar respuesta a la problemática generada en la retribución de los consejeros ejecutivos excluyéndola de la necesidad de cobertura estatutaria y sometiendo su establecimiento y determinación a lo dispuesto en el artículo 249 de la Ley de Sociedades de Capital: firma de un contrato aprobado por el consejo de administración con determinados requisitos. Por su parte, parecía que la reforma fiscal también trataba de pacificar la cuestión, especialmente para los casos más preocupantes de administradores afectados por la doctrina del vínculo, pues el artículo 15 de la nueva Ley 27/2014, cuando relaciona los gastos no deducibles, incluye en su letra e), relativa a los donativos y liberalidades, un inciso que apunta que “no se

<sup>9</sup> En realidad, como se ha apuntado ya, bajo la Ley 61/1978, el debate no era tanto de necesidad sino de obligatoriedad estatutaria de la retribución acordada.

<sup>10</sup> Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se mejora la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.

entenderán comprendidos en esta letra e) las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad”. Como el Tribunal Supremo había dejado claro que la calificación como liberalidad de estas retribuciones sin cobertura estatutaria tenía su razón de ser en su falta de conformidad con las normas mercantiles reguladoras de la materia, muchos interpretamos que este inciso venía a establecer una regla especial respecto de la regla general sobre gastos contrarios al ordenamiento jurídico contenida en la letra f) que el artículo 15 de la nueva Ley 27/2014 añadía al elenco tradicional de gastos no deducibles en el Impuesto sobre Sociedades<sup>11</sup>. De esta forma, esta nueva letra f), según la cual no son deducibles los gastos derivados de “*actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico*”, no debía ser óbice para admitir la deducibilidad de la retribución de aquellos administradores que desempeñan funciones ejecutivas en el día a día de la empresa, sean de alta dirección o gerencia (en cuyo caso, la doctrina del vínculo lleva a entender que esos servicios prestados tienen naturaleza exclusivamente mercantil) o en el marco de una relación laboral ordinaria.

Esta situación de relativa tranquilidad dio paso a una tercera etapa de relativa inquietud cuando la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 2018 (rec. 3574/2017), corrigió la interpretación generalmente asumida por el tráfico mercantil y concluyó que la retribución de los consejeros ejecutivos de sociedades no cotizadas debe estar también prevista en los estatutos, sin perjuicio de que se cumplan asimismo los requisitos establecidos por el artículo 249 de la LSC<sup>12</sup>. Con este cambio interpretativo en el orden mercantil, la respuesta a la deducibilidad fiscal de la retribución del administrador que incurría en alguna irregularidad mercantil parecía descansar, casi en exclusiva, sobre la interpretación que se hiciera de la regla final contenida en el inciso final de la letra e) del artículo 15 de la LIS en relación con la contenida en su letra f): ¿Se aplica la letra f) a estos casos? ¿Establece la letra e) una regla especial que debe prevalecer?

La relativa inquietud fue entonces sustituida por una inquietud sin ambages en una cuarta etapa cuando las resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 (RG 5548/2018) y 17 de julio de 2020 (RG 3156/2019), en interpretación de esos preceptos fiscales, afirmaron que el inciso final de la letra e) “sólo dice lo que dice: que no se entenderán comprendidas entre las liberalidades las retribuciones a los administradores por el desempeño de funciones de alta dirección y, con ello, que no cabe negar la deducibilidad de tales gastos en atención a lo dispuesto en esta letra e)” y que no excluía, en la opinión administrativa, que quepa negar su deducibilidad al amparo de la letra f), pues “la normativa fiscal jamás ha permitido la deducibilidad fiscal de los gastos que vulneran el ordenamiento jurídico en su conjunto”.

La conflictividad generada por esta doctrina administrativa fue especialmente intensa no solo por la frecuencia con la que se suscita esta cuestión en la práctica sino tam-

<sup>11</sup> G. MARÍN BENÍTEZ: “El tratamiento fiscal de la remuneración al administrador tras las Leyes 27/2014 y 31/2014”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 39, 2015.

<sup>12</sup> Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

bién por la complejidad del factor (el régimen jurídico del administrador social) del que se hace depender su respuesta. No siempre los agentes sociales han sido conscientes de la naturaleza mercantil que revisten los servicios prestados por quienes se ven afectados por la doctrina del vínculo, y no siempre han compartido, esos agentes sociales, la interpretación *pro domo sua* mantenida por la inspección sobre el alcance y contenido de los requisitos mercantiles de la remuneración al administrador social. En este sentido, no es difícil que surjan discrepancias en la interpretación de un régimen jurídico que es diferente según el tipo de sociedad pagadora –distinto en sociedades cotizadas que para sociedades que no cotizan [v., arts. 217 y ss. vs. arts. 529 sexdecies y ss. del TRLSC], sujeto a una interpretación más flexible cuando se trata de sociedades unipersonales o con un número reducido de socios que conocen y consienten la retribución pagada [v., por ejemplo, SSTS, Sala 1.ª, de 31.10.2007, 29.05.2008, 19.12.2011, 18.06.2012 y 20.11.2018]–, que es distinto también según el tipo de administrador que se sea, y cuya regulación legal e interpretación administrativa y judicial ha sido cambiante a lo largo del tiempo.

Sea como fuere, parece que la cuestión, al menos en lo que respecta a los ejecutivos afectados por la doctrina del vínculo ha quedado pacificada con los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo.

### 3. Los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo que apaciguan la cuestión

El rosario de pronunciamiento *apaciguadores* –si se nos permite la expresión– se inició con la sentencia del Tribunal Supremo de junio de 2023, rec. 6442/2021. En ella se sentó como criterio interpretativo que, bajo la vigencia del antiguo TRLIS, “las retribuciones percibidas por los administradores de una entidad mercantil y que consten contabilizadas, acreditadas y previstas en los estatutos de la sociedad no constituyen una liberalidad no deducible (artículo 14.1.e) TRLIS) por el hecho de que la relación que une a los perceptores de las remuneraciones con la empresa sea de carácter mercantil y de que tales retribuciones no hubieran sido aprobadas por la junta general”<sup>13</sup>.

Con este pronunciamiento se dio inicio a un cuerpo de jurisprudencia que parece justamente referirse –aunque no figure expresamente en su doctrina interpretativa– a los servicios prestados por los administradores en términos funcionalmente equivalentes a los de un empleado con relación laboral ordinaria o a los de un directivo con relación laboral de alta dirección. Esto es, a la problemática fiscal suscitada por la doctrina del vínculo: la del carácter deducible de la remuneración de esos servicios prestados por los consejeros ejecutivos, si el órgano de administración es colegiado, o por el administrador único o los administradores solidarios o mancomunados, si el órgano de administración es simple, cuando los primeros no se limitan a desempeñar funciones colegiadas, ni los segundos a dar cumplimiento a las obligaciones de gobierno corporativo.

<sup>13</sup> Un análisis detallado de esta sentencia puede encontrarse en G. MARÍN BENÍTEZ: “La retribución al administrador social no es una liberalidad. Análisis de la STS de 27 de junio de 2023, rec. núm. 6442/2021, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n.º 485-486, 2023.

Para nuestro Tribunal Supremo, la retribución de esos servicios onerosos, efectivamente prestados, que se encuentran contabilizados y acreditados, no puede ser calificada como liberalidad “en ninguno de los posibles sentidos del término” con lo que no cabe amparar en el artículo 14.1 e) del TRLIS la denegación de su deducibilidad. Por otro lado, del razonamiento del Tribunal Supremo se infiere que denegar la deducibilidad de la retribución por esa sola razón (la inobservancia de un requisito mercantil) produciría resultados contrarios a los principios de proporcionalidad y de igualdad.

Para alcanzar esas conclusiones se apoya en la jurisprudencia de la Sala Primera (STS n.º 893/2012, de 19 de diciembre de 2011) sobre el abuso de la formalidad que supondría negar la posibilidad de subsanar el eventual incumplimiento de un requisito con el conocimiento, consentimiento y anuencia de aquellos en cuya tutela nace y existe tal requisito, y afirma que la llamada teoría del vínculo, que “despliega sus efectos en el seno de la relación interna o intrasocietaria, llevada al terreno de lo tributario que aquí nos ocupa, conduciría a un resultado totalmente absurdo si no se aplica con prudencia y cautela”; esto es, si se interpreta de forma desvinculada a la finalidad para las que sirven las instituciones jurídicas relevantes en esta materia. También se apoya en algunas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 9.7.2015, *Balkaya*, C-229/14; de 11.11.2010, *Danosa*, C-232/09; y de 5.5.2022 *HJ*, C-101/21) para afirmar que “aunque a efectos mercantiles fuese de aplicación la teoría del vínculo, no cabe negar la deducibilidad de las remuneraciones satisfechas a un trabajador, ni hacer de peor condición a éste o a su empresa pagadora por el mero hecho de formar parte aquél, también, del órgano de administración”.

Y con este razonamiento, se ha concluido que, bajo la vigencia del texto refundido son deducibles los servicios pagados al administrador social que desempeña funciones ejecutivas (esto es, que puede verse afectado por la doctrina del vínculo), aunque esa retribución presente alguna irregularidad, tanto si la sociedad es unipersonal (SSTS, Sala 3.ª, secc. 2.ª de 27.6.2023, rec. 6442/2021; 25.7.2023, rec. 2334/2021; y 2.11.2023, rec. 3940/2022), como si no lo es (STS, Sala 3.ª, de 18.1.2024, rec. 4378/2022); tanto si se reprocha como irregularidad jurídica la falta de aprobación en junta (SSTS, Sala 3.ª, secc. 2.ª de 27.6.2023, rec. 6442/2021; 25.7.2023, rec. 2334/2021; 2.11.2023, rec. 3940/2022; y 18.1.2024, rec. 4378/2022), como si el reproche es la falta de cobertura estatutaria en cualquiera de sus modalidades –incluyendo la más grave de gratuidad estatutaria del cargo de administrador (STS de 20.2.2024, rec. 7435/2021; de 13.3.2024, rec. 9078/2022)–; tanto si el administrador solo es administrador, o es también empleado, o es también socio o apoderado (STS de 30.4.2024, rec. 7481/2022).

Cabe plantearse si esta interpretación, sentada para casos sometidos al antiguo TRLIS, pudiera en algo verse afectada bajo la Ley 27/2014 vigente. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser necesariamente negativa.

Ha de hacerse notar que el rechazo a calificar como liberalidad “bajo ninguno de los sentidos posibles del término” es una conclusión de nuestro Tribunal Supremo que resulta plenamente coherente con la literalidad del inciso final de la letra e) del artículo 15 de la Ley vigente cuando excluye esa calificación para “las retribuciones a los admi-

nistradores por el desempeño de funciones de alta dirección, u otras funciones derivadas de un contrato de carácter laboral con la entidad”. Como se ha apuntado ya, siempre pensamos que la voluntad del legislador con este inciso era, justamente, la de reducir la conflictividad sobre el carácter deducible de la retribución pagada a quienes desarrollan funciones ejecutivas en el día a día de la empresa –señaladamente, a aquellos trabajadores que pudieran haber visto alterada la naturaleza de su relación con la sociedad como consecuencia de la doctrina del vínculo–.

Por esta misma razón, siempre pensamos también que el inciso final de la letra e) venía a establecer una regla especial de aplicación prevalente sobre la regla general que excluye la deducibilidad de los “gastos derivados de actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico” contenida en la letra f) del artículo 15 de la Ley 27/2014 vigente. A nuestro juicio, la razón de ser esa nueva letra f) parecía estar encaminada a despejar las dudas que, en determinados organismos internacionales, se habían suscitado sobre la posibilidad de deducir en nuestro ordenamiento gastos constitutivos de irregularidades jurídicas especialmente graves, cuando no directamente delictivas (sobornos, comisiones ilícitas). Esta parece ser también la interpretación de los pronunciamientos más recientes del Tribunal Supremo que, corrigiendo en este punto la doctrina administrativa del TEAC (resoluciones de 8.10.2019, RG 5548/2018, y de 17.7.2020, RG 3156/2019), ha concluido que no toda irregularidad jurídica puede determinar la falta de deducibilidad del gasto y que debe hacerse una interpretación razonable del artículo 15 f) LIS.

De hecho, puede afirmarse que con esta interpretación el Tribunal Supremo se limita a proyectar a esta cuestión de la deducibilidad de la retribución del administrador social, la línea interpretativa de las normas en liza (los arts. 14.1 e) del TRLIS, y 15. f) de la Ley 27/2014) ya iniciada respecto de otras materias. Así, el Tribunal Supremo ya había rechazado (v. gr., en STS, Sala 3.ª, secc. 2.ª, de 30.3.2021, rec. 3454/2019, FFJJ. 2.º y 3.º) que la interpretación del concepto *liberalidad* contenido en la letra e) del artículo 14.1 del TRLIS pudiera extenderse a gastos que carecen de *animus donandi*, y también había rechazado (v. gr., en STS, Sala 3.ª, secc. 2.ª, de 8.2.2021, rec. 3071/2019, FJ 3.º) que la deducibilidad fiscal de un gasto pudiera ser negada por el hecho de presentar cualquier tipo incumplimiento de cualquier tipo de requisito establecido en otras parcelas del ordenamiento.

En nuestra opinión, son tres las razones por las que la conclusión a la que llegan estas sentencias es la más acertada desde una perspectiva de justicia tributaria.

La primera, que denegar la deducibilidad del gasto para cualquier irregularidad jurídica pervierte la finalidad del ordenamiento tributario, que es la de allegar recursos para el sostenimiento de los gastos públicos y no la de convertirse en instrumento para garantizar la eficacia de los mandatos establecidos en otros órdenes jurídicos. El derecho tributario no es un derecho sancionador y, precisamente por ello, como hemos apuntado previamente, la declaración de principios que el ordenamiento tributario hace ante los vicios que pueden afectar a la validez y eficacia jurídicas de los actos y negocios realizados por los obligados tributarios es la de su general irrelevancia, según se desprende claramente del artículo 13 de la LGT: “las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a

la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado (...) *prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez*".

La segunda, que denegar la deducibilidad fiscal de un gasto que, a la postre, y pese a su irregularidad, resulta válido y eficaz para el mundo jurídico produce una quiebra del más importante principio de justicia tributaria material: el principio de capacidad económica, que ha de ser no solo fundamento sino también medida de la imposición (STC 182/2021, de 26 de octubre de 2021). Precisamente en atención al principio de capacidad económica, el hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades es la obtención de una renta que toma como referencia para su medición el resultado contable. Y por ello, como el gasto contable es una magnitud que reduce la capacidad económica del obligado tributario, el principio de capacidad económica queda quebrado cuando se deniega la deducción de gastos que, presentando cualquier tipo de irregularidad jurídica, resultan válidos y eficaces en derecho, por no resultar esa irregularidad jurídica tan grave como para fundamentar una pretensión de restitución del gasto pagado<sup>14</sup>.

La tercera, que denegar la deducibilidad del gasto por irregularidades jurídicas que no son ni claras ni incontrovertidas ni indiscutibles también resulta, en nuestra opinión, contrario al principal principio de justicia tributaria formal: el principio de legalidad en su vertiente de previsibilidad de la obligación tributaria<sup>15</sup>.

#### 4. Cuestiones abiertas: la remuneración de los administradores no ejecutivos

Hay que subrayar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo da respuesta a las situaciones que afectan a administradores con funciones ejecutivas y, con ello, a los casos paradigmáticos de la doctrina del vínculo. No se ha pronunciado aún, en cambio, sobre la retribución de los administradores que no prestan servicios en el día a día; que son consejeros que no desempeñan funciones ejecutivas sino solo las colegiadas de deliberación y asesoramiento, o que son administradores simples (único, solidario, mancomunado) que se limitan a cumplir con las obligaciones de gobierno corporativo que el ordenamiento jurídico les impone.

En nuestra opinión, la retribución de estos consejeros tampoco debería calificarse como liberalidad por el hecho de adolecer de alguna irregularidad jurídica, en la medida en que las funciones que desempeñan, aunque no se proyecten sobre el día a día de la empresa, también excluyen la posibilidad de apreciar cualquier atisbo de *animus donandi* en su remuneración. Por ello, aunque no se encuentren incluidos en la literalidad del inciso final de la letra e) del artículo 15 de la Ley 27/2014, pensamos que su deducibili-

<sup>14</sup> Sobre la relevancia del juicio sobre el probable éxito de una acción de restitución frente al administrador social en esta cuestión, al hilo de la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2022, rec. n.º 703/2018, v. G. MARÍN BENÍTEZ, 2022, "El principio del fin de la serie sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales", en Fiscalblog, disponible en: ¿El principio del fin de la serie sobre la deducibilidad de la retribución de los administradores sociales? - FiscalBlog [fecha de consulta: 9.12.2024]

<sup>15</sup> Como también se razonó en G. MARÍN BENÍTEZ: "¿El principio del fin (...)", *op. cit.*

dad no debería ser rechazada –ni bajo el TRLIS ni bajo la vigente Ley 27/2014– por su calificación como donativo o liberalidad. Por otro lado, la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo de las irregularidades que pueden determinar la falta de deducibilidad de un gasto permiten razonablemente sostener que tampoco debería rechazarse su deducibilidad con amparo en la letra f) de ese mismo precepto.

La cuestión no está cerrada porque *obiter dicta* el TEAC apuntó a una conclusión diferente en dos resoluciones de 22 de febrero de 2024 (RG 5806/2023 y RG 6496/2022) en las que apuntaba que, para la deducibilidad fiscal de las retribuciones pagadas a consejeros que solo desempeñan funciones colegiadas de deliberación y asesoramiento sí cabe exigir “el estricto cumplimiento de las normas mercantiles sobre la retribución de los consejeros/administradores de la sociedades –carácter no gratuito del cargo, fijación con certeza del sistema retributivo a seguir, para éstos, en los estatutos, con el suficiente grado de certeza”. Sin embargo, una resolución más reciente de 22 de abril de 2024 (RG 8895/2021) ha aplicado sin matización la jurisprudencia del Tribunal Supremo para admitir la deducibilidad de la retribución pagada a consejeros con dualidad de funciones cuando su cuantía carecía de la cobertura del acuerdo de junta. Habrá que analizar, por tanto, la evolución de esta cuestión en el futuro.

De afirmarse la dependencia de la deducibilidad de la retribución a administradores no ejecutivos al estricto cumplimiento de la norma mercantil, habrá también que plantear si el juicio que se haga sobre la existencia, en función de la gravedad de la irregularidad en que se incurra, de una obligación de restitución de la retribución percibida por parte del administrador social puede en algo afectar a la respuesta fiscal. En este sentido, merece la pena recordar que en el orden mercantil la irregularidad jurídica de la retribución del administrador no determina automáticamente la obligación de restituirlo; que en atención a la finalidad de transparencia que pacíficamente se atribuye al régimen mercantil de la retribución al administrador (SSTS, Sala 1.ª, de 18.6.2013, 17.12.2015, 29.05.2008 o 24.04.2007, entre otras muchas), la Sala Primera del Tribunal Supremo (v. gr., SSTS, Sala 1.ª, de 31.10.2007, 29.05.2008, 19.12.2011, 18.06.2012 y 20.11.2018) exonera al administrador de la obligación de restituir la remuneración que percibe sin cobertura estatutaria cuando los socios la conocieron y consintieron en el tiempo, especialmente cuando se trata de sociedades participadas por un único socio o por un número reducido de socios.

## 5. Cuestiones abiertas: la indemnización por extinción de la relación

Otra cuestión que podría entenderse abierta es la de la deducibilidad fiscal de las indemnizaciones pagadas por el cese del administrador afectado por la doctrina del vínculo. En este sentido, como contrapunto a las conclusiones alcanzadas en los pronunciamientos recaídos sobre la retribución de las funciones desempeñadas en el día a día de la empresa, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de abril de 2024 (rec. n.º 8081/2021) sienta como criterio interpretativo del artículo 14.1 e) del TRLIS que la indemnización a un administrador que tiene causa en un acuerdo para la salida negociada del directivo, y que

no está prevista ni en los estatutos ni en el contrato con el directivo, carece “de causa obligacional correlacionada con la obtención de ingresos” y no es un gasto fiscalmente deducible de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades.

Habría que ver si esta conclusión interpretativa podría verse afectada por el hecho de que la vigente Ley 27/2014 contiene una norma específica –letra i) del artículo 15– que excluye la deducibilidad de “los gastos derivados de la extinción de la relación” –laboral, común o especial, o mercantil de administrador, o de ambas– en la cuantía que exceda la mayor de las siguientes cantidades: (a) el importe establecido con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato; (b) el importe previsto en el Estatuto de los Trabajadores para el despido improcedente, cuando se trate de despidos colectivos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en su artículo 52 c), siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor; o (c) un millón de euros.

Si se entiende que esta regla contenida en la letra i) del artículo 15 de la Ley 27/2014 es una regla especial sobre la letra e) y sobre la letra f), debería atenderse a ella para dilucidar la cuestión en el futuro.

## 6. Conclusiones

- La doctrina del vínculo, que establece la imposibilidad de compatibilizar una relación laboral de alta dirección con la relación de administrador no puede ser aplicada de forma automática a todo tipo de órdenes y materias, sin considerar la finalidad de las normas jurídicas ni los intereses dignos de tutela de las instituciones jurídicas a las que puede afectar.
- Los recientes pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo han venido a confirmar que, en el ámbito tributario, y bajo la vigencia del TRLIS, la doctrina del vínculo no puede llevar a calificar como liberalidad un gasto acreditado y contabilizado, que remunera a prestación de servicios que el administrador social hace en el día a día de la empresa y cuya existencia no se pone en duda, por el solo hecho de que haya habido algún incumplimiento mercantil en su aprobación. También ha apuntado que las irregularidades jurídicas que son fruto del incumplimiento de los mandatos establecidos en otros órdenes jurídicos –como sucede con la materia que nos ocupa– no es razón suficiente para denegar automáticamente la deducibilidad fiscal del gasto, con lo que el criterio de estos pronunciamientos es también extrapolable a la vigente LIS. Con ello, se pone fin al principal foco de conflictividad que la doctrina del vínculo ha generado en materia tributaria.
- Como contrapunto, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha rechazado, bajo la vigencia del TRLIS, la deducibilidad fiscal de las indemnizaciones pagadas

al administrador social que presta servicios ejecutivos cuando no están previstas en estatutos ni en los contratos acordados. Habrá que ver si, bajo la Ley 27/2014 vigente, esta cuestión es matizada a la vista de la regla especial que regula la deducibilidad de este tipo de rentas en la letra i) del artículo 15.

- Habrá que ver también si la línea interpretativa seguida por las sentencias se mantiene o excluye para administradores sociales no afectados por la doctrina del vínculo que no desempeñan funciones ejecutivas en el día a día de la empresa.

DEBATE

# La perspectiva de género como motor del cambio hacia una sociedad más justa e igualitaria en el ámbito de las relaciones laborales y de la protección social

The gender perspective as a driver of change toward a more just and equal society in the areas of labor relations and social protection

Faustino Cavas Martínez

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

ORCID ID: 0000-0002-2111-0693

doi: 10.20318/labos.2025.9414

*Resumen:*

La igualdad real entre mujeres y hombres sigue siendo uno de los grandes retos del siglo XXI en todos los ámbitos de la vida social, política y económica. Desde esta constatación, la perspectiva de género no debe ser considerada como un mero constructo ideológico, sino como una metodología a tener en cuenta tanto en el proceso de creación jurídica como en el posterior de interpretación y aplicación de las normas. En este trabajo se explican los avances producidos en clave de género en el reconocimiento de derechos laborales y prestacionales, poniendo de manifiesto el margen de mejora que el legislador aún tiene en esta materia, para a continuación abordar, desde un punto de vista crítico, cómo está siendo integrada esta metodología de análisis en los pronunciamientos del orden jurisdiccional social, en particular del Tribunal Supremo. La conclusión es que para alcanzar la plena igualdad de mujeres y hombres en materia laboral y de seguridad social, es preciso, entre otras medidas, legislar y juzgar con perspectiva de género, sin complejos y con voluntad de revertir las situaciones de desigualdad que aún padecen las mujeres, si bien ello ha de hacerse respetando el principio de división de poderes y sin incurrir en excesos interpretativos que menoscaben el gran valor de esta herramienta hermenéutica.

*Palabras clave:*

perspectiva de género, igualdad efectiva, función integradora, canon de enjuiciamiento.

*Abstract:*

Real equality between women and men remains one of the great challenges of the 21st century in all areas of social, political, and economic life. From this observation, the gender perspective should not be considered merely an ideological construct, but rather a methodology to be taken into account both in the process of legal creation and in the subsequent interpretation and application of the rules. This paper explains the advances made from a gender perspective in the recognition of labor and welfare rights, highlighting the room for impro-

vement that lawmakers still have in this area. It then critically addresses how this analytical methodology is being integrated into the rulings of the social jurisdiction, particularly those of the Supreme Court. The conclusion is that, to achieve full equality between women and men in labor and social security matters, it is necessary, among other measures, to legislate and judge with a gender perspective, without complexes and with the will to reverse the situations of inequality still suffered by women, while ensuring that this is done in respect of the principle of separation of powers and without resorting to interpretative excesses that undermine the great value of this hermeneutical tool.

*Keywords:* gender mainstreaming, effective equality, integrating function, hermeneutical tool.

## 1. La igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres como desideratum

Es una realidad inapelable que hombres y mujeres, formalmente iguales ante la ley, todavía no lo son en la vida real. Aunque hace décadas que el principio de igualdad y no discriminación está recogido de una manera clara e incontestable en numerosos documentos políticos e instrumentos normativos, tanto estatales como internacionales y en el ámbito de la UE, la igualdad material y efectiva entre mujeres y hombres es todavía un *desideratum*, un objetivo o aspiración por cumplir, al que solo se llegará cuando mujeres y hombres puedan acceder en igualdad plena de condiciones a los bienes y recursos y participar con las mismas oportunidades en los diferentes ámbitos de la vida económica, social y política<sup>1</sup>.

Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) establecidos por las Naciones Unidas en 2015 se encuentra el objetivo nº 5, cuya finalidad es lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y a las niñas. La igualdad de género no es sólo un derecho humano fundamental, también es uno de los fundamentos esenciales para construir un mundo pacífico, próspero y sostenible, y si bien es cierto que se han conseguido algunos avances durante las últimas décadas, no lo es menos que el mundo está lejos de alcanzar la igualdad de género para 2030<sup>2</sup>.

En el plano interno, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH), hace referencia en su exposición de motivos a que «el logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares. La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres».

<sup>1</sup> El Índice de Igualdad de Género del Instituto Europeo de Igualdad de Género, publicado en octubre de 2023, y basado en datos de 2021, recoge una puntuación para el conjunto de la UE de 70,2 puntos sobre 100 (la puntuación de 100 equivale a la plena igualdad entre sexos), superando los 68,6 puntos del año anterior. España ha obtenido una puntuación de 76,4 en el último índice, lo que representa 6,2 puntos por encima de la media de la UE y 1,8 puntos más que en el año anterior, situándose en el cuarto puesto al superar a Francia y Finlandia, habiendo aumentado 10 puntos en una década; ello representa el mayor ritmo de avance hacia la igualdad entre mujeres y hombres de toda la UE.

<sup>2</sup> Cfr. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/>

Centrándonos en el terreno de las relaciones laborales y de la protección social, la brecha de género en el mercado de trabajo se hace patente en la todavía superior precariedad laboral que enfrentan las mujeres, asociada a la celebración, en mayor proporción que los hombres, de contratos de duración determinada y a tiempo parcial (producto de su mayor dedicación a las responsabilidades familiares), así como al desempeño de actividades y ocupaciones económica y socialmente infravaloradas (limpieza, cuidados...), circunstancias todas ellas que se traducen en la obtención de unos salarios inferiores a los que perciben los hombres<sup>3</sup>. Esta discontinuidad en las carreras laborales e inferior remuneración/cotización se traduce en mayor dificultad para acceder a las prestaciones públicas del sistema de Seguridad Social y en una menor cuantía de éstas, convirtiendo a las mujeres en candidatas preferentes a una protección de tipo asistencial, de inferior calidad a la que proporciona el nivel contributivo.

## 2. La transversalidad de la perspectiva de género

La perspectiva de género viene siendo entendida como aquella visión o enfoque de las construcciones sociales y culturales que, partiendo del reconocimiento de una desigualdad entre hombres y mujeres, intenta revertir dicha desigualdad y avanzar hacia una sociedad más equitativa e igualitaria.

El *gender mainstreaming* fue asumido explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de Naciones Unidas, que se celebró en Beijing en 1995. El Informe de la Cuarta Conferencia Mundial señala en su considerando 229 que «al ocuparse del disfrute de los derechos humanos, los gobiernos y otros interesados deben promover una política activa y visible encaminada a incorporar una perspectiva de género en todas las políticas y los programas de manera que, antes de que se adopten las decisiones, se analicen los efectos que han de tener para las mujeres y los hombres».

Dos años más tarde, en su sesión de 18 de julio de 1997, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) definió el concepto de transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos: «Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y

---

<sup>3</sup> En España, según los datos sobre salarios de la Encuesta de Población Activa (EPA), en el año 2022, la diferencia salarial bruta entre hombres y mujeres fue del 15,7%, esto es, 5,25 puntos porcentuales por debajo de la brecha de 2018, lo que comporta una reducción del 25, siendo el mejor dato de la serie histórica, pero continúa siendo una cifra inaceptable, que refleja la desigualdad y las discriminaciones laborales que sufren las mujeres. Cfr. <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/declaracion-institucional-con-motivo-del-dia-para-la-igualdad-salarial/#:-:text=Según%20los%20datos%20de%20salarios%20de%20la%20EPA%2C,2018%2C%20lo%20que%20representa%20una%20reducci3n%20del%2025%25.>

de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.»

En el entorno de la UE, con la entrada en vigor el día 1 de mayo de 1999 del Tratado de Ámsterdam, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea y, especialmente, en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas y la eliminación de desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de la Unión (art. 3 Tratado de la Unión), habiéndose de garantizar dicha igualdad en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución (art. 23 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE; segundo principio del Pilar Europeo de Derechos Sociales).

Asimismo, la Comisión Europea, ante la constatación de que hay decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pero pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó la Comunicación sobre la transversalidad *mainstreaming* COM (96) 67 final, de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias, y elaboró una Guía para la evaluación del impacto en función del género diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias.

Con base en estos precedentes, la perspectiva de género como herramienta para garantizar y reforzar el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres se ha venido integrando progresivamente en el ámbito interno. Cabe citar, en primer término, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Esta ley modifica dos preceptos de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, concretamente los arts. 22.2 y 24.1.b), para establecer que todos los proyectos de ley impulsados por el Gobierno y los reglamentos que el mismo apruebe deberán acompañar un informe sobre el impacto de género de las medidas contenidas en dichos instrumentos normativos<sup>4</sup>. Un año más tarde, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, introducirá «la perspectiva de las relaciones de género» en la elaboración del Plan estatal de sensibilización y prevención de la violencia de género [art. 3.1 a)].

Un hito especialmente relevante fue la promulgación en el año 2007 de la LOIE-MH, que se refiere a la perspectiva de género en su preámbulo cuando afirma que «(l)a

---

<sup>4</sup> En el art. 2.1. f) del RD 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, se establece que el impacto de género «analizará y valorará los resultados que se puedan seguir de la aprobación del proyecto desde la perspectiva de la eliminación de desigualdades y de su contribución a la consecución de los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, a partir de los indicadores de situación de partida, de previsión de resultados y de previsión de impacto recogidos en la Guía Metodológica».

ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, se plasma en el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio», añadiendo que ese enfoque se proyecta también en las políticas sectoriales «como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo». Asimismo, esta ley establece en su artículo 15 que «el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos», y que «(l)as Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades». A tal efecto, en su art. 19 la LOIEMH prevé que los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros deberán incorporar un informe sobre su impacto por razón de género. Todo ello sin olvidar que en su artículo 4 afirma que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Entre las normas nacionales que han consolidado la perspectiva de género como categoría de análisis de la realidad, cabe destacar igualmente la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en cuya exposición de motivos se señala que «con esta Ley se pretende dar respuesta a una necesidad normativa concreta: crear un instrumento eficaz contra toda discriminación que pueda sufrir cualquier persona y que aborde todos los ámbitos desde los que se pueda producir, acogiendo la concepción más moderna de los derechos humanos». Esta Ley reitera en su artículo 4.3, en línea con lo establecido por la LOIEMH, que «el derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integra y observará con carácter transversal en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

Cabe indicar, para concluir este apartado, que la nueva Estrategia para la Igualdad de Género 2024-2029, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de marzo de 2024 y presentada formalmente el pasado 30 de mayo en la Conferencia «Unidas y unidos en torno a la igualdad de género: creando espacio para las mujeres y las niñas», se estructura en torno a seis objetivos: 1) Prevenir y combatir los estereotipos de género y el sexismo; 2) Prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y niñas y la violencia doméstica; 3) Garantizar a las mujeres y las niñas la igualdad de acceso a la justicia; 4) Lograr una participación equilibrada de mujeres y hombres en la vida política, social y económica; 5) Velar por el empoderamiento de las mujeres y la igualdad de género en relación con los desafíos mundiales y geopolíticos; y 6) Lograr la integración de la perspectiva de género e incluir un enfoque interseccional en todas las políticas y medidas.

### 3. El respaldo expreso a la perspectiva de género en la doctrina constitucional

La legitimidad de la perspectiva de género ha sido confirmada por nuestro Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos, descartando que se trate de una construcción ideológica contraria a la libertad de pensamiento y al pluralismo político.

Así, en la STC 34/2023, de 18 de abril, FJ 7 e), el TC razona que la incorporación de la perspectiva de género en los principios pedagógicos de la Ley Orgánica de Educación (por obra de la LO 3/2020), no impone ninguna adhesión ideológica, y ello lo conecta con el artículo 4.4 de la Ley 15/2022, en concreto, en la vertiente de la discriminación de las mujeres y las niñas en el acceso a la educación; «la perspectiva de género», afirmará el alto tribunal, «lejos de comprometer la neutralidad ideológica del Estado, supone un avance en el respeto a los valores constitucionales, especialmente, los recogidos en los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE». Poco después, la STC 44/2023, de 9 de mayo, al enjuiciar los preceptos de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, concernientes a la educación sanitaria y a la formación de profesionales de la salud con perspectiva de género [arts. 5.1.f) y 8], sostendrá que con esta expresión se alude a una «categoría de análisis de la realidad desigualitaria entre mujeres y hombres dirigida a alcanzar la igualdad material y efectiva» y a un «enfoque metodológico y un criterio hermenéutico transversal orientado a promover la igualdad entre mujeres y hombres, como parte esencial de una cultura de respeto y promoción de los derechos humanos». Y más recientemente, la STC 89/2024, de 5 de junio, que desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado por cincuenta diputados del grupo parlamentario Vox en el Congreso contra varios preceptos de la citada Ley 15/2022, concluye, tras describir sucintamente los hitos normativos fundamentales del reconocimiento de la perspectiva de género en el ámbito internacional, en el entorno de la UE y en el ordenamiento interno, que «la introducción en el art. 4.4 de la perspectiva de género en las políticas contra la discriminación se integra con naturalidad en la evolución normativa expuesta y en el propósito y finalidad de la Ley 15/2022», confirmando que dicha perspectiva «está desprovista de orientación ideológica alguna, más allá del respeto a los valores constitucionales».

En consecuencia, la expresión «perspectiva de género», ni atenta contra el principio de seguridad jurídica por una pretendida indefinición, ni responde a un planteamiento ideológico a través del cual se pretende un supuesto adoctrinamiento, pues su concepto jurídico y la realidad a la que responde han sido concretados, hace varias décadas, en el ámbito internacional, así como en el de la UE, y en la normativa interna (López, 2025, 10).

Más allá de este expreso reconocimiento de la perspectiva de género, su aplicación efectiva por el TC en materia laboral y de protección social arroja un resultado heterogéneo, pudiéndonos encontrar con pronunciamientos, incluso anteriores a la LOIEMH (como la STC 3/2007, de 15 de febrero), que ya la tienen presente cuando precisa que “los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14, si la diferencia de

trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes”, o la STC 153/2021, donde se afirma que cualquier menoscabo en los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar «perjudica fundamentalmente a las mujeres» y puede suponer una discriminación por razón de sexo, frente a otros (caso de la STC 111/2018, de 17 de octubre), que no asumen esta perspectiva al denegar al progenitor varón la prestación de paternidad con la misma duración y en los mismos términos que a las madres (doctrina anterior a la aprobación del RDL 6/2019). Sin embargo, el balance en los últimos años es favorable a la integración de la dimensión de género en la formación de la jurisprudencia constitucional, como evidencian las sentencias citadas anteriormente y, específicamente en materia de protección social, las SSTC 91/2019, de 3 de julio y 155/2021, de 13 de septiembre, en las que, siguiendo la línea marcada por la STJUE de 8 mayo 2019 (Asunto Villar Laiz, C-161/18), el TC sostuvo que la regulación contenida en la LGSS aplicando un coeficiente de parcialidad para la determinación del período cotizado a efectos de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente en el trabajo a tiempo parcial, comportaba una discriminación indirecta por razón de sexo, por afectar predominantemente a las mujeres al ser estas las que concentran una mayor número de contratos con jornada reducida; y, más próxima en el tiempo, la STC 140/2024, de 6 de noviembre, que reconoce a las madres biológicas al frente de familias monoparentales el derecho a disfrutar una prestación adicional por nacimiento y cuidado de menor de 10 semanas, considerando que el no hacerlo constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por los arts. 14 y 39 CE, sin otorgar validez al peregrino argumento (esgrimido por la Fiscalía y el Letrado de la Administración de la Seguridad Social) de que con esta omisión lo que en realidad persigue el legislador es preservar el derecho a la igualdad de oportunidades en el empleo de las madres solas.

#### **4. La integración de la perspectiva de género en la producción de normas laborales y de Seguridad Social: tres décadas de avances significativos, pero con margen de mejora**

Aunque en España las brechas de género laboral y prestacional son todavía muy elevadas, resulta incuestionable que se han producido importantes avances en materia de igualdad en cumplimiento del Derecho de la UE, el ordenamiento internacional y el art. 14 de la CE. Con el impulso que representan los mandatos contenidos en la LOIEMH y en la Ley 15/2022, la perspectiva de género con finalidad igualitaria está presente en abundantes prescripciones normativas sobre materia laboral que consagran y desarrollan el derecho a la no discriminación por razón de sexo (entre otros, arts. 4.2.c), 17 y 28 ET), imponen el deber empresarial de transparencia retributiva (art. 28 ET, RD 902/2020) y de elaborar planes de igualdad en las empresas (LOIEMH, RD 901/2020), reconocen derechos a las trabajadoras víctimas de violencia de género y violencia sexual (reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo, justificación de ausencias o faltas de

puntualidad, cambio de centro de trabajo, suspensión del contrato, dimisión subsidiada), o han diseñado durante estas últimas tres décadas un amplio surtido de medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar que, con la Ley 39/1999 como punto de arranque e hitos sobresalientes como el RDL 6/2019, han evolucionado hacia un tratamiento cada vez más igualitario y de mayor equidad entre mujeres y hombres, apostando por un ejercicio verdaderamente corresponsable y paritario de las obligaciones familiares, que garantice la igualdad de oportunidades en el empleo y en la promoción profesional de ambos sexos y evite la perpetuación de roles y estereotipos de género: permiso (y correspondiente prestación económica) por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4, 5 y 6 ET) individual, intransferible, compensado económicamente al 100% y de duración igual para ambos progenitores; titularidad individual e intransferible del permiso/reducción de jornada por lactancia y para cuidado de familiares (art. 37. 4, 5 y 6 ET); excedencia para cuidado de hijos e hijas y otros familiares en igualdad de condiciones para mujeres y hombres (art. 46.3 ET); derecho a la adaptación de la jornada y al cambio en la forma de prestación del trabajo (incluida la posibilidad de teletrabajar) para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 34.8 ET); reconocimiento de un permiso parental de ocho semanas (art. 48 bis ET); sin olvidar las muy relevantes aportaciones, también en el plano de las relaciones laborales, de la citada Ley 15/2022, de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, y de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

Además de los progresos igualitarios en materia de conciliación, la perspectiva de género ha estado presente en las últimas reformas del ordenamiento regulador de las relaciones laborales. Así se constata en el RDL 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, la mayoría de cuyas medidas (reducción de la temporalidad y fomento de la estabilidad en el empleo, mejora de condiciones laborales en las contratas y subcontratas, prohibición de rebajas salariales vía convenio de empresa), aunque formuladas en abstracto y con una perspectiva neutra en cuanto al género, benefician de manera particularmente positiva a las mujeres trabajadoras, por ser ellas las que venían sufriendo mayores índices de precariedad. Por otro lado, no cabe desconocer el favorable impacto de género de medidas como la subida del SMI (con un incremento del 67% entre 2017 y 2025), al afectar dicha magnitud retributiva a unos dos millones y medio de personas de trabajadoras, de las que aproximadamente un 60% son mujeres.

En el ámbito del empleo, cabe significar que la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, incluye un precepto, el artículo 51, donde establece que la perspectiva de género será tenida en cuenta en el diseño de las políticas de empleo; específicamente, en su apartado 1 dispone que la actuación de los organismos públicos y privados de empleo «se dirigirá a promover la igualdad efectiva de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y en las carreras profesionales y a evitar cualquier discriminación, directa o indirecta, entre personas usuarias de los servicios de empleo», y que esta actua-

ción «deberá intensificarse cuando las demandantes de empleo, mujeres desempleadas o inactivas, encabecen una familia monomarental».

Con todo, la incorporación de la perspectiva de género a las normas laborales todavía admite margen de mejora. Por ejemplo, resulta criticable que el RDL 5/2023, de 28 de junio, que, entre otras medidas, traspone la Directiva 2019/1158, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, al introducir en el ET un art. 48 bis para regular el nuevo permiso parental, no prevea el percibo de prestación o remuneración alguna durante el disfrute del mismo, aspecto que está aún pendiente de regulación (el Gobierno se comprometió a remunerar 4 de las 8 semanas de permiso) pese a que el plazo de trasposición de la Directiva está vencido desde el 2/08/2024. Esta situación, además de dificultar la subsistencia de la persona trabajadora y del niño o de la niña cuidada –y de forma más intensa, en el caso de las familias monoparentales–, no favorece la conciliación corresponsable pues desincentiva especialmente a los hombres, perceptores de mayores ingresos que las mujeres, en orden a la solicitud de este permiso (López, 2025, 9).

Por otro lado, la doctrina ha señalado que, si bien a lo largo de la regulación legal del trabajo a distancia (RDL 28/2020, Ley 10/2021) se advierte la preocupación por asegurar que esta forma de prestación de servicios «no se convierta en una herramienta para ahondar en sesgos de género y por evitar un retroceso en los avances que se están consiguiendo en la materia, las medidas incorporadas al texto legal no resultan demasiado efectivas en la materia» (De la Puebla, 2020, 11).

Otra situación que urge corregir, en este caso por expreso mandato del TC, es la ausencia de reconocimiento normativo de una prestación por nacimiento y cuidado de menor de duración duplicada en el caso de hogares monoparentales. Y todo ello sin perder de vista que todas estas medidas igualitarias y favorecedoras de la conciliación familiar y laboral nunca llegarán a ser suficientes en la lucha contra la brecha de género laboral y prestacional si no se complementan con el establecimiento de una sólida red pública de servicios de atención y cuidados a menores y personas dependientes, accesibles al conjunto de la ciudadanía.

En el ámbito de la Seguridad Social, además de prestaciones específicamente diseñadas para atender situaciones de incompatibilidad laboral propias de las mujeres (riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, IT derivada de menstruaciones dolorosas, interrupción del embarazo o gestación avanzada), y del tratamiento especial a efectos prestacionales que reciben las situaciones de violencia de género que aquellas (y sus hijos/as) sufren a manos de sus parejas (con medidas dirigidas tanto a la víctima, como al agresor y a los posibles huérfanos), en los últimos tiempos el legislador español ha optado por introducir diversas medidas correctoras para paliar o reducir la brecha de género en materia de pensiones, que no es sino consecuencia directa de la brecha que arrastran las mujeres durante su vida laboral<sup>5</sup>, si bien algunas de esas medidas han sido

---

<sup>5</sup> Los datos estadísticos muestran que la pensión de jubilación la perciben mayoritariamente hombres y por un importe superior al de las mujeres, mientras que ocurre justo lo contrario con la pensión de viudedad, sus perceptoras son mayoritariamente mujeres y sus cuantías superan a las que obtienen los viudos.

cuestionadas por el TJUE y por nuestro TC, obligando con ello a revisar su configuración legal para adaptarlas a la normativa antidiscriminatoria. A este respecto, cabe recordar que mediante RDL 3/2021, de 2 de febrero, se creó el complemento para combatir la brecha de género en las pensiones contributivas, en sustitución del complemento por aportación demográfica que fue declarado discriminatorio para los hombres por STUE de 12 diciembre 2019 (C-450/18), y sobre el que está pendiente una cuestión prejudicial ante el TJUE. Aquel año se introdujo también en nuestro ordenamiento el Ingreso Mínimo Vital (Ley 19/2021), una prestación no contributiva de la Seguridad Social dirigida a prevenir el riesgo de pobreza y exclusión de las personas que vivan solas o integradas en una unidad de convivencia, cuando se encuentren en una situación de vulnerabilidad por carecer de recursos económicos suficientes para la vida cotidiana, situación de vulnerabilidad que afecta con especial virulencia a las mujeres, debiendo destacarse la especial cobertura que se dispensa a los hogares monoparentales, mayoritariamente encabezados por aquellas. Asimismo, la reforma de las pensiones instrumentada por Ley 21/2021 tuvo en cuenta la perspectiva de género al modificar los arts. 207.1.c) y 208.1.b) LGSS al objeto de computar, como período cotizado, el tiempo correspondiente al “servicio social femenino obligatorio”, con el límite máximo de un año, medida con la que el legislador equiparó el servicio social de la mujer al servicio militar o la prestación social sustitutoria de los hombres (equiparación que la Ley 24/2022 extendió a efectos de acceso a la pensión de jubilación parcial), acabando con una diferencia de trato que carecía de justificación alguna (Aragón, 2022). Por otro lado, la Ley 21/2021 modificó igualmente el régimen de la jubilación forzosa que se puede establecer a través de la negociación colectiva, contemplando la posibilidad de rebajar el requisito de edad de 68 años hasta la edad ordinaria de jubilación (en función de cuál sea la concreta carrera de seguro) cuando se trate de un sector de actividad con clara infrarrepresentación femenina y la persona contratada en sustitución del trabajador cesado sea una mujer, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por género.

Más recientemente, el RDL 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, también ha incorporado medidas con un incuestionable impacto de género: mejoras en las reglas sobre integración de vacíos de cotización en la base reguladora de las pensiones de jubilación que causen las mujeres trabajadoras; incrementos en el importe del complemento sobre brecha de género, en las pensiones mínimas y en las no contributivas; equiparación del trabajo a tiempo parcial con el trabajo a tiempo completo a efectos de cálculo de las pensiones; mejoras en los beneficios que conforman la protección familiar de nivel contributivo.

Con carácter general, las ampliaciones en el periodo de cómputo para determinar la cuantía de las pensiones constituyen, en ausencia de las necesarias correcciones, un factor de discriminación por razón de género, que conduce a una nueva y decisiva discriminación en las últimas décadas de la vida de la mujer: la reducción de la renta y

del nivel de vida en la jubilación y la vejez, como consecuencia de haber soportado una mayor discriminación a lo largo de la vida laboral. Las menores retribuciones que suelen percibirse en los primeros años de vida profesional, sumadas a los vacíos de cotización como consecuencia de la retirada total o parcial del mercado de trabajo para dedicarse a la crianza de la prole y otros familiares dependientes (solo parcialmente corregidos a través del mecanismo de integración de lagunas), determinan que una base reguladora expansiva, que tenga en cuenta bases de cotización lejanas en el tiempo, así como periodos en los que no se ha trabajado y/o cotizado (o al menos no a tiempo completo), den como resultado pensiones para las mujeres inferiores a las de los hombres.

En este sentido, el citado RDL 2/2023 ha optado por ampliar en dos años más el periodo computable para calcular la cuantía de la pensión de jubilación (pasando de 25 a 27 años), pero esta decisión se acompaña con dos órdenes de medidas que persiguen obviar su impacto desfavorable sobre los futuros pensionistas: una entrada en vigor progresiva (desde 2026 hasta 2044) que contempla la posibilidad de acogerse a la fórmula actual si resulta más beneficiosa para el pensionista. Asimismo, favorece a las mujeres, y reduce la brecha de género, el establecimiento de un sistema mejorado de integración de periodos sin cotización para el cálculo de las pensiones de jubilación de mujeres trabajadoras por cuenta ajena, así como para los hombres con determinadas condiciones, que se aplicará en tanto la brecha de género de las pensiones de jubilación sea superior al 5 por ciento.

Otra medida con impacto positivo de género la encontramos en el RDL 11/2024, y es la supresión del requisito consistente en tener derecho a una pensión por importe equivalente al 100% de la base reguladora para poder optar a la conocida como “jubilación activa” (art. 214 LGSS), exigencia vinculada a la cobertura de extensas carreas de cotización que dificultaba, cuando no impedía, el acceso a esta modalidad de compatibilidad entre pensión y trabajo a muchas mujeres con pensiones incompletas.

Ahora bien, sin perjuicio de las medidas encaminadas a mitigar la brecha de género en las prestaciones –y en particular en las pensiones– que acaban de exponerse, lo cierto es que otras muchas reformas han contribuido a ensanchar dicha brecha o, al menos, no ayudan a reducirla. Las reformas en materia de Seguridad Social que se han puesto en marcha para atender sus grandes retos –descenso de la natalidad, envejecimiento poblacional, crisis económicas, precariedad laboral generalizada– no ha sido equitativa con ambos sexos y ha dado, en lo que a la dimensión de género se refiere, algunas palas de cal y bastantes más de arena. Así ha ocurrido con la práctica totalidad de las reformas paramétricas que se han implementado para apuntalar la sostenibilidad financiera del sistema, unas reformas de configuración aparentemente neutra al no establecer distinciones por sexos, pero que en la práctica tienen un impacto adverso desproporcionado sobre los derechos prestacionales de las mujeres al contar estas con carreras profesionales más breves y con mayores interrupciones.

Por otro lado, la feminización de los trabajos retribuidos que se realizan en el ámbito doméstico determina que cualquier mejora que se introduzca en las condiciones laborales y en el sistema de protección social de este personal (caracterizado por su endémica precariedad) repercuta de forma especialmente favorable sobre las mujeres. Tal

es el propósito del RDL 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que, entre otras mejoras, extendió a este colectivo la protección por desempleo. Pero también del RD 893/2024, de 10 de septiembre, que desarrolla las normas para determinar las obligaciones preventivas y asegurar una adecuada evaluación de riesgos laborales para las personas empleadas del hogar.

Como cuestiones pendientes, es necesario integrar la perspectiva de género en el tratamiento de las enfermedades profesionales (reformando el vigente RD 1299/2006, que invisibiliza a las mujeres), tanto en el plano estrictamente preventivo como en el reparador, evitando los riesgos de discriminación actuales en la determinación de la contingencia (Fernández, 2024, 374). Asimismo, la perspectiva de género debe estar presente en el desarrollo reglamentario del art. 206 LGSS, al regular el procedimiento que permita anticipar el acceso a la jubilación en actividades consideradas penosas, insalubres o peligrosas mediante la aplicación de coeficientes reductores de edad, valorando para ello los riesgos laborales, de todo tipo (ergonómicos, psicosociales...), a los que quedan expuestas las mujeres en profesiones relacionadas con la atención de la salud y del hogar, la limpieza, el servicio de cuidados, la industria agroalimentaria, entre otras, corrigiendo la completa ausencia de trabajos realizados mayoritariamente por mujeres en el actual elenco de actividades y profesiones consideradas peligrosas a estos efectos (Martínez, 2024, 221-222).

Todo ello sin olvidar la determinante contribución de la negociación colectiva en la consecución de una realidad laboral cada vez más igualitaria. A estos efectos, procede señalar que la negociación colectiva puede tener un efecto ambivalente, ya que tanto puede provocar un ahondamiento de la brecha de género si los convenios no consiguen incorporar medidas equitativas para hombres y mujeres, como puede producir el efecto contrario (y deseable) de activar buenas prácticas y generar sinergias para ir corrigiendo esas desigualdades.

## **5. Hacia la normalización de la perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en el orden social**

Como se ha expuesto, jueces y tribunales deben integrar la perspectiva de género en el proceso de aplicación e interpretación de las normas, por expreso mandato legal. La interpretación y aplicación de las normas con perspectiva de género se realizará de oficio, sin que sea necesaria petición de parte, aunque resulta muy recomendable que los pretendientes la invoquen en sus demandas cuando esté en juego la igualdad de trato y de oportunidades entre los sexos y la supresión de discriminaciones de género.

En cuanto al alcance de este principio, significa que el órgano judicial debe decantarse, entre las varias interpretaciones posibles de la norma, por aquella que resulte más respetuosa y cercana con la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, integrando en caso de laguna normativa el valor superior de la igualdad (Moll, 2021, 87). Pero en el art. 4 de la LOIEMH también se reconoce explícitamente la función integradora del

principio de igualdad de trato y de oportunidades en tanto que principio informador del ordenamiento jurídico, lo cual supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación (laguna normativa), bien por no considerar en la misma el valor de la igualdad de sexos que debió haberse considerado (laguna axiológica), siendo más difícil en este segundo caso la integración del valor igualdad al existir una regulación positiva. Difícil, pero no imposible, porque una sentencia que aplique la perspectiva de género puede integrar la norma con valores constitucionales que la misma no haya considerado (quizás por el momento histórico en que se aprobó); lo que no puede hacer el aplicador del Derecho es extraer de la norma una consecuencia claramente contraria a lo que aquella quiso establecer, creando una regla “judicial” para el caso concreto que suplante a la regulación normativa y sea incompatible con esta.

La interpretación de la ley de conformidad con los valores constitucionales impone, desde esta perspectiva, interpretar el ordenamiento conociendo y comprendiendo las raíces culturales en las que se hunde la discriminación estructural de las mujeres y asumiendo como inexcusable la participación de la judicatura como motor de cambio de viejos desvalores para la plena efectividad de los derechos fundamentales de aquéllas, poniéndose al servicio de la totalidad de derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de la ciudadanía.

Metodológicamente, la técnica de juzgar con perspectiva de género se desarrolla en cuatro fases: 1) detección de la influencia en el conflicto jurídico de un determinado estereotipo de género; 2) constatación de que ello genera una diferencia de oportunidades o pérdida de derechos para las mujeres; c) erradicación del estereotipo en la interpretación y aplicación de la norma; d) compensación del daño o desequilibrio que la incidencia del estereotipo haya podido ocasionar (Lousada, 2020; Poyatos, 2022).

Serán la naturaleza del asunto y las circunstancias concurrentes en el caso las que determinarán si el enfoque o perspectiva de género constituye una metodología jurídica idónea, aunque no sea la única a considerar para resolver el conflicto (pudiendo concurrir con los criterios hermenéuticos tradicionales). Debe evitarse, en este sentido, una “sobreeplotación” del enfoque de género que pudiera redundar en descrédito de esta pauta hermenéutica. En cualquier caso, la perspectiva de género no tiene como efecto desbancar a los clásicos criterios de interpretación (art. 3 Código Civil), sino que les imprime un sentido unitario e integrador, para realizar de forma, no solo programático-formal, el principio/mandato de igualdad de sexos/género (Molina, 2020, 57).

Asimismo, no es legítimo utilizar la perspectiva o dimensión de género como pretexto para justificar decisiones abiertamente *contra legem* o reñidas con las garantías jurídicas y procesales del conjunto de la ciudadanía, pues ello supondría conculcar el principio de separación de poderes y la sumisión del Poder Judicial a la soberanía popular, que reside y se expresa en el Parlamento. No entra en la potestad de los miembros de la carrera judicial sustituir el criterio del legislador por otro de factura propia que consideren más adecuado, sino resolver conflictos jurídicos aplicando la solución prevista en las normas (*ius dicere*) o, en caso de lagunas normativas, arbitrando una solución *ad hoc* mediante el recurso a los principios generales del Derecho o a la analogía. Salvo el resul-

tado de los controles de convencionalidad (control de sumisión del derecho interno al orden internacional que puede ejercer cualquier órgano judicial) y de constitucionalidad (planteando la cuestión prevista en el art. 5.2 LOPJ), no son válidas las interpretaciones judiciales abiertamente *contra legem*<sup>6</sup>. No corresponde a los juzgados y tribunales protagonizar reformas legislativas, por muy convenientes, justas o necesarias que las mismas resulten (aunque sí es legítimo que las inspiren y promuevan en los fundamentos de sus sentencias). Y tampoco debemos olvidar que la CE contempla un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, en el que los órganos judiciales deben actuar sometidos al imperio de la ley y a la Constitución y, por tanto, si bien pueden cuestionar y examinar la constitucionalidad de las leyes, no por ello pueden dejar de aplicarlas, de modo que, si por vía interpretativa no es posible la acomodación de la norma al orden constitucional, deben promover la cuestión ante el TC para que sea este órgano el que, como intérprete supremo de la CE, no solo fije la interpretación de las normas constitucionales sino también corrija la vulneración del principio de igualdad, ya sea declarando nula la disposición legal infractora (expulsándola del ordenamiento jurídico), ya sea, en los supuestos de omisiones legislativas relativas y contrarias al principio de igualdad, dictando una sentencia aditiva que incluya en la norma cuestionada los supuestos omitidos<sup>7</sup>. De no entenderlo así, se corre el riesgo de que el poder judicial acabe participando en la conformación de la norma (Moll, 2021, 97).

La aplicación metodológica de la perspectiva de género por el orden jurisdiccional social, perceptible sobre todo en el terreno de la Seguridad Social, es un reflejo de la problemática frontera que separa la función legislativa de la función integradora de las normas a que se ha hecho referencia, constatándose divergencias en su aplicación por órganos judiciales de distinto grado jerárquico y ámbito territorial, que impiden apreciar una directriz uniforme, llegándose incluso al dictado de resoluciones contradictorias sobre una misma materia entre tribunales de órdenes jurisdiccionales diversos (p.ej., en el espinoso asunto de la duración del permiso por nacimiento en familias monoparentales). Otra característica a destacar es que la perspectiva de género, cuando finalmente es invocada, no siempre lo hace como el vector fuerte para la obtención de la solución del litigio, sino como criterio hermenéutico de refuerzo o apoyo a otros argumentos que conforman el verdadero núcleo de la *ratio decidendi*.

Sin ánimo exhaustivo, y centrándonos en la producción del TS, varios han sido los pronunciamientos en los que se ha aplicado el enfoque de género (bien que casi nunca de manera exclusiva o prevalente) a cuestiones que afectan a condiciones y aspectos del

---

<sup>6</sup> Como afirma la STS, 4ª, de 18 julio 2011 (rcud. 3970/2010), “el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 no permite alterar el sentido de la regulación legal. Lo que establece este artículo es que «la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas». De esta forma, se reitera la regla ya contenida en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero este precepto no autoriza a que por vía interpretativa se modifique el alcance de las disposiciones, transformando su sentido en aras a objetivos o programas de promoción de la igualdad que no han sido objeto de recepción legislativa”.

<sup>7</sup> Un ejemplo de sentencia aditiva o complementiva puede encontrarse en las SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, y 14/1983, de 23 de noviembre, que extendieron el derecho a una pensión de viudedad a los varones.

contrato de trabajo: a) modificación sustancial de condiciones de trabajo que comporta una variación de horarios de trabajo a tiempo parcial, donde no se aprecia discriminación indirecta por considerar el tribunal que si bien la medida tiene una incidencia muy superior en las trabajadoras que en los trabajadores, la empresa ha aportado una justificación objetiva y razonable sobre la necesidad del cambio<sup>8</sup>; b) aplicación del plan de igualdad de la empresa usuaria o cliente a las personas trabajadoras en misión, sin que a ello obste el hecho de que la ETT ya cuente con su propio plan de igualdad negociado colectivamente<sup>9</sup>; c) validez de un acuerdo de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo en el que se pacta un complemento salarial que no se devenga, en general, durante las ausencias del puesto de trabajo y, en concreto, durante los períodos de suspensión por maternidad y riesgo durante el embarazo<sup>10</sup>; d) para rechazar la concurrencia de ningún tipo de discriminación directa o indirecta en la regulación convencional que impone a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación (hostelería) el deber de incluir en el contrato mercantil que concierten con los contratistas que vayan a realizar determinadas actividades, que éstos cumplirán con los trabajadores y trabajadoras prestadores de los mismos, al menos, con todas las obligaciones de naturaleza salarial establecidas en el convenio colectivo de la empresa principal<sup>11</sup>; e) en torno a la conversión de contratos a jornada completa en otros a tiempo parcial de profesores de religión por disminución de la demanda, considerando que la mayoría de las mujeres afectadas son mujeres, si bien el TS excluye que se ha producido una discriminación indirecta al tener la medida empresarial una justificación objetiva y legítima<sup>12</sup>; f) en relación con un conflicto colectivo en el que se cuestiona el abono de un incentivo anual para reducir el absentismo a personal de la empresa que se encuentra en situación de reducción de jornada por guarda legal<sup>13</sup>; g) en relación con el permiso para acompañar a familiares a consultas médicas previsto en el convenio colectivo, para concluir la necesidad de que el familiar acompañado sea persona dependiente a cargo del trabajador, pues solo en ese caso el permiso cumple la finalidad de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>14</sup>; h) a la hora de reconocer el derecho al disfrute de un permiso no retribuido inmediatamente después de la acumulación de la pausa por lactancia, sin poner trabas económicas para financiar la sustitución de la persona trabajadora en situación de lactancia<sup>15</sup>; i) para rechazar que pueda restringirse el permiso por lactancia a la madre, so pretexto de que el otro progenitor y padre del menor no desarrolla actividad productiva por encontrarse en

<sup>8</sup> STS de 25 mayo 2015, rco. 307/2013.

<sup>9</sup> STS de 13 noviembre 2019, rco. 75/2018. Trasponiendo esta doctrina, el art. 10.2 del RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, ha contemplado expresamente que las medidas que se contengan en el plan de igualdad de la empresa usuaria o cliente serán aplicables a las personas trabajadoras cedidas por las empresas de trabajo temporal (ETT) durante los períodos de prestación de servicios.

<sup>10</sup> STS de 3 diciembre 2019, rco. 141/2018.

<sup>11</sup> STS de 12 marzo 2020, rco. 209/2018.

<sup>12</sup> STS de 13 julio 2020, rco. 155/2018.

<sup>13</sup> STS de 17 julio 2024, rcud. 851/2022.

<sup>14</sup> STS de 20 marzo 2024, rcud. 79/2022.

<sup>15</sup> STS de 22 febrero 2024, rco. 322/2021.

situación de desempleo y puede encargarse de cuidarlo, interpretación que comporta los peligros de perpetuación de roles tradicionales, sexistas, y opuestos a los objetivos equitativos de la LOIEMH<sup>16</sup>.

En cambio, no se ha aplicado la perspectiva de género en un supuesto donde se discutía la existencia de discriminación indirecta en la política de externalización del servicio de camareras de pisos y limpieza de habitaciones en el sector hotelero, que supuso el despido colectivo de las trabajadoras que hasta la subcontratación venían prestando dicho servicio como empleadas de la empresa principal<sup>17</sup>. Años más tarde, y para este mismo sector, el TS ha descartado integrar la perspectiva de género en un asunto donde se interpreta el art. 42 ET, rechazando que deba aplicarse el convenio de la empresa principal (hostelería) a pesar de que sus condiciones laborales son mejores que las del convenio sectorial aplicable a la subcontratista (limpieza) y las afectadas son mayoritariamente mujeres, con el argumento de que no estamos ante una eventual discriminación indirecta por razón de sexo porque no se trata de un vestigio sexista ni de un déficit o laguna normativa, sino que por el contrario «el silencio del legislador en esta materia opera con plena consciencia»<sup>18</sup>. Decisión que aquí se comparte, porque la perspectiva de género en pro de la igualdad real debe ser tenida en cuenta por los jueces y tribunales en la interpretación y aplicación de las normas, pero no hasta el punto de distorsionar, desnaturalizándolos, los principios y paradigmas que disciplinan el régimen jurídico de la subcontratación y el sistema de negociación colectiva en nuestro país, máxime cuando no resulta evidente su incompatibilidad con el orden constitucional y el convencional internacional.

El TS tampoco ha considerado comprometida la perspectiva de género al rechazar que la empresa esté obligada a incluir en el registro salarial del art. 28.2 ET datos que permitan identificar la retribución individualizada de una persona trabajadora, pues lo exigido legalmente es incluir valores “medios” desglosados por sexos, a fin de conocer si los salarios de las mujeres, comparados con los de los hombres, se separan de la finalidad igualatoria, no conocer cuál sea el salario individual de cada mujer y cada hombre<sup>19</sup>; tampoco al denegar la pretensión de adaptación horaria planteada por un trabajadora, al haber aportado la empresa una justificación objetiva, basada en razones organizativas, que enerva la existencia de discriminación por razón de sexo, ni siquiera indirecta<sup>20</sup>.

Pero sin duda ha sido en materia de Seguridad donde la proyección de la metodología propia de la perspectiva de género ha permitido alcanzar los resultados más

<sup>16</sup> STS de 11 julio 2023, rcud. 3532/2019.

<sup>17</sup> STS de 20 noviembre 2015, rco. 104/2015.

<sup>18</sup> STS de 12 febrero 2021, rco. 2839/2019. Esta sentencia incluye un voto particular de la magistrada Rosa María Virolés Piñol, donde defiende que el art. 42 ET debe ser reinterpretado con perspectiva de género con el objetivo de que se aplique el convenio que rige en la empresa principal, porque una lectura automática del precepto conduce al dumping social y a la precariedad de las condiciones laborales de las mujeres. Pero, como se ha comentado, la posición mayoritaria es contraria a esta tesis, que tampoco ha sido acogida por el legislador en la reforma operada en el art. 42 ET por el RDL 32/2021, que, con algunas salvedades que remiten a un convenio distinto, dispone la aplicación del convenio colectivo sectorial correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa contratista.

<sup>19</sup> STS de 21 noviembre 2024, rco. 218/2023.

<sup>20</sup> STS de 12 setiembre 2024, rcud. 550/2021.

eficientes, en orden a una efectiva igualdad entre mujeres y hombres y a la eliminación de las discriminaciones que han de soportar las mujeres en el mercado de trabajo y, por ende también, en la protección social. Con la brevedad requerida (para un desarrollo más amplio remito a Cavas, 2021 y 2022), cabe recordar aquí los siguientes supuestos: a) cómputo de los 120 días de cotización asimilada por parto en el extinto SOVI a los efectos de completar el período mínimo de carencia de 1.800 días exigidos para causar derecho a pensión<sup>21</sup>; b) cesión parcial de la prestación por maternidad al progenitor varón –conforme a la legalidad anterior– aunque la madre no hubiera efectuado tal opción en el momento de inicio del periodo de descanso<sup>22</sup>; c) concesión de la pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, por ser víctima de violencia de género<sup>23</sup>; d) protección del riesgo durante la lactancia natural y distribución de la carga de la prueba en clave de género<sup>24</sup>; e) extensión a la mujer que recibe la pensión de vejez e invalidez del SOVI de la posibilidad de causar, cuando fallece, prestaciones en favor de familiares, pese a que la ley solo las contempla en el ámbito del sistema de Seguridad Social<sup>25</sup>; f) consideración del tiempo durante el que se prestó el Servicio Social Obligatorio de la mujer [por aplicación de lo establecido en el art. 208.1.b) último párrafo LGSS respecto del servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria para los hombres] a efectos de completar el período mínimo legalmente exigido para acceder a la jubilación anticipada, habida cuenta de que no existe una norma aplicable a este caso y, por tanto, no se ponderó a través de ella el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado<sup>26</sup>; g) caracterización como accidente no laboral (no enfermedad común) de las lesiones sufridas por la trabajadora durante el parto<sup>27</sup>; h) reconocimiento, siempre y cuando concurren los restantes requisitos legalmente exigidos, del derecho a pensión de viudedad a la pareja de hecho femenina que, por razón de violencia de género, no estaba unida ni convivía con el causante en el momento del fallecimiento<sup>28</sup>; i) integración de la perspectiva de género (bien que como argumento secundario o de refuerzo) a efectos de apreciar la existencia de enfermedad profesional en trabajos mayoritariamente desempeñados por mujeres<sup>29</sup>; j) consideración de los períodos de cotización asimilados por parto (art. 235 LGSS) para comprobar si se cumplen los requisitos de carencia tanto de

---

<sup>21</sup> STS de 21 diciembre 2009, rcud. 201/2009. Su doctrina ha encontrado continuidad en SSTS de 21 diciembre 2009, rcud. 425/2009; 19 enero, 2 marzo, 13 mayo y 13 diciembre 2010 (rcud. 2035/2009, 945/2008, 4426/2009 y 1046/2010). Su alcance se ha visto sustancialmente limitado, sin embargo, en la STS de 12 diciembre 2011 (rcud. 5891/2011) y posteriores (p. ej., STS de 7 julio 2017, rcud. 4240/2015), que restringen los efectos de esta doctrina a los natalicios ocurridos antes del 1-1-1967.

<sup>22</sup> STS de 20 mayo 2009, rcud. 3749/2008.

<sup>23</sup> STS de 26 enero 2011, rcud. 4587/2009.

<sup>24</sup> STS de 26 junio 2018, rcud. 1398/2016.

<sup>25</sup> STS de 29 enero 2020, rcud. 3097/2017.

<sup>26</sup> STS de 6 febrero 2020, rcud. 3801/2017.

<sup>27</sup> STS de 2 julio 2020, rcud. 201/2018.

<sup>28</sup> SSTS de 14 octubre 2020, rcud. 2753/2018, y 25 enero 2024, rcud. 2490/2021.

<sup>29</sup> STS de 20 septiembre 2022 (rcud. 3353/2019), entendiéndose la Sala Cuarta que no inclusión de profesiones feminizadas en el cuadro reglamentario de profesiones que puedan resultar afectadas por una enfermedad profesional constituye una discriminación indirecta.

la pensión de jubilación cuanto del subsidio por desempleo para mayores de 52 años<sup>30</sup>; k) reconocimiento de la prestación en favor de familiares a una mujer que sufrió violencia de género, aunque no estuviera separada legalmente ni divorciada de su marido en la fecha del hecho causante (fallecimiento del padre)<sup>31</sup>; l) reconocimiento de la prestación por maternidad tras adoptar al hijo biológico del cónyuge, que ya la había disfrutado<sup>32</sup>; ll) reconocimiento simultáneo a ambos progenitores del complemento de maternidad por aportación demográfica, una vez que la jurisprudencia comunitaria declaró que no reconocerlo al varón constituía una discriminación por razón de sexo<sup>33</sup>; m) cálculo del coeficiente global de parcialidad de la pensión de viudedad con base en los cinco últimos años de vida laboral del sujeto causante, a la vista de las circunstancias del caso<sup>34</sup>; n) incremento del recargo de prestaciones económicas de la Seguridad Social cuando una reforma legal aumenta la cuantía de la pensión de viudedad<sup>35</sup>.

En cambio, la Sala Cuarta ha considerado que la perspectiva de género no es relevante a efectos de concluir que el requisito de constitución formal de la pareja de hecho es imprescindible para optar a la pensión de viudedad<sup>36</sup>; o que el derecho al complemento de maternidad por aportación demográfica sólo debe reconocerse por los hijos o hijas que hubieran nacido con vida, con exclusión de los fetos que hayan sido alumbrados muertos (el mismo criterio se sigue para el vigente complemento para reducir la brecha de género en el art. 60.3 LGSS), y ello porque, una vez que el TJUE declaró que el diseño legal de este complemento era discriminatorio para los varones, debiendo ser reconocido por igual a hombres y mujeres, «no tiene sentido la invocación de la perspectiva de género cuando la norma a interpretar afecta exactamente por igual y sin distinción alguna a mujeres y hombres»; antes al contrario, apunta que «la indebida apelación a esa herramienta supone sin duda una cierta devaluación de tan relevante mecanismo legal para la interpretación de las leyes»<sup>37</sup>. También en relación con este complemento se ha considerado impertinente invocar la perspectiva de género cuando la cuestión a resolver es si debía reconocerse el complemento por aportación demográfica en el caso de pensión de jubilación anticipada voluntaria, aduciendo que la norma a interpretar afectaba exactamente por igual y sin distinción alguna a hombres y mujeres, no pudiendo utilizarse aquella perspectiva para dejar sin efecto una norma legal «tan clara, expresa y terminante como la que estamos analizando, una vez avalada su perfecta constitucionalidad»<sup>38</sup>.

La disparidad de ópticas con las que ha sido interpretada la perspectiva de género y su alcance como canon hermenéutico resulta patente en los debates internos que se

<sup>30</sup> STS de 23 junio 2022, rcud. 646/2021.

<sup>31</sup> STS de 13 junio 2023, rcud. 1549/2020.

<sup>32</sup> STS de 21 diciembre 2022, rcud. 3763/2019.

<sup>33</sup> STS de 17 mayo 2023, rcud. 31/2022, con doctrina que siguen, entre otras, las SSTS de 25 enero y 11 septiembre 2024, rcud. 106/2023 y rcud. 662/2023.

<sup>34</sup> STS de 9 abril 2024, rcud. 782/2021.

<sup>35</sup> STS de 25 enero 2024, rcud. 3521/2020.

<sup>36</sup> STS de 29 abril 2024, rcud. 3303/2022.

<sup>37</sup> STS de 27 febrero 2023, rcud. 3225/2021.

<sup>38</sup> STS de 31 mayo 2023, rcud. 2766/2022.

han suscitado en el seno de la propia Sala de lo Social, evidenciándose las discrepancias incluso entre diferentes órdenes jurisdiccionales. Ejemplo paradigmático de ello es el supuesto del permiso por nacimiento y cuidado en familias monoparentales. De un lado, la Sala de lo Social del TS, en su sentencia núm. 169/2023, de 2 de marzo, del Pleno, revocará una sentencia del TSJ del País Vasco que había reconocido a una madre sola las ocho semanas que habrían correspondido (conforme a la normativa entonces aplicable) al otro progenitor caso de existir, sin tener en cuenta la perspectiva de género ni el principio superior de la infancia (sí atendido, sin ir más lejos, para reconocer prestaciones por maternidad/paternidad en los supuestos de maternidad subrogada, pese a estar expresamente prohibida en nuestro ordenamiento), razonando que la perspectiva de género no es determinante para la resolución del caso (pese al incontestable dato de ser mujeres quienes mayoritariamente encabezan las familias monoparentales en España) pues «lo que se nos pide va más allá de lo que significa “interpretar y aplicar el derecho” y se sitúa en el ámbito de su creación», y no «estamos en un supuesto en que quepa aplicar aquella visión porque no hay discriminación, sino ante un eventual déficit de protección concreto querido y consentido por el legislador». Sin embargo, esta sentencia<sup>39</sup> incluye un voto particular del magistrado García-Perrote, donde argumenta que el superior interés del menor, de obligada consideración primordial, y la perspectiva de género, avalan una interpretación integradora que habría conducido a la estimación de la pretensión, en coherencia con previos pronunciamientos de la Sala que han reconocido derecho a prestaciones de seguridad social y causas de suspensión a supuestos no expresamente previstos en las normas aplicables.

Lo llamativo del caso es que cuando este asunto llegó a conocimiento de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del TS, a raíz de la reclamación promovida por una funcionaria, dicha Sala, en sentencia 1612/2024, de 15 de octubre (rec. 5372/2022), sí reconocerá el derecho de las familias monoparentales a extender de 16 a 26 semanas el permiso por nacimiento y cuidado de menor de doce meses, para evitar la discriminación de criaturas recién nacidas según el tiempo de familia al que pertenezcan, y lo hace, precisamente, por aplicación del principio interpretativo del interés superior de la infancia.

Finalmente, el TC, en su sentencia del Pleno 140/2024, de 6 de noviembre, ha puesto fin a la disparidad de pareceres existente en esta materia entre los órdenes social y contencioso-administrativo, declarando inconstitucionales (por omisión) los artículos 48.4 y 177 LGSS, en tanto que discriminatorios por razón de nacimiento para los menores nacidos en familias monoparentales, al no permitirles recibir un tiempo de cuidados equivalente al que reciben de sus progenitores los nacidos en una familia biparental, en normalidad de condiciones (la Sala Cuarta había advertido que no cabía hablar de discriminación al no estar garantizado que los dos progenitores de una familia biparental vayan a tener siempre derecho a la suspensión contractual y a la prestación anexa dado su

---

<sup>39</sup> Cuya doctrina comparten, entre otras, SSTs de 21 diciembre 2023 (rcud. 2303/2022), 21 diciembre 2023 (rcud. 257/2023) y 27 junio 2024 (rcud. 966/2024).

carácter contributivo), si bien, lamentablemente, una vez que ya ha resuelto el problema apelando al principio de superior interés del menor, obvia pronunciarse sobre el alegato de discriminación indirecta a las mujeres trabajadoras. Actuando como legislador positivo, y ante la inconveniencia de declarar nulos aquellos preceptos (pues ello determinaría la expulsión de nuestro ordenamiento jurídico de las normas que reconocen a todos los progenitores los permisos y prestaciones por nacimiento y cuidado de menor), el TC considera que «en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, en las familias monoparentales el permiso a que hace referencia el art. 48.4 ET, en relación con él el art. 177 LGSS, ha de ser interpretado en el sentido de adicionarse al permiso del primer párrafo para la madre biológica (16 semanas), el previsto en el segundo para progenitor distinto (10 semanas, al excluirse las 6 primeras)».

A la vista de este historial de pronunciamientos, no exento de fluctuaciones y algunas incoherencias, parece evidente el compromiso del TS en orientar su actuación hacia una labor interpretadora e integradora de las normas con perspectiva igualitaria de género, y la misma pauta viene constatándose en los órganos judiciales de instancia y suplicación (con particular convicción y activismo en algunas salas territoriales). La empresa no es sencilla, tanto por los límites derivados del positivismo jurídico imperante como por la extensión social de los estereotipos sexistas, de los que, pese a su cualificación, también están impregnados quienes tienen la responsabilidad de interpretar y aplicar el derecho, dificultando la identificación de los sesgos discriminatorios implícitos en las normas, requisito previo y necesario para aplicar la perspectiva de género en su quehacer diario. De ahí la importancia de promover acciones formativas a este respecto entre la judicatura.

## 6. Valoración final

La perspectiva de género traza la senda por la que han de transitar los poderes públicos y quienes aspiren sinceramente a la consecución de una sociedad regida por parámetros de justicia social e integrada por personas verdaderamente iguales en derechos y oportunidades. Pese a los furibundos ataques recibidos desde ámbitos académicos, políticos y sociales (redes y medios de comunicación incluidos) caracterizándola como mera ideología y describiéndola como una herramienta ahormada por el movimiento feminista que, partiendo de una explicación unilateral y excluyente de los fenómenos sociales, victimiza a la mujeres y culpabiliza a los hombres, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que la perspectiva de género no es un mero constructo ideológico sino una herramienta metodológica y analítica que entronca con el principio de no discriminación e igualdad que la Constitución consagra. Y es que, lejos de perseguir la imposición acrítica de un pensamiento único construido sobre la falaz idea de promover el empoderamiento irrestricto de las mujeres con el propósito de marginar y dominar a la otra mitad masculina de la población, la perspectiva de género constituye una palanca imprescindible en el proceso lento pero imparable hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. No

entenderlo así significa desconocer cuáles son los objetivos reales del movimiento feminista y el papel que corresponde desempeñar a la perspectiva o dimensión de género en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Sin duda, para alcanzar la plena igualdad de mujeres y hombres es preciso, entre otras medidas, legislar y juzgar con perspectiva de género. A diferencia de otros ámbitos en los que la sociedad camina por delante del Derecho, en materia de igualdad es el Derecho el que debe actuar como tractor del cambio social, siendo su intervención imprescindible para transformar la realidad. Para ello es muy necesario que la perspectiva de género actúe como principio informador del ordenamiento jurídico en todas sus vertientes, tanto en la fase de producción normativa como en la subsiguiente de aplicación e interpretación de las normas. Ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye un valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. Así aparece plasmado en los artículos 4, 15 y 19 de la LOIEMH y en el art. 4 de la Ley 15/2022. En el plano judicial, no se trata, en ningún caso, de justificar la arbitrariedad ni de fomentar la creatividad judicial al margen de la ley o *contra legem*, pues ello atentaría contra el principio de división de poderes y contribuiría a cuestionar el valor y el sentido de esta herramienta hermenéutica, pero sí de reclamar a los tribunales, y a quienes desde ellos ejercen la función jurisdiccional, una actitud proactiva que, alejándose de una mera interpretación literal de las normas anclada en métodos hermenéuticos tradicionales, despliegue a la hora de juzgar una sensibilidad que favorezca la detección y erradicación de estereotipos sexistas y promueva la igualdad real entre mujeres y hombres, ejerciendo así una genuina tutela antidiscriminatoria.

## 7. Bibliografía citada

- ARAGÓN GÓMEZ, C., “El impacto de género en las reformas de la Seguridad Social”, *Briefs de la aedtss*, 23/05/2022, disponible en: [https:// www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/cristina-aragon.pdf](https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/cristina-aragon.pdf)
- CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “La interpretación del sistema de Seguridad Social con perspectiva de género en la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 29, 2021.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”, *Labos*, Vol. 1, No. 3, pp. 4-11.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Mujer y enfermedad profesional a la luz de la jurisprudencia”, en VV.AA., *Trabajo y género. Transiciones justas hacia la igualdad laboral real*, Rodríguez Escanciano, S. (dir.), Álvarez Cuesta, H. (coord.), Colex, A Coruña, 2024, pp. 349-378.

- LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>.C., “La integración de la perspectiva de género en la producción y aplicación de las normas laborales y de Seguridad Social: un proceso heterogéneo y reversible”, Universidad de Jaén, en prensa, pp.1-28.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Dykinson, Madrid, 2020.
- MARTÍNEZ BARROSO, M<sup>a</sup>. R., “Trabajadoras de edad y discriminación: la inequidad de género en el mercado de trabajo como fuente de brecha en las pensiones de jubilación”, “Mujer y enfermedad profesional a la luz de la jurisprudencia”, en VV.AA., *Trabajo y género. Transiciones justas hacia la igualdad laboral real*, Rodríguez Escanciano, S. (dir.), Álvarez Cuesta, H. (coord.), Colex, A Coruña, 2024, pp. 186-239.
- MOLINA NAVARRETE, C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- MOLL NOGUERA, R., “La perspectiva de género y el Derecho del Trabajo: ¿una hermenéutica en construcción o algo más?”, *Labos*, Vol.2, N<sup>o</sup>. 2, pp. 89-38.
- POYATOS MATAS, G., *Juzgar con perspectiva de género en el orden social*, Thomson-Aranzadi, Cizur (Menor), 2022.

# La perspectiva de género en la jurisdicción social. Equívocos y medias verdades. Su aplicabilidad a ambos sexos

The gender perspective in social jurisdiction: misunderstandings and half-truths. Its application to both sexes

Macarena Martínez Miranda

*Magistrada especialista de la Sala de lo Social del TSJ Cataluña*

doi: 10.20318/labos.2025.9415

*Resumen:* Este artículo tiene por objeto profundizar en las razones por las que la perspectiva de género, como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, continúa siendo objeto de debate. Para ello, se reflexionará sobre la persistencia de las razones que determinaron la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, así como sobre los equívocos y medias verdades que distorsionan la comprensión de un instrumento imprescindible para lograr la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres; entre ellos su exclusiva aplicabilidad al sexo femenino.

*Palabras clave:* Perspectiva de género, igualdad efectiva, equívocos, medias verdades, estereotipos, ambos sexos..

*Abstract:* This article aims to delve into the reasons why the gender perspective, as a technique of interpretation, application and regulatory integration, continues to be the subject of debate. To this end, we will reflect on the persistence of the reasons that determined the promulgation of Organic Law 3/2007, as well as on the misunderstandings and half-truths that distort the understanding of an essential instrument to achieve the effectiveness of the principle of equality between women and men, among them its exclusive applicability to the female sex.

*Keywords:* Gender perspective, effective equality, misunderstandings, half-truths, stereotypes, both sexes.

## I. Planteamiento

Al redactarse el presente artículo, la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres se encuentra a punto de alcanzar su mayoría de edad y, sin embargo, continúan planteándose debates como el que nos ocupa sobre el alcance, contenido y límites del enjuiciamiento con perspectiva de género, evidenciando que el ruido mediático ha logrado proyectar una sombra de duda, cuestionamiento o suerte de sospecha, sobre un mandato normativo cuyo objeto es la protección de un derecho fundamental, la

igualdad (entre mujeres y hombres), como imperiosa necesidad frente a la ineffectividad del despliegue de recursos normativos hasta entonces existentes. Esta reflexión preliminar conduce a cuestionarnos qué provoca tal persistencia dubitativa en la aplicación de un principio informador del ordenamiento jurídico, para posteriormente intentar exponer, que no justificar, las razones que continúan evidenciando la necesidad de que la perspectiva de género, como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, impere en nuestro ordenamiento.

Para centrar el punto de partida anterior a la promulgación de la citada Ley Orgánica y posteriormente aludir –es éste el propósito de estas reflexiones– al momento en que nos encontramos y hacia dónde queremos dirigirnos, hemos de incidir en aspectos evidentes si bien frecuentemente olvidados de la evolución normativa, especialmente en el ámbito laboral en que resulta ineludible el enjuiciamiento con perspectiva de género o, lo que es lo mismo, la observancia de los mandatos previstos en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y en el artículo 9.2 de la Constitución. Éste último ya prescribía la necesaria remoción de los obstáculos que impidiesen o dificultasen la plenitud del principio de igualdad, evidenciando que la efectividad de aquel derecho precisaba de acciones que superasen la igualdad formal proclamada por el artículo 14 de la Constitución, manifiestamente insuficiente a la vista de la evidencia empírica.

Lanzaremos unos datos preliminares que constatarán que este último aserto resultaba de un clamor internacional a nivel normativo al promulgarse la Ley Orgánica 3/2007, pudiendo citarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, así como conferencias mundiales monográficas como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995; y en el ámbito de la Unión Europea el artículo 111 del Tratado de Roma, el Tratado de Ámsterdam de 1 de mayo de 1999, y las Directivas la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. No fue, por ello, la Ley Orgánica 3/2007 una norma novedosa a nivel internacional al evidenciar que la efectividad del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres distaba de ser algo real.

Pese a esta última circunstancia, la constatación de los desequilibrios de género persiste actualmente y es recordada por los organismos internacionales, conforme revela un nuevo indicador elaborado por la OIT, la “brecha de empleo” (que incluye a todas las personas sin empleo que están interesadas en encontrarlo), concluyendo aquel organismo que el acceso de las mujeres al mercado laboral, las condiciones de trabajo y las diferencias de ingresos apenas han mejorado en las dos últimas décadas, resultando “decepcionantemente lentos” los progresos para reducir el mencionado desequilibrio<sup>1</sup>. Este

---

<sup>1</sup> “New data shine light on gender gaps in the labour market”, publicado el 5 de marzo de 2023. <https://www.ilo.org/publications/new-data-shine-light-gender-gaps-labour-market>

nuevo indicador (brecha de empleo) responde a las limitaciones constatadas de la tasa de desempleo, más frecuentemente utilizado, dibujando un panorama mucho más sombrío de la situación de las mujeres en el ámbito laboral. Los nuevos datos evidencian que continúan teniendo muchas más dificultades para encontrar trabajo que los hombres, pese a que las tasas de desempleo son muy similares entre ambos sexos, explicándose tal discordancia porque los criterios utilizados para definir el desempleo tienden a excluir de forma desproporcionada a las mujeres<sup>2</sup>.

Podríamos preguntarnos por qué esta desigualdad entre sexos es tan persistente en el ámbito laboral, y aunque una reflexión más detallada nos llevaría a analizar factores, entre otros, de carácter sociológico e histórico, una primera aproximación –superficial pero suficientemente expresiva– nos obliga a referirnos a la subsistencia de desigualdades endémicas en el citado ámbito fruto de la tardía incorporación de la mujer a las relaciones laborales (remuneradas), a su vez lastrada por su circunstancia biológica asociada a la maternidad y capacidad (en el caso de las mujeres discriminatoriamente asociada a condición) reproductora con derivada atribución de un marcado rol social, consideraciones que condicionaron y continúan condicionando el propio ejercicio profesional y los derechos asociados al mismo. Es suficientemente expresiva de la consideración de la mujer en el ámbito laboral en el momento de su incorporación al mismo la denominada Ley de la silla<sup>3</sup>, reflejo de la concepción de la mujer como sexo débil necesitado de protección.

Como examinaremos, persisten asimismo concepciones estereotipadas asociadas a la condición femenina, así como límites intangibles pero presentes (techos de cristal y suelos pegajosos) que dificultan, cuando no impiden, el acceso y promoción en el mundo laboral de las mujeres; sociológicamente determinada por las dinámicas heredadas de la citada evolución histórica. Estas circunstancias, añadidas a otras como la desigualdad retributiva, abundan entre otras en la brecha económica, cuyo carácter multifactorial explica la complejidad de su erradicación, partiendo de que en aquel concepto se incluye no sólo la brecha salarial y la anteriormente referida brecha de empleo, sino la aún más acusada brecha de pensiones que, de forma incuestionable y con dimensión numérica, muestra la desigualdad entre sexos que viene imperando en el mercado laboral. A ella cabría añadir la infrarrepresentación en los puestos de responsabilidad de las mujeres tanto en el empleo público como en el privado, que evidencia la dificultad de la promoción profesional para un sexo frente a otro.

La historia y la sociología nos muestran, por tanto, que el punto de partida de mujeres y hombres en el ámbito laboral se encuentra alejado; distancia que persiste actualmente tal como seguidamente examinaremos, situando a ambos sexos en posición

---

<sup>2</sup> Según el informe “*New data shine light on gender gaps in the labour market*”, el 15% de las mujeres en edad de trabajar en todo el mundo desearían trabajar pero no tienen empleo, frente al 10,5% de los hombres. Esta brecha de género se ha mantenido prácticamente invariable durante dos décadas (2005-2022). En cambio, las tasas mundiales de desempleo de mujeres y hombres son muy similares, porque los criterios utilizados para definir el desempleo tienden a excluir de forma desproporcionada a las mujeres. <https://www.ilo.org/es/resource/news/las-diferencias-de-genero-en-el-empleo-son-mayores-de-lo-que-se-pensaba>

<sup>3</sup> El 27 de febrero de 1912 se promulgó la denominada “ley de la silla”, cuyo objetivo era regular las condiciones de trabajo de las mujeres en tiendas, talleres y comercios; obligando a facilitar un asiento a las mujeres trabajadoras con la justificación en su exposición de motivos de los efectos nocivos de la bipedestación prolongada sobre la fertilidad.

asimétrica al acceder, permanecer y promocionar en el mundo laboral. Y ello enlaza con el objeto de este artículo, en que se cuestionará si el contexto histórico y sociológico expuesto determina la necesidad de una específica técnica de interpretación y aplicación normativa.

## II. La imprescindible perspectiva de género en el enjuiciamiento

Asumida la desigualdad entre sexos derivada de la herencia histórica, cabría plantearse por qué no ha resultado suficiente para lograr su erradicación la abundante normativa e instrumentos internacionales o, en su reverso, por qué la perspectiva de género como método de enjuiciamiento se revela como absolutamente necesaria. Existen múltiples motivos que así lo evidencian, pero nos detendremos en dos, cuales son la persistencia de los estereotipos o expectativas de género en el ámbito laboral así como la inercia histórica legislativa, alejada de los actuales cánones de igualdad por razón de género.

### *a) Los estereotipos, expectativas y sesgos de género*

Los estereotipos no resultan de la consagración normativa sino que trascienden a ésta, impregnando el ámbito de enjuiciamiento, lo que exige una labor de depuración por el órgano judicial. Podría cuestionarse esta aseveración, aludiendo a la debida observancia por los órganos judiciales del principio de igualdad o a la neutralidad de sus decisiones, pero ésta no obsta a la evidenciada permeabilidad en la labor enjuiciadora de los sesgos de género, en virtud de los cuales se atribuye a cada uno de los sexos una labor o rol social, derivada de la inserción de tales decisiones judiciales, de forma inevitable, en una sociedad lastrada por aquéllos. Se aludirá posteriormente a resoluciones judiciales en que así se constata, pero baste ahora resaltar que la ausencia de depuración de tales estereotipos impide que la decisión judicial resulte huérfana de desigualdad ab initio, viéndose contaminada y comportando la ineficacia del principio de igualdad. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007 proclamó que resultaba necesaria una acción normativa dirigida a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y “*estereotipos sociales*” que impedían alcanzarla.

Puede añadirse que la persistencia de estos estereotipos o etiquetas sociales encubre una concepción del derecho “dotado de género”<sup>4</sup>, heredero de un contexto social del que no puede desligarse sin esfuerzo. Un contexto de género que, tal como subrayó la IV Conferencia mundial de los derechos de la mujer de Beijing<sup>5</sup>, obviaba la necesidad de protección y acciones positivas tendentes a la efectividad de los derechos de las mujeres como derechos humanos<sup>6</sup>. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos de

<sup>4</sup> “La teoría feminista y el discurso jurídico”. Smart, Carol.

<sup>5</sup> Celebrada del 4 al 15 de septiembre de 1995.

<sup>6</sup> Apartado 14 de la Declaración de Beijing.

Naciones Unidas recordó que el derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de los estereotipos de género y de su utilización, describiendo éstos como opiniones o prejuicios generalizados acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar, y concluyendo que es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y proyectos vitales<sup>7</sup>. El artículo 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) proclamó que los Estados Partes debían adoptar las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estuviesen basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Tal consagración normativa internacional sobre la necesaria supresión de los estereotipos evidencia que las mujeres y los hombres no parten de una situación de igualdad en relación a las materias afectadas por los roles de género, por lo que el mero enjuiciamiento desde una perspectiva formal que no elimine aquéllos impide la efectividad del derecho a la igualdad, al precisar éste una labor depurativa de sesgos a los que quienes operamos en el tráfico jurídico no resultamos inmunes. Con razón se ha afirmado que, considerando la igualdad un principio general del derecho, no basta con que las mujeres tengan iguales derechos (entendido como igualdad ante la ley) sino que han de ser iguales en derechos<sup>8</sup>, existiendo una brecha entre el ideal de igualdad y las realidades de las vidas de las mujeres que responden a parámetros divergentes de los atribuidos socialmente a los varones.

El problema estriba en la invisibilidad de tales “expectativas de género”<sup>9</sup> y en su fuerza expansiva a nivel legislativo<sup>10</sup> y de enjuiciamiento. Valgan los anteriores apuntes para concluir sobre la necesaria perspectiva de género como instrumento práctico dirigido a lograr la expuesta depuración en el enjuiciamiento de los estereotipos de género, ante la ineficacia de los instrumentos normativos existentes evidenciada por los organismos que cada año examinan su virtualidad práctica. La negación de esta premisa determina un equívoco o media verdad a que posteriormente se aludirá.

### *b) La herencia histórica legislativa*

La aplicación de la perspectiva de género para la depuración normativa tiene por objeto, asimismo, evitar la automaticidad de la aplicación de normas desigualadoras ante la im-

<sup>7</sup> <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>

<sup>8</sup> “De igual tratamiento a igual derecho”. Holtmaat, Rikki. En “Derecho, género e igualdad: cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas” (coord. por Daniela Heim, Encarna Bodelón, Vol. 1, 2010).

<sup>9</sup> <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1054139X17303555>

<sup>10</sup> La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, aludía a la incorporación de la mujer al trabajo y no así al fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, tal como efectúa la Ley Orgánica 3/2007 con afán de superación de aquella concepción.

posibilidad práctica de una labor de revisión o enmienda “ad casum” por parte del legislativo, necesidad más acuciante en el ámbito laboral en que resulta notoria la antigüedad de algunas de aquéllas. La doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha declarado que la perspectiva de género constituye un criterio “*imprescindible*” para la interpretación de las normas jurídicas, calificándolo como principio informador del ordenamiento jurídico y “*faro a cuya luz*” se interpretan las normas<sup>11</sup>.

Más allá de su conceptualización, la doctrina jurisprudencial ha matizado que la perspectiva de género ha de aplicarse para “*la ponderación que supone examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad*”, lo que equivale al reconocimiento de una función integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades, de conformidad con el artículo 1.4 del Código Civil. Esta función integradora supone, en palabras del citado Tribunal, su aplicabilidad en supuestos de “*ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos que debió haberse considerado*”<sup>12</sup>.

No se compadece con esta doctrina la consideración de la perspectiva de género como un criterio hermenéutico de segundo grado, subsidiario, frente al resto de los contemplados en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Y ello por cuanto la aludida configuración jurisprudencial describe los parámetros de su aplicabilidad a la acción enjuiciadora del órgano judicial, extendiéndola a la totalidad de la actividad de quien asume la función de juzgar; lo que constituye un trasunto de su configuración en los artículos 4 y 15 de la L. O. 3/20017. Se trata por ello de un instrumento que trasciende la mera formalidad o literalidad de la norma en la actuación de los poderes públicos, entre los que se encuentra el judicial. Frente a la automaticidad aplicativa de la norma, este insoslayable mandato supera su literalidad y salvaguarda la aplicabilidad del principio de igualdad, otorgando un papel protagonista a la perspectiva de género como criterio hermenéutico<sup>13</sup>.

### **III. Equívocos y medias verdades sobre la perspectiva de género. Su aplicabilidad a ambos sexos**

De cuanto se ha expuesto y la doctrina unificada de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, así como la contundencia con que el Tribunal Constitucional se expresa sobre la vigencia de la perspectiva de género<sup>14</sup>, surge la cuestión acerca de las causas de la persistencia de debates como el que nos ocupa. Expresado en distintos términos, clarificada la doctrina sobre su aplicabilidad ¿qué determina que ésta continúe siendo cuestionada? Sin duda, algunos equívocos y medias verdades que se abordarán seguidamente han condicionado tal cuestionamiento, cuyos efectos la doctrina jurisprudencial ha minimizado abogando de forma clara por su virtualidad como principio informador del ordenamiento jurídico.

<sup>11</sup> STS/4ª de 20 de septiembre de 2022 (rcud. 3353/2019).

<sup>12</sup> STS/4ª de 20 de septiembre de 2022 (rcud. 3353/2019).

<sup>13</sup> STSJ Cataluña de 18 de noviembre de 2024 (conflicto colectivo 42/2024).

<sup>14</sup> STC 89/2024, de 4 de junio.

*a) La perspectiva de género únicamente resulta aplicable al sexo femenino (?)*

Aunque pudiera resultar superfluo clarificar que esta técnica hermenéutica y de aplicación normativa no circunscribe su ámbito a un solo sexo al tener por objeto la protección del derecho fundamental a la igualdad, la justificación en su génesis de la inefectividad de este derecho para proteger al sexo tradicionalmente discriminado, el femenino, ha determinado que de forma errónea la perspectiva de género haya sido asociada en todo caso a la protección del sexo femenino. No puede negarse que en la mayoría de supuestos así será, tanto por la persistencia de la desigualdad anteriormente aludida como por la debida protección del embarazo que, de forma obvia, se circunscribe al sexo femenino. Pero ello no impide que en otros precisamente su configuración —e incluso el otorgamiento de este nomen iuris— ligado al género y no al sexo, determine la aplicabilidad a supuestos en que se dirima sobre la discriminación de varones en el ámbito laboral. Se trata, por ello, de una media verdad que se tratará de desvirtuar refiriéndonos de forma expresa a supuestos así dirimidos por diferentes instancias judiciales, si bien previamente se ha de clarificar la conclusión anteriormente expuesta derivada de la conceptualización de la perspectiva de género como ligada a este factor discriminatorio y no al del sexo.

Con tal propósito, hemos de partir de la afirmación sobradamente conocida de que la prohibición de discriminación alcanza al numerus apertus de factores odiosos contemplado por el artículo 14 de la Constitución, entre los que, tal como afirma la doctrina constitucional, se encuentra incluido el género. Su noción, ya incluida en el Convenio de Estambul<sup>15</sup>, ha sido clarificada recientemente en la doctrina constitucional, al diferenciar la STC 67/2022, de 2 de junio, entre el sexo y el género<sup>16</sup>.

En el ámbito laboral, resulta destacable la conexión del ejercicio de los derechos a la conciliación de la vida laboral, familiar y personal con el derecho a la igualdad por razón de género, dado su ligamen a concepciones estereotipadas sobre su primordial

<sup>15</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Estambul, 11 de mayo de 2011). Su artículo 3 contiene, entre otras, las siguientes definiciones:

– “por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”;

– “por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

<sup>16</sup> Expone la STC 67/2022, de 2 de junio, que el sexo “permite identificar a las personas como seres vivos femeninos, masculinos o intersexuales”, y “viene dado por una serie compleja de características morfológicas, hormonales y genéticas, a las que se asocian determinadas características y potencialidades físicas que nos definen”, en tanto el género “se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género”.

Asimismo, expone la STC 67/2022: “Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. Sexo y género no son mutuamente excluyentes, pero tampoco son sinónimos, de modo tal que su traslación al ámbito jurídico exige asumir la diferencia existente entre ambos para evaluar las consecuencias normativas de tal distinción y asegurar el adecuado respeto a la seguridad jurídica ( art. 9.3 CE). Viene a constatar la distinción entre ambas nociones, desde el punto de vista jurídico, la mención diferenciada al sexo y al género, como características diversas del ser humano, contenida en el art. 4.3 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, de 2011), cuando establece que la “aplicación por las partes de las disposiciones del presente convenio, en particular las medidas para proteger los derechos de las víctimas, deberá asegurarse sin discriminación alguna, basada en particular en el sexo, el género [...] la orientación sexual, la identidad de género, [...] o cualquier otra situación”.

disfrute por parte de las mujeres frente a los varones, lo que si bien sociológicamente continúa siendo cierto en modo alguno puede justificar conducta discriminatoria. En el supuesto de así acaecer, la discriminación fundada en el potencial o efectivo ejercicio de tales derechos pueda anudarse al factor del género, tal como subraya la doctrina constitucional en la materia al conceptualizar los derechos conciliatorios como dotados de “trascendencia constitucional”. Ciertamente, la doctrina constitucional no ha dado el paso de concluir sobre la concurrencia de discriminación por razón de género asociada al ejercicio de derechos conciliatorios. Ahora bien, la normativa va avanzando al consagrar la referida trascendencia constitucional, evidenciada en la promulgación del RD 5/2023<sup>17</sup>, que al trasponer la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>18</sup>, modificando el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, añadió en el artículo 4.2.c) que el derecho de las personas trabajadoras a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleadas, por razón de sexo incluye “*el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral*”.

Pudiera matizarse que normativamente tal discriminación es asociada al sexo y no al género, pero trataremos de evidenciar que buena parte de las resoluciones en que se ha estimado la discriminación por razón de sexo por ejercicio de derechos conciliatorios han basado tales pronunciamientos en la persistencia de estereotipos de género, lo que resulta parangonable a la discriminación por este último factor. A tal efecto, el silogismo resulta sencillo: se discrimina por asociarse la condición de mujer al obligado ejercicio de derechos conciliatorios (lo que equivale al género o a la cristalización de la conducta asociada al sexo femenino) y no por su condición de mujer frente al varón (lo que sería equivalente a discriminación por razón de sexo).

Obsérvese que la Jurisprudencia interna e internacional, incluso desde fechas anteriores a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, evidenciaba la necesidad que el enjuiciamiento fuese efectuado desde una óptica igualitaria por razón de género, abordando la doctrina constitucional a partir de la STC 3/2007 la conexión de los derechos conciliatorios con los artículos 39 y 14 de la Constitución, este último en su vertiente de discriminación indirecta –por considerar que las mujeres son las usualmente implicadas en el cuidado de hijos/as–<sup>19</sup>. Asimismo, la STC 26/2011 reconoció la conexión de los derechos conciliatorios con el artículo 14 de la Constitución, si bien aludiendo a la discriminación de las personas trabajadoras por circunstancias familiares (relacionadas con la responsabilidad parental en la asistencia a sus hijo/as menores de edad), huyendo

<sup>17</sup> Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE número 154, de 29.06.2023).

<sup>18</sup> Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

<sup>19</sup> La STC 3/2007, de 15 de enero, otorga el amparo a trabajadora solicitante de reducción de jornada, partiendo de la feminización del ejercicio de los derechos de conciliación y reconociendo su dimensión constitucional de los mismos, ligada al principio de igualdad por razón de género, con cita del ATC 1/2009, de 12 de enero

de concepciones estereotipadas sobre su ejercicio al afirmar que procedía analizar si la resolución impugnada resultaba necesaria para lograr *“la efectiva participación de aquél en el cuidado de sus hijos de corta edad a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares”*. Este reparto equilibrado de las responsabilidades familiares equivale al reconocimiento de la superación de concepciones estereotipadas sobre la atribución de tal labor al sexo femenino, lo que mutandis mutandi supone aludir al género (recordemos que el Tribunal Constitucional así lo conceptualiza en la STC 67/2022 parcialmente transcrita ut supra).

Continuando con la doctrina constitucional que, pese a no otorgarle este nomen iuris, aplica la perspectiva de género para dirimir sobre la concurrencia de discriminación, la STC 149/2017 concluye sobre la vulneración del artículo 14 en conexión con el artículo 39 de la Constitución, al no ponderarse en el enjuiciamiento del ejercicio de los derechos conciliatorios los intereses constitucionales en juego, aludiendo a la mayor incidencia de la solicitud de aquél por parte de las mujeres frente a los varones<sup>20</sup>. Con similar línea argumental, la STC 79/2020 ha recordado que los derechos asociados a la maternidad responden a la idea de *“compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora”*<sup>21</sup>. La Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha subrayado asimismo la dimensión constitucional de los derechos conciliatorios, al enfatizar su potencial incidencia en la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, como *“discriminación indirecta, por ser las mujeres trabajadoras notoriamente el colectivo que ejercita en mayor medida tal derecho”*<sup>22</sup>, así como la necesaria protección de la garantía contra la lesividad por su ejercicio<sup>23</sup>, subrayando que en su enjuiciamiento debe evitarse limitar la ponderación de los intereses en conflicto a una mera comparativa entre ambos, extendiéndola a la efectividad del contenido del artículo 14 de la Constitución.

Esta última conclusión enlaza con nuestra argumentación inicial sobre la potencial discriminación por razón de género de los varones por ejercicio de derechos conciliatorios y corresponsabilidad, al atribuirseles contrario sensu un rol tradicional desligado de aquél. Más concretamente, la limitación o impedimento del referido ejercicio por la atribución de tal rol social (género), determinará que se incurra en discriminación por razón de género, reforzando la necesidad de su enjuiciamiento con perspectiva superadora de la conceptualización tradicional. Constituye un ejemplo en este sentido el supuesto fáctico objeto de enjuiciamiento por la STEDH de 22 de marzo de 2012 (asunto Konstantin

<sup>20</sup> La STC 111/2018, de 17 de octubre, recuerda que la colaboración en el cuidado de lo/as hijo/as comunes (art. 39.3 CE) incumbe a ambo/as progenitore/as, lo que convertiría en inadmisibile una posición que partiese “de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas”; pese a denegarse el amparo solicitado por considerar que la atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la Seguridad Social, a la mujer trabajadora con una duración superior a la que se reconoce al padre, no resultaba discriminatoria para el varón.

<sup>21</sup> La STC 79/2020, de 2 de julio, cita las SSTC 145/1991, de 1 de julio; y 91/2019, de 3 de julio. *“La específica prohibición de discriminación por razón de sexo no sólo comprende la “discriminación directa” a la que se ha hecho referencia, sino también la “discriminación indirecta”, es decir, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”*.

<sup>22</sup> STS/4ª de 21.03.2011 (recurso 54/2010).

<sup>23</sup> Entre otras, SSTS/4ª de 10.01.2017 (recurso 283/2015), 20.07.2016 (recurso 568/2015), y de 25.04.2018 (recurso 2152/2016).

Markin c. Rusia), cuya fundamentación alude a la necesaria superación del reparto tradicional de roles de género para avanzar en materia de no discriminación, mencionando la corresponsabilidad en el hogar y concluyendo que se incurrió en vulneración de la prohibición de discriminación al denegar al demandante el ejercicio de derechos conciliatorios aludiendo al predominante rol cuidador de las mujeres frente a los varones en el seno familiar<sup>24</sup>. Sin duda, este pronunciamiento tuvo por objeto una discriminación por razón de género no obstante no otorgarle este nomen iuris por asociarse la labor del varón a determinado rol social (en este caso, no cuidador).

En la STSJ Cataluña de 30 de julio de 2020 (recurso 1484/2020) abordamos (s.e.u.o., de forma novedosa) esta cuestión, concluyendo –si bien a los meros efectos dialécticos y dadas las alegaciones contenidas en el recurso entorno a la imposibilidad de declarar la vulneración del derecho a la igualdad por razón de género de trabajador varón–, que el hecho de que el demandante tuviese sexo masculino no hubiese impedido concluir sobre la vulneración del principio de igualdad por razón de género, de haber sido concretada y ulteriormente acreditada; añadiendo que, particularmente, podría haber sido estimada la vulneración alegada por diferencias de trato con relevancia constitucional en el ejercicio de los derechos conciliatorios, basadas en la aplicación de estereotipos de género, tan frecuentes en esta materia, que perpetúan roles sociales en perjuicio de la dimensión material de aquel derecho.

Posteriormente, en la STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2023 (recurso 6291/2022) concluimos (nuevamente con carácter novedoso en nuestra doctrina judicial, s.e.u.o.) que concurría discriminación por razón de género de trabajador varón tras extinción de la relación laboral reactiva a su comunicación a la empresa sobre el embarazo de su mujer y tras haber disfrutado recientemente de permiso por paternidad. Razonamos entonces que concurría un panorama indiciario de discriminación por razón de género no desvirtuado por la empleadora, sin que a ello obstase el sexo masculino del trabajador, con cita de la doctrina jurisprudencial interna e internacional en la materia. Al referido panorama indicario añadimos que, habiendo sido anunciado el embarazo de su mujer, podría, asimismo entenderse potencialmente afectado el derecho a la igualdad por razón de sexo por discriminación refleja o por asociación, extremo a que aludiremos seguidamente.

En efecto, restaría añadir a lo hasta ahora expuesto que, además de la discriminación por razón de género de los varones por atribución a los mismos de un rol social distinto del tradicional con consiguiente denegación o limitación del ejercicio de derechos conciliatorios<sup>25</sup>, la perspectiva de género se presenta como imprescindible para dirimir sobre la denominada discriminación por asociación o refleja cuando el trato desfavorable

---

<sup>24</sup> La STEDH 22.03.2012 (asunto Constante Markin c. Rusia) contiene pronunciamientos de especial relevancia en la materia, cual son que “la sociedad se ha dirigido hacia una división más igualitaria de las responsabilidades de la crianza entre hombres y mujeres y el papel de cuidadores de los hombres ha ganado reconocimiento”, ligándose el ejercicio de los derechos conciliatorios al de igualdad entre mujeres y hombres.

<sup>25</sup> La STS/4<sup>a</sup> de 03.03.2020 (recurso 190/2018), subraya que “el mantenimiento de la insinuación de que los derechos de conciliación son derechos de las mujeres perpetúa los mecanismos de discriminación”, resultando ajustado a los fines de lograr la igualdad de oportunidades “la atribución del beneficio sin distinción, fomentando así la corresponsabilidad familiar mediante el otorgamiento de medidas de conciliación no sesgadas”.

en su disfrute por el varón deriva de su relación con la persona del sexo femenino<sup>26</sup>. Para describir su alcance, cabe citar la STS/4ª de 29 de enero de 2020 (recurso 3097/2017), al concluir que la aplicación del principio de igualdad de trato y la interdicción de la discriminación no queda limitada únicamente a las personas en las que concurre la condición personal amparada (en el supuesto objeto de la citada resolución, embarazo), sino que la protección derivada del mismo es aplicable también a quien sufra un trato desfavorable por el mismo motivo pese a no ser la persona sobre la que concurría la causa de discriminación<sup>27</sup>. En ese caso, sin embargo, nos encontramos ante una discriminación por razón de sexo (no por razón de género), por cuanto la discriminación que concurre en el varón deriva de la concurrencia del factor discriminatorio en la mujer ligado a su sexo femenino (por su embarazo). Así concluimos en la sentencia de STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2023 (recurso 6291/2022) anteriormente citada, en que apreciamos, además de la mentada discriminación del trabajador varón por razón de género, una situación subsumible en discriminación por razón de sexo por asociación o refleja ligada al embarazo de su mujer; en virtud del artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 al disponer que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. En suma, el acto reactivo al anuncio de embarazo de la mujer del actor resultó discriminatorio por razón de sexo de manera directa o refleja, al traer causa el trato desfavorable hacia el trabajador de aquella situación de embarazo; pese a no otorgársele tal nomen iuris en la demanda.

Compendiando lo expuesto, la perspectiva de género constituye un canon interpretativo y de aplicación normativa no circunscrito al sexo femenino sino que ha de presidir el enjuiciamiento sobre la efectividad del derecho de igualdad proclamado por el artículo 14 de la Constitución cualquiera sea el sexo de la persona afectada por tal conducta en supuestos en que la discriminación alegada tenga por objeto el género (rol social) y no el sexo; premisa ésta imprescindible para aprehender su alcance en la labor enjuiciadora en el orden jurisdiccional social.

### *b) Los estereotipos de género no impregnan la labor de enjuiciamiento (?)*

La perspectiva de género como técnica de interpretación y aplicación normativa no agota su ámbito a los supuestos en que se hace necesaria la ponderación de las soluciones posibles para concluir sobre cuál de ellas hace efectivo el principio de igualdad (función

<sup>26</sup> En este sentido, cabe citar la STJS Cataluña de 6.03.2023 (recurso 6291/2022).

<sup>27</sup> STS/4ª de 29 de enero de 2020 (recurso 3097/2017) con cita las SSTJUE de 17 julio 2008 Coleman –C-303/06– y 16 julio 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD –C-83/14–, refiriéndose a su recepción en nuestro Derecho positivo en el art. 63 del RD-Leg. 1/2013, de 29 noviembre, por el que se aprueba el TR de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, y también seguido en la Circular 7/2019 de la Fiscalía General del Estado, sobre Pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 del Código Penal (CP), que contempla la figura de la discriminación por asociación en relación con la interpretación de la agravante del art. 22.4 CP.

Asimismo, la doctrina constitucional ha contemplado la discriminación por asociación o refleja en la STC 71/2020, para los supuestos en que “una persona es tratada de forma menos favorable por causa de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio”

interpretativa de la norma jurídica), así como cuando nos encontramos ante ausencia de norma aplicable al caso real, inexistencia de regulación o regulación que no toma en consideración el valor de la igualdad de sexos (función integradora)<sup>28</sup> sino que extiende su fuerza aplicativa a aquellos supuestos en que el enjuiciamiento se impregna de estereotipos de género que determinan conclusión jurídica contraria al principio de igualdad.

Tales estereotipos lesionan el principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres tanto si son de carácter negativo como aparentemente positivo, encontrándonos en este último caso ante las medidas “falsamente protectoras”, que la doctrina constitucional considera basadas en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer sin vigencia en la sociedad actual y que, pese a su apariencia, tienden a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, por lo que su mantenimiento consolida la situación discriminatoria contra la que se reacciona<sup>29</sup>.

Sirva como ejemplo reciente de esta tal permeabilidad del enjuiciamiento a los sesgos de género, la STS/4ª de 30 de octubre de 2023 (recurso 130/2021), en que se concluye, revocando el pronunciamiento recurrido, sobre el carácter no fraudulento del acceso a la prestación de desempleo por haber sido contratada la trabajadora encontrándose embarazada. La argumentación contenida en la citada resolución tiene por objeto la depuración del enjuiciamiento fundado en sesgos de género, al aludir que *“de esa condición o estado de gravidez no puede derivarse el fraude imputado, máxime cuando el proceso gestacional fue normoevolutivo y sin evidencia de riesgo alguno (...) pues de otra forma podría incurrirse en una discriminación en el acceso al empleo, por razón de sexo, prohibida por el art. 14 del mismo texto constitucional”*. Adviértase que, pese a no aludirse a tales sesgos con el nomen iuris de “estereotipo”, no de otro modo puede conceptuarse la argumentación que sustentó la actuación de la entidad gestora así como la resolución judicial que la confirmó, por cuanto tal conclusión jurídica supondría la cristalización del sesgo histórico y social que asociaba el estado de embarazo a la ineptitud para desempeñar en óptimas condiciones la relación laboral, lo que entendido como dogma podría comportar un evidente perjuicio derivado de aquel estado<sup>30</sup>. De forma expresa aludimos a la concurrencia de estereotipos, en supuesto similar (presunción de alta fraudulenta por mujer embarazada) en la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2023 (recurso 8081/2022), por entender que la sentencia de instancia había concurrido en un enjuiciamiento impregnado de aquéllos al considerar que la mujer embarazada se encontraba en situación

<sup>28</sup> STS/4ª de 20.09.2022 (recurso 3353/2019).

<sup>29</sup> La doctrina constitucional a partir de la STC 128/1987 subrayó que en el ámbito laboral, la situación de discriminación en que se ha encontrado la mujer en la sociedad se ha traducido en numerosas medidas que han tratado de realizar una labor de finalidad protectora, adoptadas desde una perspectiva que reflejaba los mismos valores sociales que habían mantenido a la mujer en una posición de relegación en el mundo laboral (inferioridad física, mayor vocación u obligación hacia las tareas familiares, ...) que fueron consideradas contrarias al artículo 14 de la Constitución. Esta doctrina fue enriquecida con la conclusión alcanzada por la doctrina constitucional sobre la ausencia de virtualidad enervadora de la discriminación por la aquiescencia de la persona perjudicada por la medida. Compendiando lo expuesto, la doctrina constitucional ha reconocido que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres proclamada por el artículo 14 de la Constitución impone erradicar interpretaciones del ordenamiento jurídico que consoliden una división sexista de papeles, referencia ésta inexorablemente unida a la persistencia de estereotipos sociales en el ámbito laboral y prestacional, postulando como *“fin y generalmente como medio”* la parificación.

<sup>30</sup> En este sentido, STC 75/2011, de 19 de mayo, con cita de las SSTC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3; 161/2004 de 4 de octubre, FJ 3; y 324/2006, de 20 de noviembre, asimismo invocadas en la STS/4ª de 30.10.2023 (recurso 130/2021).

de inferioridad a nivel de salud, dadas las consecuencias negativas que en el ámbito laboral tendría para las mujeres esta apriorística premisa.

No constituye éste el único supuesto en que la doctrina jurisprudencial ha advertido sobre las perniciosas conclusiones jurídicas asociadas al embarazo, pudiendo citarse la STS/4<sup>a</sup> de 2 de julio de 2020 (rcud. 201/2018), en que se alude a la perspectiva de género para considerar que la contingencia de las lesiones causadas en el parto es la de accidente no laboral y no así enfermedad común, advirtiendo que la “*utilización de parámetros neutros*” conduciría a un resultado contrario al principio de igualdad. No escapa a quien redacta el presente artículo que la perspectiva de género es fundamentada en la citada resolución en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, por entenderse que “*sólo las mujeres pueden encontrarse en una situación que no tiene parangón con ningún otro tipo de circunstancia en que la se acuda a la atención sanitaria*”, pero ello no obsta a que en la argumentación jurídica se aluda asimismo a la “*especificidad y singularidad del embarazo y del parto, que diferencia esas situaciones del concepto de enfermedad*”. La necesaria superación de este sesgo asociado a la condición de enfermedad del embarazo y los indeseables efectos que ha comportado de cara al acceso y permanencia en el empleo de las mujeres embarazadas ha sido reconocida tanto por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo<sup>31</sup> como por la doctrina del TJUE<sup>32</sup>. Tales pronunciamientos evidencian que el embarazo y la maternidad continúan estando ligados a estereotipos de género que de perpetuarse comportarían la consideración de la inferioridad de condiciones de la mujer frente al varón por el mero hecho de encontrarse embarazada, lo que no sólo resulta contrario a la evidencia científica sino que abundaría en la brecha de género en el acceso al empleo, su mantenimiento y promoción profesionales<sup>33</sup>. Asimismo, el Tribunal Constitucional, incluso con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007, ha concluido sobre la necesaria eliminación de los estereotipos de género en la labor de enjuiciamiento, resultando suficientemente ilustrativa la STC 224/1999<sup>34</sup> al considerar que en la valoración probatoria el TSJ se había incurrido en una argumentación jurídica lesiva del art. 14 CE por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer<sup>35</sup>. La doctrina de la Sala Cuar-

<sup>31</sup> STS/4<sup>a</sup> de 18 de abril de 2011 (rcud. 2893/2010).

<sup>32</sup> Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9.02.1976, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23.09.2002, y refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5.07.2006), y STJUE de 4.10.2001 (asunto Tele Danmark, C-109/00).

<sup>33</sup> La STC 79/2020, de 2 de julio, ha recordado que entre “*los derechos asociados a la maternidad (...) responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora*”.

<sup>34</sup> STC 224/1999, de 13.12.1999, en supuesto de acoso sexual en el trabajo, en que se demandó en amparo aduciendo que la decisión judicial vulneró el derecho de la actora a no ser discriminada por razón de sexo (art.14 CE) con menoscabo de su dignidad personal (art. 10.1 CE) y lesión de los derechos fundamentales afectados. Si bien el TC asume una noción de acoso sexual en el ámbito laboral que actualmente ha sido superada, su pronunciamiento constituye un paradigma de enjuiciamiento depurado de estereotipos de género.

<sup>35</sup> Se considera un estereotipo la exigencia de “*la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario*”, discrepando de tal solución no como revisión de la valoración de la prueba, sino como una interpretación del relato “*a la luz de los valores constitucionales*”. Resulta este pronunciamiento paradigmático de la depuración de estereotipo asociado a la concepción social sobre la necesaria respuesta femenina ante situaciones de acoso considerando necesaria su reacción inmediata y contundente, lo que la doctrina constitucional tilda de actitud que implícitamente pretende cosificar a la mujer, con ponderación de los hechos enjuiciados desde una perspectiva igualitaria, superadora de las citadas concepciones sociales.

ta del Tribunal Supremo ha estimado la necesidad de eliminación en el enjuiciamiento de concepciones sociales relativas a estereotipos de género en resoluciones tales como la STS/4<sup>a</sup> de 19 de abril de 2011 (recurso 16/2009)<sup>36</sup>.

Reviste particular relevancia para reflexionar sobre la permeabilidad de los sesgos de género en el enjuiciamiento la doctrina del TEDH, por cuanto su ámbito de se circunscribe a la conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos de la actuación estatal cuestionada. Y precisamente cuando la impugnación ha tenido como objeto la actuación judicial, y más específicamente su adecuación al principio de igualdad por razón de sexo, la citada doctrina ha concluido sobre tal vulneración en supuestos en que ha observado que los pronunciamientos judiciales se basaron en fundamentación que descansaba sobre sesgos de género. Esta doctrina, con especial protagonismo a partir de la década de los noventa tras superar concepciones de carácter tradicional sobre los roles sociales en materia conciliatoria<sup>37</sup>, ha tenido singular incidencia en materia de ejercicio de derechos conciliatorios, pudiendo citarse las SSTEDH de 22 de febrero de 1994 (asunto Burghartz c. Suiza)<sup>38</sup> y de 16 de febrero de 2005 (asunto Ünal Tekeli contra Turquía)<sup>39</sup>. Como nueva punta de lanza sobre la necesaria superación de concepciones estereotipadas en el enjuiciamiento resulta destacable la STEDH de 25 de julio de 2017 (asunto Carvalho Pinto de Sousa Morais c. Portugal), al concluir sobre la vulneración del derecho a la no discriminación, tanto por razón de edad como de género, por haberse producido aquél partiendo de concepciones estereotipadas sobre ambas condiciones<sup>40</sup>. Más recientemente, pueden traerse a colación las SSTEDH de 4 de febrero de 2021

<sup>36</sup> La STS/4<sup>a</sup> de 19.04.2011 (rec. 16/2009) consideró discriminatoria la práctica empresarial de imponer a las trabajadoras un solo uniforme consistente en falda, delantal, cofia y medias como prenda obligatoria y no poder usar el uniforme de pantalón, por estimar que vulneraba el principio de igualdad por razón de sexo al no estar objetivamente justificada ni ser proporcional ni necesaria. Sin otorgarse el nomen iuris de estereotipo, se alude a unos hechos que serían constitutivos de éste, cuales son el “componente tradicional o antiguo” de determinada uniformidad femenina, que “*se vincula con una serie de valores próximos a una posición no equilibrada de la mujer en relación con la de los hombres*” que denota una política empresarial que pretende “*proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual que el usuario pudiera percibir*”.

<sup>37</sup> STEDH de 27/03/1998 (Petrovic c. Austria), con opinión disidente común de los jueces Bernhardt y Spielmann, en que se indicaba que el objeto del pronunciamiento era la tradicional división de responsabilidades familiares entre las madres y los padres que llegó a la legislación austríaca, reconociendo únicamente a las madres el derecho a un subsidio por permiso parental, añadiendo que la discriminación contra los padres perpetuaba esta división tradicional de género, y también podía tener consecuencias negativas para la madre, ya que si ella continuaba su actividad profesional y se mostraba conforme en que el padre se quedase en el hogar, la familia perdería el subsidio de permiso parental al cual ella tendría derecho si permanecía en casa.

<sup>38</sup> La STEDH de 22/2/1994 (asunto Burghartz c. Suiza) si bien arrastra cierta inercia tradicionalista, negó que la elección por el marido o la mujer de uno de sus patronímicos como apellido antes que el otro pudiera tener distintos efectos.

<sup>39</sup> La STEDH de 16.02.2005 (asunto Ünal Tekeli contra Turquía), concluye que resultaba discriminatoria la ley turca que prohibía utilizar a la mujer casada sólo su apellido de soltera después del matrimonio, mientras que el hombre casado mantenía su apellido. Constituye uno de los pocos ejemplos en que el TEDH ha estimado la violación del Convenio por un Estado pese a la existencia de un consenso a nivel europeo.

Entre los pronunciamientos en que se aprecia discriminación en relación a los apellidos de las parejas binacionales en Suiza, cabe citar la STEDH de 9.11.2010, asunto Losonci Rose y Rose c. Suiza.

En las SSTEDH de 4.12.2003 (M. C. c. Bulgaria) y 28.05.2013 (Eremia c. Moldavia) se reflexiona sobre la influencia en la actuación de las autoridades de las concepciones estereotipadas.

<sup>40</sup> Sin perjuicio del avance que supone esta resolución, adolece de la necesaria referencia a la discriminación múltiple pese a estimar que concurrió aquélla tanto por razón de edad como de género, lo que comportó la ausencia de un superior reproche a efectos indemnizatorios o restitutorios. Así lo expuse en: Martínez Miranda, Macarena. “De la corresponsabilidad formal a la corresponsabilidad efectiva: la necesaria superación de estereotipos. Doctrina del TEDH”, en “Hacia una igualdad efectiva a través de la conciliación de la vida personal, familiar y profesional y la corresponsabilidad”, Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, núm. 68, año 2018.

(caso Jurcic contra Croacia) –paradigma de proscripción de los estereotipos que comportan el enjuiciamiento con desigualdad por razón de género<sup>41</sup>– así como la de 19 de marzo de 2024 (B. T. c. Rusia), que concluye sobre la ausencia de justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato entre mujeres y hombres en materia de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar<sup>42</sup>. En el ámbito de las pensiones la doctrina del TEDH ha evidenciado asimismo que persisten los estereotipos de género<sup>43</sup>, redundando en la muy preocupante brecha de pensiones<sup>44</sup>.

En similar sentido, evidenciando la necesaria depuración por la labor enjuiciadora de los sesgos de género que persisten en el ámbito laboral, cabe recordar la doctrina del TJUE contenida, entre otras, en la STJCE 11.01.2000 (asunto T. Kreil, C-285/98)<sup>45</sup>, la STJCE de 30 de septiembre de 2010 (c. Roca Álvarez)<sup>46</sup>, y la STJUE de 16 de julio de 2015 (c Maïstrellis, C-222/14)<sup>47</sup>.

Concluimos, en suma, que los órganos judiciales no resultamos inmunes a la permeabilidad de los estereotipos de género, lo que obliga a la labor de depuración amparada por la interpretación y aplicación normativa con perspectiva de género.

### *c) La perspectiva de género no es aplicable a la valoración de la prueba (?)*

Hemos venido incidiendo en la configuración de la perspectiva de género como técnica de interpretación, aplicación e integración normativa, debiendo incluirse en su ámbito las normas sobre valoración de la prueba. La relevancia de así efectuarlo ha sido recalca-

<sup>41</sup> La STEDH de 4 de febrero de 2021 (caso Jurcic c. Croacia) dirime sobre supuesto en que se había concluido que la obtención de empleo por trabajadora que se había sometido diez días antes a fecundación in vitro podía considerarse fraudulenta, al concluirse que no era apta desde el punto de vista médico para ocupar un puesto de trabajo en el momento de los hechos debido a la referida FIV. El TEDH estima que por la trabajadora demandante se había recibido un trato diferente por razón de sexo, no pudiendo considerarse el embarazo por sí mismo un comportamiento fraudulento ni justificar una diferencia de trato. A ello añade su preocupación por la conclusión sobre que las mujeres no deben trabajar o buscar empleo durante su embarazo o ante la posibilidad de éste, tildándolo de estereotipo de género y “grave obstáculo para la consecución de una verdadera igualdad sustantiva entre hombres y mujeres” que contradice las normas internacionales. Esta doctrina es aplicada en la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2023 (recurso 8081/2022).

<sup>42</sup> La STEDH de 19 de marzo de 2024 (B. T. c. Rusia) concluye sobre la vulneración de la igualdad entre sexos al condicionarse el derecho al permiso parental del personal policial masculino, frente a la ausencia de condicionantes en el caso del personal femenino.

<sup>43</sup> Pueden citarse entre estas resoluciones la STEDH de Gran Sala de 11 de octubre de 2022 (Beeler c. Suiza) y la de 20 de diciembre de 2022 (Moraru and Marin c. Rumanía). Esta última aprecia discriminación por no permitir a dos funcionarias jubilarse a la edad de los hombres.

<sup>44</sup> “Brecha salarial de género en Europa: hechos y cifras (infografía)”. Parlamento Europeo, 12.04.2023. En 2020, las pensiones de las mujeres en la UE mayores de 65 años fueron de media un 28,3 % más bajas que las masculinas.

<sup>45</sup> La citada resolución concluyó que la legislación alemana resultaba contraria a la Directiva 76/207/CEE del Consejo, al prohibir a las mujeres el acceso a los empleos militares que implicasen el uso de armas, autorizando únicamente aquél a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar; superando el estereotipo alegado por el Gobierno alemán de que las mujeres debían estar más protegidas que los hombres contra determinados riesgos.

<sup>46</sup> La STJCE de 30 de septiembre de 2010 (Roca Álvarez) concluyó que la medida nacional que preve que las trabajadoras por cuenta ajena puedan disfrutar de un permiso durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento del/de la hijo/a, en tanto los hombres únicamente pueden disfrutarlo cuando la madre también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena se oponía a la Directiva 76/207/CEE.

<sup>47</sup> La STJUE de 16 de julio de 2015 (c Maïstrellis, C-222/14) declara contrario al Acuerdo Marco el reconocimiento de una licencia después del nacimiento o adopción en todo caso a la mujer, y sólo al hombre si su mujer tenía una actividad profesional, destacando que esta normativa suponía una perpetuación de los roles tradicionales de género que atribuyen a las mujeres el cuidado de lo/as hijos/as.

da por el Comité CEDAW en materias como la violencia de género, en que la reserva y carácter privado del ámbito en que acaecen dificulta tal labor<sup>48</sup>; así como por la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que ha estimado dotada de esencial valor probatorio la declaración de la víctima en supuestos de delitos de carácter sexual<sup>49</sup>.

Si bien pudiera considerarse superfluo aludir a la inclusión de las normas sobre valoración de la prueba entre las interpretables con perspectiva de género (no de otro modo podría acaecer al encontrarnos ante un principio informador del ordenamiento jurídico), la permeabilidad de algunas materias a los estereotipos de género hace que deba enfatizarse la observancia de la técnica que nos ocupa en la ponderación de los elementos de convicción. Conviene subrayar que el proceso deductivo en que reside la valoración probatoria no resulta neutro ni objetivo (salvo los tasados supuestos previstos en los artículos 319 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) tal como sostienen quienes combaten la aplicabilidad de la perspectiva de género a aquélla, sino que se desdobra en una fase de establecimiento de las circunstancias fácticas que puedan constituir elementos de prueba y otra posterior de valoración jurídica de estos elementos para decidir si integran los requisitos de fondo que comporten estimar acreditado el hecho base de la pretensión<sup>50</sup>. A ello ha de añadirse la existencia de ámbitos que resultan especialmente permeables o sensibles a la introducción de sesgos de género en la valoración probatoria, por tratarse de materias en que las máximas de la experiencia juegan un esencial papel a la hora de fijar el objeto de la prueba y proceder a su ponderación.

No constituye el objeto de este artículo el desarrollo del proceso cognitivo en que consiste la valoración de la prueba ni la necesidad de que el mismo se vea presidido por la perspectiva de género, lo que ha determinado estudios monográficos<sup>51</sup>. Pero sí hemos de subrayar que la pretendida limitación del ámbito de aplicación de la perspectiva de género a la subsunción jurídica restringiría de forma indebida o impediría la eficacia del principio de igualdad, por cuanto tanto en la determinación del valor probatorio otorgado a un medio de prueba como en la propia fijación del objeto de prueba, en su ponderación y en la interpretación de los hechos pueden concurrir sesgos de género. La doctrina jurisprudencial alude a tal circunstancia al concluir que para dirimir sobre la discriminación por razón de sexo ostentan un valor referencial no sólo aspectos jurídicos sino asimismo “*los usos sociales y las máximas de experiencia*”<sup>52</sup>, pudiendo dentro de éstos infiltrarse los estereotipos asociados al género femenino o masculino. Citaremos seguidamente otros

<sup>48</sup> El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la CEDAW, en su Recomendación número 135 subraya que “para determinar si los actos de violencia por razón de género contra la mujer constituyen tortura o trato cruel, inhumano o degradante, se requiere un enfoque que tenga en cuenta las cuestiones de género para comprender el grado de dolor y sufrimiento que experimentan las mujeres, y de que los requisitos de propósito e intención para clasificar los actos como tortura se satisfacen cuando los actos u omisiones están asociados al género o se cometen contra una persona por motivos de sexo”. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

<sup>49</sup> Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>50</sup> Puede servirnos de ejemplo el documento de la European Asylum Support Office “Valoración de las pruebas y de la credibilidad en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo” <https://euaa.europa.eu/sites/default/files/EASO-Evidence-and-Credibility-Assessment-JA-ES.pdf> (si bien referido a las solicitudes de asilo)

<sup>51</sup> Martínez Miranda, Macarena. “Valoración de la prueba con perspectiva de género en el orden jurisdiccional social”, Cuadernos Digitales de Formación, CGPJ (número 52 del año 2022.-Estudio de la prueba: un enfoque transversal-).

<sup>52</sup> STS/4ª de 19.04.2011, recurso 16/2009.

supuestos en que la doctrina jurisprudencial ha reparado en la contaminación de sesgos de género en el examen del acervo probatorio o en la fijación del objeto de la prueba.

### Procesos en materia de acoso sexual en el trabajo

En materia de acoso sexual en el trabajo, la STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999<sup>53</sup> concluyó que en la valoración probatoria el TSJ había incurrido en *“una argumentación jurídica que en sí misma es lesiva del art. 14 CE, por perpetuar estereotipos de conducta sólo exigibles a una persona en cuanto mujer”*. La argumentación que acompaña tal conclusión viene determinada por la inexigibilidad del requisito requerido por la Sala de lo Social cuyo pronunciamiento revoca, atinente a la negativa clara, terminante e inmediata por parte de la mujer afectada al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pusiesen de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario. Afirma el Tribunal Constitucional que ha de revocarse tal pronunciamiento basándose en una interpretación *“a la luz de los valores constitucionales”*, expresión que entendemos equivalente a la necesaria depuración de concepciones estereotipadas sobre el comportamiento de la víctima, añadiendo el citado Tribunal que no puede permitirse *“la perpetuación de actitudes”* con las que implícitamente se pretende cosificar a la mujer, *“tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal”*.

La doctrina constitucional se ha referido asimismo al divergente impacto de género del acoso sexual en el trabajo por afectar notoriamente con mayor frecuencia e intensidad a la mujer que al hombre *“como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación”*, ligándolo al principio de igualdad por razón de sexo proclamado por el artículo 14 de la Constitución<sup>54</sup>. Esta evidencia empírica sobre la superior afectación al sexo femenino ha sido recientemente subrayada por el Convenio 190 de la OIT ratificado por España<sup>55</sup>, cuyo Preámbulo aboga por un enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgo, entre ellos los estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género. La transcrita cláusula posibilita la afectación de hombre y niños como víctimas de violencia y acoso por razón de género precisamente por no ajustarse a los denominados patrones de género, lo que coadyuva a la conclusión anteriormente expuesta sobre la aplicabilidad de la perspectiva de género a los varones.

Pueden citarse, entre los estereotipos más frecuentes en materia de acoso sexual en el trabajo, los atinentes a la ausencia de negativa contundente o de reacción airada por la trabajadora<sup>56</sup>, el contexto social o laboral que entiende que a las mujeres se les ha de “in-

<sup>53</sup> STC 224/1999, sección 1, del 13.12.1999.

<sup>54</sup> STC 224/1999, sección 1, del 13.12.1999.

<sup>55</sup> Instrumento de adhesión al Convenio sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, hecho en Ginebra el 21.06.2019, publicado en el BOE núm.143, de 16.06.2022, páginas 82959 a 82966 (8 págs.)

<sup>56</sup> La STC 224/99 constata que esta consideración resulta de una concepción estereotipada en la sentencia objeto de amparo.

sistir” para conquistarlas formando parte del “cortejo sexual” mostrar cierta resistencia<sup>57</sup>, la existencia de relación o comunicación previa<sup>58</sup>, y la ausencia de hechos constitutivos de acoso por mantenerse la conducta en idénticos términos con todas las trabajadoras<sup>59</sup> o por realizarse en presencia de otras personas trabajadoras o clientes. Esta última circunstancia en modo alguno obsta a la concurrencia de acoso sexual, sino que por el contrario puede coadyuvar a su acreditación al producirse una doble victimización sobre quien lo sufre debido al impacto no sólo individual sino también social y laboral de tal conducta.

A título ilustrativo, en la STSJ Cataluña de 13 de marzo de 2024 (recurso 7138/2023) concluimos que alegaciones atinentes a la ausencia de interposición de denuncia o al tiempo transcurrido entre los hechos y la manifestación a la empresa no podían ser tomados en consideración por la Sala por cuanto efectuarlo incurriría en una concepción estereotipada sobre la conducta exigible a una mujer cuando acontecen hechos como los descritos, que resultaría discriminatoria por razón de género y vulneradora del principio de igualdad; añadiendo que debían ponderarse las dificultades emocionales y personales que suelen concurrir para dar el paso de denunciar comportamientos tan lesivos de la dignidad, máxime cuando se producen en un contexto laboral, al afectar, tal como recuerda el Preámbulo del Convenio 190 de la OIT sobre la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, a la salud psicológica, física y sexual de las personas, a su dignidad y a su entorno familiar y social. Asimismo, alegándose una previa relación amistosa entre el actor y la trabajadora así como con el marido de ésta, se concluyó que no obstaría a la calificación de la falta ni a su gravedad, así como que constituía un argumento que parecía responder a un contexto social o laboral de carácter estereotipado con objeto de justificar en el clima de confianza previa (por otra parte, no acreditado) un comportamiento como el descrito en el relato fáctico, de todo punto inaceptable en una sociedad que pudiera calificarse de igualitaria por razón de género. Igualmente se concluyó sobre la neutralización, por intrascendente y contrario al principio de igualdad, del estereotipo atinente a la ausencia de virtualidad probatoria de la declaración de la víctima, insistiéndose en las dificultades probatorias anteriormente descritas.

La depuración de estereotipos de género permite valorar la prueba practicada de conformidad con la efectividad del principio de igualdad, sin que una ponderación neutra pudiera conducirnos a salvaguardar aquel derecho fundamental.

## Procesos sobre ejercicio de derechos conciliatorios

Como ha sido expuesto anteriormente, en el ámbito de las medidas conciliatorias la doctrina constitucional ha recalado que continúan perpetuándose estereotipos de género y estigmas que en el ámbito laboral han estado tradicionalmente asociados a la maternidad y a las tareas de cuidado familiar, en detrimento del acceso, permanencia y promoción en

<sup>57</sup> STSJ Cataluña de 25/09/2019 (recurso 3292/2019).

<sup>58</sup> STSJ Baleares de 22/09/2022 (recurso 184/2022).

<sup>59</sup> STSJ Galicia de 27/04/2020 (recurso 433/2020).

el empleo de las mujeres trabajadoras<sup>60</sup>. La permeabilidad de tales sesgos en la ponderación de la prueba resulta evidenciada por los pronunciamientos judiciales que subrayan el prevalente rol cuidador otorgado a las mujeres frente a los varones, en perjuicio de la igualdad por razón de género.

La propia determinación del objeto de prueba en materia conciliatoria propició un debate jurídico a raíz de la publicación del plan MECUIDA sobre la necesaria ampliación del objeto de enjuiciamiento a una suerte de obligación de ejercicio de corresponsabilidad familiar<sup>61</sup>, si bien con anterioridad ya existían divergentes posiciones judiciales sobre la posibilidad de requerir, en el caso de ejercicio de derechos conciliatorios, datos sobre los integrantes del núcleo familiar de la persona trabajadora<sup>62</sup>. Actualmente, el artículo 37.6 ET establece que en el reconocimiento de la reducción de jornada a la persona trabajadora se tendrá en cuenta el fomento de la corresponsabilidad entre mujeres y hombres y, asimismo, evitar la perpetuación de roles y estereotipos de género. Tanto su interpretación literal –ligada a la evitación de perpetuación de roles– como la obligada hermenéutica con perspectiva de género y la potencial afectación a otros derechos, conducen a concluir que el objeto de enjuiciamiento se circunscribe al ejercicio de los derechos conciliatorios por la parte demandante, y no así al papel desempeñado en las labores de cuidado por quienes integren el núcleo familiar, en aplicación de la doctrina constitucional en la materia<sup>63</sup>. Ello no obstante, la referencia a la evitación de la perpetuación de roles puede ponderarse para impedir que, en supuestos de pluralidad de solicitantes del ejercicio de derechos conciliatorios, la empresa acuda al estereotipo social de que la mayor carga en relación a los cuidados corresponde a la mujer, priorizando el reconocimiento a las trabajadoras de género femenino frente a los de género masculino<sup>64</sup>.

Resulta innecesario subrayar que tal concepción estereotipada sobre los derechos conciliatorios no impide sino que subraya la posibilidad de estimar la discriminación por razón de género de trabajadores varones cuando la misma traiga causa de la atribución de determinado rol social<sup>65</sup>.

---

<sup>60</sup> STC 153/2021, sección 1, del 13 de septiembre de 2021 ( ROJ: STC 153/2021 - ECLI:ES:TC:2021:153), con cita de la STC 26/2011, de 14 de marzo, la STEDH de 22 de marzo de 2012 (Konstantin Markin c. Rusia), la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (M. Roca Álvarez) y la Directiva 2019/1158 de 20 de junio de 2019.

<sup>61</sup> El artículo 6.1 del RDL 8/2020 establecía que constituía presupuesto para el reconocimiento de los derechos de adaptación y reducción de jornada “*el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles*”. La vigencia de este artículo fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2022, por la disposición adicional tercera del Real Decreto-ley 2/2022, de 22 de febrero. Ref. BOE-A-2022-2849

<sup>62</sup> Sobre esta materia, con posiciones divergentes, STSJ Andalucía (sede Málaga), de 30.01.2014 (recurso1647/2013), STSJ Galicia, de 19 de noviembre de 2018 (recurso 2676/2018) y STSJ Cataluña, de 13 de febrero de 2020 (recurso 5233/2019).

<sup>63</sup> ATC 1/2019, de 12 de enero: “*en relación con la distribución de la carga probatoria es de señalar que valorar las circunstancias concurrentes desde la perspectiva de la trabajadora no implica que ésta tenga que aportar prueba alguna referida a eventuales circunstancias específicas dentro de su esfera íntima, personal o familiar, que puedan justificar una forma determinada de proceder a la reducción de su jornada*”.

<sup>64</sup> Para profundizar en la materia, me permito citar: Martínez Miranda, Macarena “Cuestiones prácticas en los procedimientos relativos al ejercicio de los derechos conciliatorios (Plan MECUIDA) y teletrabajo”, en Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ, nº 1/2020.

<sup>65</sup> En este sentido, STSJ Cataluña de 30.07.2020 (recurso 1484/2020).

## Supuestos en que concurra violencia de género

La doctrina jurisprudencial ha reconocido que se trata de una materia con lagunas y déficits de protección que precisa de una respuesta global y multidisciplinar en aras a subsanar y corregir tales deficiencias<sup>66</sup>. Este déficit legislativo ha comportado que la doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo haya aplicado la perspectiva de género para concluir sobre el reconocimiento de pensión de viudedad en supuestos en que las exigencias legales no contemplaban la especificidad de la situación derivada de tal violencia<sup>67</sup>.

En materia de ponderación del acervo probatorio e incluso de determinación de los medios de prueba necesarios para valorar la concurrencia de violencia de género, nos encontramos ante materia especialmente sensible a los sesgos de género, en particular cuando se trata de valorar la declaración de la víctima como única prueba, lo que acontece con frecuencia por tratarse de conductas desarrolladas en su mayoría en ámbitos privados. Cabe remitirse al apartado atinente al acoso sexual sobre la virtualidad de aquella y de su valoración, que ha de verse liberada de estereotipos de género, sin que los indicios puedan equipararse al estándar penal sino resultar de la valoración del contexto en que se habría producido la citada violencia, especialmente cuando se trata de hechos acaecidos con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, tal como ha subrayado la doctrina judicial<sup>68</sup>. La STSJ Cataluña de 22 de diciembre de 2023 (recurso 2729/2023) alude al test de *posicionality* o relato personal que atiende a la verosimilitud del relato de la demandante tomando en consideración su conducta procesal y sus posibilidades racionales de actuación dentro de cada determinado contexto legal y social, con cita de la STSJ Galicia de 22 de febrero de 2019 (rec. 3317/2018). A título ilustrativo, resultan estereotipos ligados a la violencia de género los atinentes a la ausencia de denuncia durante determinado período temporal o de reacción de la víctima ante las autoridades<sup>69</sup>.

La especial vulnerabilidad de las víctimas de violencia de género precisa que su enjuiciamiento tenga en cuenta la perspectiva igualitaria para comprender el grado de dolor y sufrimiento de las mujeres, tal como ha subrayado el Comité de para la eliminación de la discriminación contra la mujer de la CEDAW en su Recomendación número 135, lo que nos permite recalcar el especial esfuerzo que el órgano judicial ha de efectuar para prescindir de concepciones estereotipadas en la fijación del objeto de prueba y su valoración.

## IV. A modo de corolario

La evidencia sobre la necesaria aplicación de la perspectiva de género para la efectividad del principio de igualdad debe coadyuvar al análisis de la norma, su interpretación, apli-

<sup>66</sup> STS/4ª del 14.10.2020 (recurso 2753/2018).

<sup>67</sup> SSTS/4ª de 14.10.2020 (recurso 2753/2018), 12.05.2021 (rec. 4697/2018) y 20.09.2022 (rec. 3353/2019).

<sup>68</sup> SSTSJ Cataluña de 20.10.2021 (recurso 3300/2021), y de 10.11.2021 (recurso 3479/2021).

<sup>69</sup> STSJ Canarias (Tenerife), de 30.06.2022 (recurso 941/2021).

cación e integración, de conformidad con las pautas que la doctrina jurisprudencial y constitucional ha consolidado en la materia.

Los equívocos o medias verdades sobre su aplicabilidad no deben conducirnos a soslayar que únicamente el cumplimiento del mandato impuesto por los diversos instrumentos normativos internacionales e internos comportará que nuestro ordenamiento se vea impregnado por este principio informador, teniendo en cuenta que, tal como ha subrayado recientemente el Director General de la OIT, Sr. Gilbert F. Houngbo, no hay justicia social sin igualdad de género<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> <https://www.ilo.org/es/resource/la-igualdad-de-genero-nos-concierne-todos>

# La perspectiva de género. Notas sobre lo imposible\*

## The gender perspective. Notes on the impossible

Ignacio Álvarez Rodríguez\*\*

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho  
Constitucional Universidad Complutense de Madrid*

doi: 10.20318/labos.2025.9416

### 1. Origen y concepto de la perspectiva de género

En cuanto al origen, la “perspectiva de género” empezó a desarrollarse de manera sistemática, formal si se quiere, en las décadas de 1970 y 1980, en el contexto de los movimientos feministas, políticos y académicos, que cuestionaban las normas y estructuras de poder en torno al “género”: la construcción social basada en la biología que daba lugar a los “hombres” y a las “mujeres”. Aunque las ideas que lo sustentan tienen raíces más profundas, como en el trabajo de pioneras del feminismo en el siglo XIX y principios del XX, la perspectiva de género como tal tomó forma en el ámbito académico y político durante la que podríamos llamar la segunda ola del feminismo, que va más allá, incluso refuta, el primer feminismo liberal.

Conviene resaltar algunos hitos clave en el desarrollo del concepto, que tienen bastante que ver con el componente ideológico. En primer término destacan los diversos movimientos feministas. En las décadas de los años 60 y 70, el feminismo comenzó a desafiar las normas tradicionales de género y a destacar cómo las desigualdades basadas en el género estaban integradas en las estructuras sociales y políticas. Por eso se debía, bajo su prisma, destruir el género a través...del género. Este desafío intelectual, con altas dosis de activismo, ayudó a sentar las bases para desarrollar nociones (pretendidamente) más sistemáticas.

---

\*Este trabajo es una revisión, adaptación y actualización de las tesis defendidas en ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Perspectiva de género y Constitución*, Colex, A Coruña, 2024; y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I; *Fábulas del constitucionalismo feminista*, Dykinson, Madrid, 2024, p. 49 y ss.

\*\*Esta obra se ha escrito en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-138077OB-I00: *Identidades colectivas y justicia penal: un enfoque interdisciplinar*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Investigadores Principales: Alicia GIL GIL y José NÚÑEZ FERNÁNDEZ.

ialvarez1@ucm.es

Estrechamente relacionado con lo anterior tenemos, en segundo lugar, la defensa que hace la teoría feminista. Durante las décadas de 1970 y 1980, académicas y teóricas feministas, como Simone de Beauvoir, Judith Butler y bell hooks, entre otras, comenzaron a explorar y definir cómo las construcciones sociales del género impactan tanto en la vida de las personas como en las estructuras sociales. La teoría feminista ayudó a formalizar conceptos clave como la socialización de género y la desigualdad estructural. Huelga decir que los nombres antecitados no compartían del todo una visión feminista unívoca, como por ejemplo en el sustrato personal central: mientras algunas defienden a la mujer, otra dirán que dicha categoría deja fuera a quienes se antojan de género fluido, mujeres *racializadas*, o altermundistas, entre otros.

En tercer lugar, resalta el hecho de que estas ideas germinaran y fructificaran gracias al desarrollo académico. En el ámbito académico, el concepto de perspectiva de género se consolidó en disciplinas como la sociología, la ciencia política, la antropología y los llamados *estudios de género*. Las universidades, institutos de investigación y centros de investigación empezaron a incluir estudios de género en sus currículos y a desarrollar metodologías para analizar las desigualdades de género. Aunque un manto de descrédito y farsa acompaña a este tipo de enfoques, lo cierto y verdad es que siguen existiendo y extendiendo su radio de influencia.

En cuarto lugar, no es desdeñable el intento de materializar esta ideología en políticas públicas. Basta echar un vistazo a lo que sucede tanto a nivel internacional como nacional. A nivel institucional, la perspectiva de género también se fue integrando en políticas públicas y en el trabajo de organizaciones internacionales como la ONU. En 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing fue un hito importante para la integración de la perspectiva de género en políticas globales, destacando su importancia en el desarrollo y en la igualdad de oportunidades. Otro tanto puede decirse con algunos intentos provenientes de la Unión Europea y, a mayor abundamiento, en lo que sucede en países como España, donde se ha “generizado” hasta el más recóndito rincón por tierra, mar y aire con un arsenal legislativo y financiero ávido de resultados, cuando no de “revancha”.

En resumen, aunque las ideas que informan la perspectiva de género han evolucionado durante siglos, el concepto como tal se formalizó y ganó prominencia en las últimas décadas del siglo XX, impulsado por los movimientos feministas y el desarrollo académico en torno a los debates sobre “el género”.

En cuanto al concepto como tal, la perspectiva de género podría definirse como aquel enfoque analítico que se centra en cómo las diferencias de género influyen en la vida de las personas, en sus experiencias y en las estructuras sociales. Entendiendo por tales diferencias las que median entre ser hombre y ser mujer. Su objetivo pretende ser el entender y cuestionar las desigualdades y las relaciones de poder basadas en el género. Sucede que esta es una visión tan lábil y confusa que nunca sabemos a ciencia cierta de qué se está hablando. No hay nada parecido a “las mujeres” como un bloque monolítico e inamovible, como tampoco lo hay de “los hombres”. Más allá de las estructuras biológicas elementales –solo discutidas por peligros públicos con piernas– los seres humanos son tan sumamente cambiantes en su individualidad que no hay dos iguales.

Sea como fuere, la perspectiva de género implicaría, a la luz de la lectura de sus defensores, varias cosas. Por un lado serviría para reconocer desigualdades, en concreto las desigualdades de género afectan a diferentes aspectos de la vida, como el trabajo, la educación, la salud y la vida familiar. Nos tememos que decir eso es no decir apenas nada, pues ese tipo de diferencias han existido irremediabilmente desde tiempos inmemoriales.

Por otro lado, estas tesis radican en una defensa a ultranza de eso que se llama construcción social del género: consideran que las diferencias entre los géneros no solo son biológicas, sino que también son construidas social y culturalmente. Esto significa que las expectativas y roles asignados a hombres y mujeres son aprendidos y mantenidos por la sociedad, por lo que tendemos a reproducir ese esquema tan manido donde ellas son las preteridas sin solución de continuidad y ellos los aventajados y premiados por otros como ellos. Tampoco parece la mejor de las suertes el hecho de que ellos sean pobres, albañiles, bomberos, o miembros de equipos policiales de élite. Pero en fin.

En los últimos años se ha sumado a este debate el mantra de la interseccionalidad, o sea, reconocer que el género no actúa de manera aislada, sino que *intersecta* (con perdón) con otras categorías sociales como la raza, la clase social, la orientación sexual y/o la discapacidad. Según se nos dice, este enfoque permite una comprensión más completa de las discriminaciones y opresiones. La realidad es que si siguen añadiendo “causas”, al final van a llegar al concepto clásico de ciudadanía como fuente de igualdad y no discriminación.

Qué duda cabe que quienes abogan por este tipo de medidas buscan sin disimulo el cambio a través de un proyecto de ingeniería social que en el peor de los casos es pavoroso y en el mejor resulta inquietante. Las palabras gruesas, los eslóganes, los mantras vacíos de contenido hacen acto de presencia cuando se pueden leer cosas como que la perspectiva de género es lo que permite promover la equidad de género y desafiar las normas y estructuras que perpetúan las opresiones. Lo cual se traduce en más intervencionismo, más dinero público, más administraciones públicas y un largo y extenuante etcétera. Todo ello pensando, por supuesto, en identificar caminos y vías de crear una sociedad más justa e inclusiva.

## 2. Reconocimiento internacional y nacional

La perspectiva de género ha sido acogida en algunos tratados internacionales, especialmente en la CEDAW de 1979, de la ONU. También ha sido acogida, tímidamente, en la jurisprudencia de la CIDH, así como se ha dejado sentir, poco a poco, en la jurisprudencia del TEDH (más en torno a estereotipos de género, como ilustra el *caso Jurcic c. Croacia*, de 2021).

A nivel nacional, tanto el poder legislativo como el ejecutivo han adoptado infinidad de medidas relativas a la perspectiva de género en los últimos tiempos, en concreto como exigencia a cumplir por los poderes públicos en los sectores regulados por las recientes leyes aprobadas en España. Desde la Ley de no discriminación de 2022 hasta la Ley Orgánica del Sistema Universitario de 2023, pasando por la Ley de Convivencia

Universitaria de 2022 y la creación del consejo asesor para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en 2018.

En nuestro país es reseñable el intento del Tribunal Constitucional de los últimos tiempos de juzgar con perspectiva de género según qué asuntos. Una ristra de sentencias que empezaron en la STC 34/2023 y finalizan, hasta la fecha, en la STC 92/2024, de 18 de junio. En el momento de cerrar estas líneas, se ha abierto una vía esperanzadora: en la STC 134/2024, de 4 de noviembre, el Juez Constitucional amparó a la mujer a la que se impidió formar parte de una cofradía. Y el razonamiento del TC gira, entre otros argumentos, en una interpretación del artículo 14 CE en la mejor interpretación tradicional de este artículo, sin emplear la perspectiva de género ni artificio adicional alguno.

### 3. Por qué la perspectiva de género no es buena idea

En primer término, la perspectiva de género es una construcción netamente ideológica, pues presenta un sistema de ideas y valores que interpreta y pretende transformar la realidad social desde el feminismo. Sus fundamentos teóricos, principios, propuestas de cambio, controversias y la movilización que genera son características que la alinean con la definición de ideología. Dicha perspectiva ofrece una visión particular del mundo, que, como cualquier ideología, compite con otras visiones y busca influir en la estructura y el funcionamiento de la sociedad y en las mentes y vidas de las personas.

En segundo término, la perspectiva de género crea inseguridad jurídica (artículo 9.3 CE) e incertidumbre vital. El motivo es que estamos ante una noción caracterizada por la falta de consenso científico, la naturaleza conflictiva y debatida de las teorías de género, el impacto incierto en las políticas públicas, las diversas interpretaciones culturales, la resistencia social, y la complejidad intrínseca de nociones como “el género” y “la identidad de género”. Todo ello hace potencialmente explosivo el alcance que tendría la perspectiva de género, a usar a voluntad por quienes tengan el poder de hacerlo, sospechamos que no precisamente de forma ecuánime o justa.

En tercer lugar, la perspectiva de género victimiza (a mujeres), culpabiliza (a hombres) y polariza (a todos). Se victimiza a las mujeres porque se enfatiza en lo malo y se obvia lo bueno. Aunque algunas desigualdades son reales y documentadas, el enfoque exclusivo en la victimización perpetúa la imagen de la mujer como víctima de algo tan sumamente etéreo como la “opresión patriarcal”. También contribuye a la sobrerrepresentación de la victimización, haciendo percibir una vulnerabilidad constante, lo que tiene un impacto negativo no solo en la autoestima de las mujeres sino también en sus relaciones con el mundo. Por otro lado, se culpabiliza a los hombres a bulto, si se permite la expresión. Hombre, ergo culpable, especialmente para las más radicales, independientemente de las acciones individuales de tales hombres. Desatinado e injusto, sin duda. Huelga decir que, al enfatizar la culpabilidad colectiva de los hombres, la perspectiva de género erosiona la importancia de los comportamientos individuales. Retóricamente necesitan palabras como “estructura” o “sistema” para justificar sus desmanes. Si conjugamos lo anterior, el

resultado es desalentador en cuanto a dialogar y cooperar, pues unas y otros pueden sentirse atacados o incomprendidos. Además, intensifica el resentimiento masculino por ser culpabilizados colectivamente, mientras que las mujeres pueden desarrollar desconfianza hacia los hombres al ser constantemente representadas como víctimas. Este ciclo de resentimiento y desconfianza rompe la cohesión social y dificulta los esfuerzos conjuntos en aras de la convivencia. Es obvio que este tipo de conceptos impiden el empoderamiento real, basado en la acción individual y en la asunción de responsabilidades, limitando las oportunidades de crecimiento personal y profesional, perpetuando una dependencia de intervenciones externas en lugar de fomentar la responsabilidad individual, la única realmente posible en un Estado de Derecho rectamente entendido.

En cuarto lugar, la perspectiva de género no es ni igualdad, ni libertad, ni pluralismo. Si uno observa los debates feministas en España habrá observado que se ha pasado de reivindicar medidas puntuales y concretas que pudieran mejorar la posición de las mujeres a hacer una enmienda a la totalidad del sistema, rabiosamente heteropatriarcal, sin solución de continuidad ni paradas intermedias. En esos debates se ha sacrificado el término “igualdad”, que ha desaparecido por completo a medida que se introducían nociones como perspectiva de género o interseccionalidad, sin ir más lejos.

La perspectiva de género no es igualdad. Los recursos y atención se enfocan en unas pocas y se desenfocan para todos los demás. Se crea un sentimiento de desigualdad percibida en ciertas comunidades, por ejemplo, mediante discriminaciones positivas que solo favorecen en realidad a esas pocas. Además, todo se ciñe a la misma horma, ignorando la diversidad de experiencias que anida en los seres humanos, sean hombres o mujeres. Es como hacer de las personas monolitos de acero. Es sintomático que ni una sola de las medidas que han propuesto y que se han demostrado en la realidad desatinadas (como poco), se sometan a debate y revisión. La única salida que suelen encontrar es... intensificar los términos de su enfado, alimentar lo errado de su visión y hacer el clásico *sostenella* y no *enmendalla*. Esto es especialmente lacerante respecto a la Ley de Violencia de Género de 2004: veinte años después, estos delitos no han disminuido y la conspicua representante feminista de turno solo sabe contestar que hace falta...endurecer la Ley. Ley que todavía hoy quiebra los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y la presunción de inocencia (artículos 14 y 24 CE).

Además, la perspectiva de género cercena la libertad y el pluralismo. Impone una visión única mediante la exigencia de uniformidad ideológica. En sus manifestaciones más dogmáticas alienta una visión única y homogénea sobre las relaciones de género y la estructura social. Esto puede llevar a una situación en la que se espera que todos adopten una misma interpretación del género y de las soluciones a los problemas de género, limitando la libertad de pensamiento y expresión (artículo 20 CE). También reduce el debate público y la discusión abierta. Las opiniones divergentes pueden ser canceladas, silenciadas o marginadas, lo que restringe el pluralismo de ideas y perspectivas, fundamental para una sociedad libre y democrática (artículo 1.1 CE).

La perspectiva de género restringe la libertad individual hasta límites difícilmente aceptables. A su socaire pretende regular estrictamente los comportamientos individua-

les en nombre de la corrección política. Se restringe el lenguaje, las normas sociales y las conductas permitidas, limitando la libertad personal para expresarse y actuar de acuerdo con sus propias creencias y valores (artículo 16 CE). *Ítem plus*, la perspectiva de género quiere influir en los sistemas educativos, promoviendo una educación basada en principios que no son universalmente aceptados, antes al contrario, son sumamente discutidos por tendenciosos y perniciosos. Esto puede coartar la libertad de los padres para educar a sus hijos de acuerdo con sus propios valores y creencias, y la libertad de los estudiantes para formarse sus propias opiniones sobre el género. Nos tememos que también se ha conculcado el artículo 27 CE.

En este clima de polarización y refriega enconada la perspectiva de género no calma las aguas sino que las agita, especialmente por cómo anhelan emplearla sus adalides: con profunda intolerancia hacia las opiniones divergentes o hacia quienes argumentan en contrario. De hecho, creemos que en la práctica, hacer reiterado y especial hincapié en la perspectiva de género, contribuye a la cultura de la cancelación (¿cabe que tal cosa sea “cultura”?) donde individuos que expresan opiniones contrarias son censurados, excluidos o castigados socialmente. Esta intolerancia hacia opiniones disidentes socava el pluralismo y la libertad de expresión, ya que las personas pueden sentirse intimidadas a expresar sus verdaderas opiniones por miedo a represalias. A esto suelen contrarrestar con gritos de “misóginos, retrógrados o insensibles”, lo cual no crea precisamente un ambiente favorable al diálogo constructivo. Esta demonización de la disidencia no solo limita la libertad de expresión, sino que también inhibe el desarrollo de un debate robusto y pluralista sobre las cuestiones que nos afectan de veras. Las fuerzas de los humanos son limitadas y el coste de oportunidad elevado.

La perspectiva de género puede desafiar y buscar cambiar normas y tradiciones culturales profundamente arraigadas. Si bien algunos cambios pueden ser necesarios para promover la igualdad, la imposición de estos cambios se percibe como una forma de colonialismo cultural, donde una visión específica del género es forzada sobre diversas culturas y comunidades (siempre occidentales, va de suyo) socavando su libertad para mantener y desarrollar sus propias tradiciones. La perspectiva de género conlleva una homogeneización cultural, donde las diversas formas de entender y vivir el género son reemplazadas por una visión uniforme. Esto puede destruir la riqueza del pluralismo cultural y limitar la libertad de las comunidades para definir sus propias normas y valores, en todo caso el inherente pluralismo del cuerpo social bajo una democracia liberal.

#### 4. Conclusión

El concepto “perspectiva de género” es de origen ignoto. Se sabe que fue empleado con fruición por el segundo feminismo, el de la diferencia, para poder aupar las reivindicaciones femeninas. Es de origen difuso, sumamente extraño. ¿Alguien puede establecer la fecha y el contexto? ¿Dónde sucedió? ¿Quiénes estaban allí? El propio concepto de

perspectiva de género también resulta ignaro, en la medida en que no se conoce a ciencia cierta qué significa, más allá de las pulsiones interpretativas de la feminista de turno.

La perspectiva de género se encuentra regulada en un acervo normativo internacional (sobre todo, de soft-law) y nacional (a nivel fundamentalmente legislativo, no constitucional) como también ha conducido a que se dicten una serie de sentencias constitucionales sobre la materia convalidando, jurídicamente hablando, tal acepción. Solo los intérpretes más contumaces, convencidos y militantes sabrán qué idea se esconde detrás de dicho eslogan. Nosotros, no. Lo cierto y verdad es que tampoco parece algo tan importante como para que ninguna Constitución demoliberal post II Guerra Mundial lo incorporase (para más señas, recordemos que el feminismo ya había nacido...). La interpretación que alcanza una incompetencia sideral es hacer creer que la perspectiva de género nada tiene que ver con lo ideológico o lo partidista, como si fuere una institución de Derecho Natural, caída del cielo. Se dice que poco menos que estamos ante un valor universal (¿quién lo auspicia? ¿dónde? ¿cómo?), cuando de veras es un lenguaje discutido y discutible. Hay personas que la defienden y hay personas que se oponen. Es lo que tiene el pluralismo y el ser humano que se atreve a pensar por sí mismo.

Por su parte, la mayoría del Tribunal Constitucional entiende que la perspectiva de género es una “metodología”, no una ideología, con la que lograr la igualdad y la no discriminación. La minoría discrepante de los jueces constitucionales eleva votos particulares donde arguye que estamos ante un derivado ideológico que apenas trasluce rigor, objetividad o seguridad jurídica.

Creemos haber demostrado que la perspectiva de género es un concepto que nace al calor del feminismo de segunda ola y, en ese sentido, producto directo de una ideología. También hemos aludido a su falta de concreción y de certeza, pues no se sabe qué implica decir, por ejemplo, que hay que legislar con perspectiva de género o que los presupuestos generales deben hacerse con perspectiva de género. Hemos dicho, y seguiremos diciendo, que la perspectiva de género victimiza (a ellas), culpabiliza (a ellos), y polariza (a todos) y resulta excluyente de las nuevas tendencias en estas lides (hurta del debate a personas no binarias, trans y de género fluido). Creemos que este concepto de la perspectiva de género se pretende blandir como un triunfo cuando lo que de veras resulta es una piedra a la que se aúpan quienes desean influir, condicionar y/o medrar. Visto así, la perspectiva de género no aporta apenas nada y sí puede destruir mucho. Ojalá el tiempo nos quite la razón.

# De la histeria a la fibromialgia, “las enfermedades de mujeres” que repugnan al Derecho

From the hysteria to the fibromyalgia: “women’s diseases” that are repugnant to the Law

Glòria Poyatos i Matas

*Magistrada especialista en el orden social en el TSJ de Canarias*

*Doctora en Derecho*

doi: 10.20318/labos.2025.9417

A propósito de *la brecha de género del dolor* en las discapacidades y el Voto particular a la STSJ Canarias de 19 de diciembre de 2024 (Rec.1198/2023)

*Resumen:* Aproximación crítica, desde la medicina, al destierro de las mujeres en la investigación de las enfermedades, proyectado sobre un patrón de lo humano masculino, dando lugar a diagnósticos y tratamientos diferentes, dependiendo del sexo del paciente, siendo más probable que ante una misma queja o sintomatología se realicen atribuciones psicológicas a mujeres y físicas a los hombres. Esta devaluación de las “enfermedades de mujeres”, anudada al estereotipo de inferioridad moral, sostiene la denominada brecha de género del dolor, desde la histeria a la fibromialgia, y también ha tenido sus efectos nocivos, para las mujeres, desde el Derecho. Como ejemplo paradigmático, se analiza el, ya derogado, RD 1971/2022 de 23 de diciembre, a través de la reciente sentencia del TSJ de Canarias de 19 de diciembre de 2024 (Rec.1198/2023) y su voto particular disidente, en relación a la invisibilización y omisión de valoración de la fibromialgia, síndrome de fatiga crónica y el síndrome de sensibilidad química múltiple, que son enfermedades eminentemente femeninas.

*Palabras clave:* Enfermedades de mujeres, brecha de género del dolor, discapacidad, discriminación indirecta por razón de sexo

*Abstract:* A critical approach, from a medical perspective, to the exclusion of women from disease research is projected onto a masculine human model. This has led to different diagnoses and treatments depending on the patient’s sex. It is more likely that, when faced with the same complaint or symptomatology, psychological attributions are made to women and physical attributions to men. This devaluation of “women’s diseases,” coupled with the stereotype of moral inferiority, sustains the so-called gender pain gap, from hysteria to fibromyalgia, and has

also had its harmful effects on women in the legal field. As a paradigmatic example, the now repealed RD 1971/2022 of December 23 is analyzed, through the recent ruling of the TSJ of the Canary Islands of December 19, 2024 (Rec. 1198/2023) and its dissenting opinion, in relation to the invisibility and omission of assessment of fibromyalgia, chronic fatigue syndrome and multiple chemical sensitivity syndrome, which are eminently feminine diseases.

*Keywords:* Women’s diseases, gender pain gap, disability, indirect discrimination based on sex.

## 1. El sexo condiciona la atención médica y científica

Es incuestionable, a estas alturas, que lo largo de la historia, los varones han sido el patrón de referencia en todas las disciplinas pensables. La medicina no se libra.

Este estándar masculino, a medida, ha desterrado a las mujeres de los estudios de las enfermedades del hombre. La representación del cuerpo masculino como norma universal ha dejado de lado la diversidad biológica y cultural, ignorando las contribuciones de las mujeres en la medicina, así como otros sectores de la población minoritarios.

Además, el sesgo de género no solo traspasa al ámbito clínico, también se refleja en la academia y la investigación e incluso en la segregación profesional del personal sanitario<sup>1</sup>.

La Dra. Antonia Sambola, del Servicio de Cardiología de Vall d’Hebron, experta en la salud cardiovascular de la mujer, lideró un estudio que evidenció que ser mujer es un factor de riesgo en el infarto agudo de miocardio. Esta investigación que se hizo entre 2005 y 2016, concluyó que la tasa de mortalidad por infarto en las mujeres era del 18% y en los hombres del 9%.

Según Sambola:

*Las mujeres tardan más tiempo en acudir al sistema sanitario cuando tienen un infarto. Aguantan más síntomas como el dolor, minimizan los síntomas, esperan a ver si se les pasa. Por eso, también en parte, se les hacen menos angioplastias, al llegar demasiado tarde para obtener beneficio de esta técnica. Asimismo, los síntomas son confundidos muchas veces con ansiedad.*

De otro lado, existe la percepción de que el riesgo cardiovascular es “una enfermedad de hombres”, lo que se traduce en un retraso en el diagnóstico y una peor atención por el hecho de ser mujer. Estamos, paradójicamente, ante una enfermedad de hombres que mata a las mujeres<sup>2</sup> porque constituyen la principal causa de mortalidad de las mujeres a nivel mundial<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Según Medina, se ha comprobado como la elección de las especialidades está muy influenciada por el género siendo pediatría o medicina familiar las más elegidas por ellas, por permitir horarios más compatibles con los cuidados familiares, a pesar de ser peor remuneradas económicamente y especialidades como, por ejemplo, las cirugías complejas que implican largas jornadas y están mejor retribuidas y más reconocidas, son más elegidas por ellos. Medina, J. *El androcentrismo en el ámbito de la Salud*, disponible en: <https://conlaa.com/el-androcentrismo-en-el-ambito-de-la-salud/>

<sup>2</sup> <https://elpais.com/salud-y-bienestar/branded/lo-que-importa/2024-03-19/una-enfermedad-de-hombres-que-mata-a-las-mujeres.html>

<sup>3</sup> Ello ha dado lugar a la puesta en marcha del proyecto Mujer y corazón de la Sociedad Española de Cardiología (SEC), disponible en: <https://mujerycorazon.secardiologia.es/>

Esa idea no es un problema de hoy, ni exclusivo de nuestro país. En 1991, la doctora Haley, que fue la primera mujer en dirigir los Institutos Nacionales de la Salud (NIH) de Estados Unidos, acuñó en una conferencia sobre enfermedades cardíacas el concepto *Síndrome de Yentl*, en referencia a la protagonista de la obra Isaac Bashevis Singer, muy popular por la adaptación cinematográfica que hizo Barbra Streisand, que simulaba ser un hombre para que se le permitiera estudiar los textos sagrados. La cuestión que planteaba Haley era la de si, al igual que Yentl, las mujeres también deberían hacerse pasar por hombres para recibir la misma atención ante un problema cardiovascular porque era habitual encontrar mujeres diagnosticadas de ansiedad, depresión o fibromialgia, cuando en realidad se trataba de infartos, ictus, taquicardias o arritmias.

Tal y como señala la cardióloga Clara Bonanad, se infradiagnostica la enfermedad cardiovascular en la mujer por sesgos socioculturales. Es habitual encontrar a mujeres a las que se ha diagnosticado de fibromialgia o ansiedad, cuando en realidad se trataba de infartos o ictus. Todo ello se muestra claramente en el estudio *Sesgos de género en el diagnóstico, tratamiento e interpretación de los síntomas de la enfermedad cardiovascular*.<sup>4</sup>

Elinor Cleghorn en su libro “*Enfermas: Una historia sobre las mujeres, la medicina y sus mitos en un mundo de hombres*”, repasa estas desigualdades históricas. La revista *The Lancet*, publicó una revisión sistemática de las diferencias en salud entre mujeres y hombres en materia de salud, con escasos avances en la reducción de estas desigualdades entre 1990 y 2021.<sup>5</sup>

Las consecuencias de los sesgos de género en la atención sanitaria, ha dado lugar a que ante unos mismos síntomas existan diferentes interpretaciones por las personas profesionales dependiendo del sexo del paciente. Así, es más probable que ante una misma queja o sintomatología se realicen atribuciones psicológicas a mujeres y físicas a los hombres. Frecuentemente los síntomas de ellas son confundidos, minimizados o mal diagnosticados y sus quejas, atribuidas a una etiología psicósomática, lo que nos lleva a cuestionarnos, seriamente, las bases en las que descansa la ciencia para conocer los problemas de salud de hombres y mujeres<sup>6</sup>.

Un número cada vez mayor de estudios demuestra que las expresiones de dolor de las mujeres afectan de manera negativa al diagnóstico y al tratamiento. En este contexto, surge la *brecha de género del dolor*. Sobre esta peculiar brecha, apenas existen estudios. En Brasil, se llevó a cabo un riguroso estudio que determinó que la prevalencia del dolor crónico en mujeres es casi 5 veces más alta que en hombres (85% vs. 16%).<sup>7</sup> En Colombia, estudios similares arrojaron que la brecha de dolor era del 79% en ellas, frente al 21% en ellos.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Este estudio fue dirigido por la Dra. Gabrielle R. Chiamonte, de la Universidad

<sup>5</sup> Disponible en: [https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667\(24\)00053-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanpub/article/PIIS2468-2667(24)00053-7/fulltext)

<sup>6</sup> García Dauder, D., Alameda Cuesta, A., Díez Velasco, *Documento Revisado. Guía de actualización en la valoración de fibromialgia, síndrome de fatiga crónica, sensibilidad química múltiple y electrosensibilidad. Análisis sesgos de género*. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://confesq.org/wp-content/uploads/2020/10/Sesgo-de-genero-A5.pdf>

<sup>7</sup> Disponible en: [https://www.tandfonline.com/doi/10.2217/pmt-2022-0102?url\\_ver=Z39.88-2003&rft\\_id=ori:rid:crossref.org&rft\\_dat=cr\\_pub%20%20pubmed](https://www.tandfonline.com/doi/10.2217/pmt-2022-0102?url_ver=Z39.88-2003&rft_id=ori:rid:crossref.org&rft_dat=cr_pub%20%20pubmed)

<sup>8</sup> Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://dolor.org.co/biblioteca/revistas/Revista%208\\_1.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://dolor.org.co/biblioteca/revistas/Revista%208_1.pdf)

Existe una subestimación del dolor cuando se trata de féminas, en relación a sus compañeros varones.<sup>9</sup> En las unidades de urgencias de Estados Unidos, por ejemplo, las mujeres deben esperar, en promedio, 16 minutos más que los hombres para recibir medicamentos después de explicar que tienen dolor abdominal, y tienen un 7 % menos de probabilidades de recibir ese tratamiento como primera opción para calmar el dolor, al parecer, antes va el vaso de agua, tomar el aire, un ansiolítico, o un “*cálmese*”.<sup>10</sup>

Estos sesgos en la praxis médica, son profundamente contrarios a los principios de la medicina basada en la evidencia o lo empírico, porque se sostiene en mitos acerca de las formas de sanar y enfermar de hombres y mujeres, traduciéndose en la devaluación de las enfermedades femeninas, traspasadas por el estereotipo de *inferioridad moral de las mujeres*. Este estereotipo se traduce en el prejuicio de considerar a las mujeres mentirosas o poco confiables<sup>11</sup>. La histeria es un buen ejemplo de sexismo, misoginia e *inferioridad moral de las mujeres*.

El término *histeria* se definía hasta hace poco en el diccionario de la RAE, en su primera acepción, como:

*enfermedad nerviosa, crónica, más frecuente en la mujer que en el hombre, caracterizada por gran variedad de síntomas, principalmente funcionales, y a veces por ataques convulsivos.*<sup>12</sup>

Esta “*enfermedad*” procedente del griego, “*hysteron*” (útero) se remonta a tiempos ancestrales y se ha venido utilizando a discreción de las necesidades patriarcales, de cada momento histórico. Casi cualquier dolencia leve podía servir para diagnosticar histeria.

Platón afirmó en *Timeo*, Diálogos:

*En las mujeres lo que se llama matriz o útero es un animal que vive en ella con el deseo de hacer hijos. Cuando permanece mucho tiempo estéril después del periodo de la pubertad apenas se le puede soportar pues se indigna, va errante por todo el cuerpo, bloquea los conductos del aliento, impide la respiración, causa una molestia extraordinaria y ocasiona enfermedades de todo tipo.*

Durante la Edad Media, la histeria adquirió tintes satánicos vinculándose a las brujas y convirtiéndose en la excusa para su persecución. En el s.XIX vuelve a residenciarse en el campo de la medicina y ya en el s.XX, justificaba las limitaciones de las mujeres para el desempeño de determinados trabajos, reservados a los hombres, a los que no se les pre-

<sup>9</sup> Un experimento lineal de personas expuestas a videoclips faciales de pacientes femeninos y masculinos con dolor crónico reveló que los perceptores subestimaron el dolor de las pacientes femeninas en relación a sus compañeros varones y vincularon el dolor de ellas a tratamientos con psicoterapia y, en cambio, el de ellos a la medicación para el dolor. Estos sesgos podrían influir en el subreconocimiento y subtratamiento del dolor cuando se trata de mujeres. Disponible en: [https://www.jpain.org/article/S1526-5900\(21\)00035-3/fulltext](https://www.jpain.org/article/S1526-5900(21)00035-3/fulltext)

<sup>10</sup> Bueno Sanz, M., *Las brechas del dolor*. Disponible en: <https://mujeresconciencia.com/2022/03/29/la-brecha-del-dolor/>

<sup>11</sup> Poyatos Matas, G., Caputi, MC., Lorenzo, L. Y Piccinelli, OC., “Estereotipos de género en la justicia. Aportes y perspectivas para erradicarlos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2024, págs. 74 y 75.

<sup>12</sup> Poyatos Matas, G., *El lenguaje como arma de discriminación masiva*. Disponible en [https://www.huffingtonpost.es/entry/el-lenguaje-como-arma-de-discriminacion-masiva\\_es\\_5c8aafb0e4b0f374fa993f0d.html](https://www.huffingtonpost.es/entry/el-lenguaje-como-arma-de-discriminacion-masiva_es_5c8aafb0e4b0f374fa993f0d.html)

sumía histéricos.<sup>13</sup> Así, la ignorancia médica sobre la salud de las mujeres era traducido de forma misógina, como sospecha de simulación o mediante la categoría de histeria.

Pero la predilección de la medicina por la masculino ha traspasado, también, el Derecho español. Si hasta ahora la perspectiva de género mostraba diferencias significativas en muchos de los ámbitos de la vida cotidiana, esas diferencias se magnifican cuando nos enfocamos en el ámbito jurídico y en un sector de la población, doblemente afectado por sesgos, como es el caso de las mujeres con discapacidad y/o con enfermedades crónicas.

Ellas lo han tenido y lo siguen teniendo más difícil para probar sus dolencias, afectaciones funcionales y biológicas en el contexto laboral y social. Por ejemplo, con las lagunas normativas contenidas en el baremo de enfermedades profesionales aprobado por el viejo Real Decreto 1299/2006, en relación a las profesiones feminizadas, lo que ha dado lugar a una lenta respuesta integradora por la jurisprudencia, como es el caso de la STS de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 1515/2013) integrando el “síndrome del tunel carpiano” de una limpiadora. La STS de 18 de mayo de 2015 (Rec. 1642/2014) que considera derivada de enfermedad profesional, la incapacidad permanente reconocida a una peluquera que presenta un síndrome subacromial derecho y, más recientemente la STS de 20 de septiembre de 2022 (Rec. 3353/2019), que declara, sin estar expresamente recogido en el Baremo, califica de enfermedad profesional la “rotura del manguito rotador del hombro izquierdo” de una limpiadora en proceso de incapacidad temporal.

## 2. La brecha de género del dolor en la valoración de discapacidades

Otro paradigma legal de la exclusión de las “*enfermedades de las mujeres*”, derivado de las lagunas del cuadro reglamentario y sus disfunciones aplicativas, es el vetusto RD 1971/1999 de 23 de diciembre sobre reconocimiento y calificación del grado de discapacidad, vigente hasta el 20 de abril de 2022<sup>14</sup>, que a lo largo de décadas de aplicación ha dificultado enormemente la valoración de los efectos bio-psico- sociales de determinadas enfermedades con impacto de género, incluso por la vía de la asimilación.

Desde la práctica judicial me he topado, reiteradamente, con esta laguna normativa, que es coherente con la histórica desatención legislativa y científica de la salud femenina. Por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Las Palmas) de 22 de diciembre de 2022 (Rec. 1594/2021) a la que hice voto particular disidente, en el caso de una víctima de violencia de género con fibromialgia, a la que se omitió valorar los efectos biológicos y sociales de esta enfermedad, a efectos de discapacidad.

<sup>13</sup> Serrano Pontes, A.; Martín Martín, M.; Mancilla Pérez, L. *La desconocida historia de la Histeria*. Gómeres: salud, historia, cultura y pensamiento [blog]. 27/12/2017. Disponible en <https://index-f.com/gómeres/?p=2158>

<sup>14</sup> Tras la entrada en vigor del Real Decreto 888/2022 de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad que deroga el RD 1971/1999 de 23 de diciembre. BOE nº252 de 20 de octubre de 2020.

### 2.1. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 19 de diciembre de 2024 (Rec.1198/2023) con voto particular disidente.

Este era el caso de una trabajadora reconocida judicialmente en el año 2016 primero y, de nuevo, tras revisión de oficio por el INSS, el 18 de octubre de 2021, en situación la invalidez permanente absoluta, reconociéndose en el relato fáctico de la sentencia de 2021, que padecía Fibromialgia (grado II), Síndrome de fatiga crónica (SFC) (grado II) Y sensibilización química múltiple (SQM) en grado severo (grado IV) y que ello le producía:

*“(...) Dolor articular y muscular generalizado con hiperalgesia difusa y brotes frecuentes de reagudización, sueño no reparador, fatiga y astenia diurnas con afectación cognitiva en la memoria, concentración y errores ejecutivos, reacción depresiva prolongada: trastorno ansioso depresivo reactivo y cronificado con predominio de síntomas depresivos con cuadro clínico de apatía, pensamientos rumiativos centrados en sus limitaciones derivadas del dolor generalizado y fatiga, desesperanza ante el futuro, labilidad emocional, aislamiento social, etc. lo que le sucede como limitaciones a consecuencia de su cuadro clínico de dolor continuo y generalizado a nivel articular y muscular, sueño no reparador, astenia y somnolencia diurnas y sensibilidad química múltiple, presenta una pérdida del ritmo (...)”*

Tan solo dos meses después, el 13 de diciembre de 2021, se dicta resolución por la Consejería de Derechos Sociales del Gobierno de Canarias, determinando que la misma trabajadora tiene un 0% de discapacidad. Ella interpone demanda ante el juzgado de lo social reivindicando el reconocimiento de un 77% de discapacidad, reconociéndosele el 19%, por el juzgado social, en base al informe médico forense. Frente a esta sentencia, formaliza recurso de suplicación que es desestimado en la sentencia referida del TSJ de Canarias, que convalida la valoración forense y destaca que la fibromialgia por sí misma no es susceptible de encaje entre las enfermedades discapacitantes y “*tampoco se incluye en el vigente RD 888/2022*”, según el criterio mayoritario, “*al igual que no se incluye el síndrome de fatiga crónica o el síndrome de sensibilidad química múltiple*”. Ello no es exactamente así.

### 2.2. El voto particular disidente

Se posiciona a favor de estimar el recurso y reconocer a la demandante el 77% de discapacidad. Parte la existencia de una laguna normativa en el viejo Anexo I del RD 1971/1999 aplicable al caso, porque no hay forma posible de valorar los efectos bio-psico sociales derivados de la fibromialgia (a través del dolor), el SFC ni el SQM, que, curiosamente, son enfermedades feminizadas. Esta exclusión de *enfermedades de mujeres* del baremo, es una **discriminación indirecta por razón de sexo** por su impacto desproporcionado en la población femenina, aunque ha sido parcialmente subsanado en el vigente RD 888/2022, de 18 de octubre que cuenta con un cuestionario de discapacidad asociado al dolor (Anexo 6º) visibilizando los efectos personales y ambientales de la fibromialgia, y, también en el Anexo 6B, se incluye, explícitamente, una escala de valoración de la fatiga crónica.

Así, la ausencia de valoración de las citadas tres enfermedades de la actora, se hace evidente en la fase administrativa, pues tal y como se reconoció en el acto del juicio por parte del médico evaluador propuesto por la demandada como perito médico:

- **“El Real Decreto tal y como está redactado en este momento, al dolor no lo considera”** (minuto 13:14 de la grabación juicio – a preguntas del letrado de la Consejería)
- **“El dolor en sí, el Real Decreto no lo valora”** (minuto 13:24 de la grabación juicio- a preguntas de la letrada de la actora)

Idéntica omisión valorativa se reproduce en el informe pericial forense que se limita a valorar en un 5% la dolencia traumatológica cervical y en un 15% el trastorno adaptativo mixto ansioso depresivo, y nada más...

En mi opinión, la laguna normativa debió ser integrada aplicando, vía control de convencionalidad, las perspectivas de género y discapacidad, en cumplimiento del principio internacional de diligencia debida, buscando por la vía de la asimilación con otras enfermedades sí reconocidas en el baremo, una valoración efectiva de los efectos físicos, neurológicos o el dolor derivado de las mismas, porque, de otro modo, aquellas enfermedades que produzcan dolor continuo, incluso invalidante, paradójicamente, son invisibles a efectos discapacitantes.

En **relación a la patología fibromiálgica**, al tratarse de una enfermedad crónica cuyo diagnóstico se ha de establecer por las manifestaciones clínicas, es muy importante atender a la gravedad, la situación físico-psíquica de la paciente y su evolución. Los dolores osteoarticulares generalizados, medibles a través de los puntos gatillo (18 puntos que corresponden a las áreas más sensibles del organismo), se traducen en alteraciones sensoriales de las que **el dolor es la más habitual y son deficiencias a tener en cuenta para determinar su gravedad**.<sup>15</sup>

La Asociación Internacional para el Estudio del Dolor define el dolor propio de la fibromialgia como “desgastador”, “miserable”, “intenso” o “indescriptible”, con síntomas coexistentes como dolores abdominales, cefaleas, rigidez muscular, fatiga y sueño no reparador, entre otros muchos, siendo altamente frecuente que esta enfermedad vaya asociada a trastornos psíquicos reactivos, fundamentalmente ansiedad y /o depresión.<sup>16</sup>

Asimismo, se trata de una enfermedad que, dadas sus características clínicas, no objetivables mediante pruebas diagnósticas, frecuentemente expone a las mujeres que, mayoritariamente, la padecen a una situación de estrés emocional adicional, derivado de la desvaloración personal, y del descrédito profesional vinculado a prejuicios y estigmas de asociación a holgazanería o debilidad “femenina”. No en vano históricamente venía denominándose *“la enfermedad sin nombre”*.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> STSJ del País Vasco de 18/3/2003 (JUR 2003, 149811) y de 21-12-2004 (JUR 2005\66427).

<sup>16</sup> STSJ de Cantabria nº 341/2007.

<sup>17</sup> STSJ Extremadura nº129/2003.

Muy probablemente, el impacto desproporcionado femenino que acompaña a esta enfermedad ha sido la causa directa de su histórica devaluación, y los recelos en cuanto a la credibilidad de las personas enfermas están conectados con el estereotipo de inferioridad moral de las mujeres. Y, posiblemente, ello llevó al INSS, ante las críticas sociales por parte de especialistas médicos y asociaciones de personas afectadas por tales dolencias, a la retirada total en el año 2021 de la “*Guía de actualización de Valoración de fibromialgia, síndrome de fatiga crónica, sensibilidad química múltiple y electrosensibilidad (2ª edición)*”, prohibiéndose su uso.

Por tanto, el análisis empírico indica que estamos ante una patología de prevalencia femenina lo que incide en su desvalorización social y en la invisibilización jurídica como enfermedad. De otro lado, tampoco ha ayudado las importantes “*ignorancias*” en el campo de conocimiento de la salud de las mujeres donde “*siquiera se sabe que no se sabe*” (Tuana, 2006).

En cualquier caso, en materia de discapacidad debemos estar no solo a la gravedad del diagnóstico sino, sobre todo, a las limitaciones que la dolencia proyecta sobre la persona. Obviamente “*el dolor intenso, continuo y generalizado a nivel articular y muscular*” debe ser valorado a efectos de discapacidad porque redundaría en la vida diaria y en la capacidad orgánica de la persona. Pero en el RD 1971/1999, a diferencia del RD 822/2022: “*el dolor no se valora*”, lo que excluye automáticamente a las personas con fibromialgia, sea cual sea el grado de dolor padecido, de obtener un grado de discapacidad, más allá del 0%.

De igual modo, hay una omisión total de valoración del **Síndrome de fatiga crónica (SFC)**, que padece la actora en grado de moderado y que se ha reconocido en sentencias firmes que le produce “*fatiga física a pequeños esfuerzos*”. El síndrome de fatiga crónica es una enfermedad compleja neuroinflamatoria, que puede afectar de forma grave la funcionalidad y calidad de vida del paciente. Además, del cansancio físico extremo, que no disminuye ni se recupera con el reposo, se asocia a otras manifestaciones generales, como problemas neurocognitivos de concentración o memoria, dolor, migraña y trastornos del sueño. Estas manifestaciones también resultaron probadas en el caso de la actora, pero no fueron valoradas.

Y, por último, no hay ni rastro valorativo de la **Sensibilidad múltiple química (SQM)**, en grado severo que, también, padece la demandante. La SQM, es un trastorno en la respuesta fisiológica de determinadas personas frente a una multiplicidad de agentes y componentes que se encuentran normalmente en el medio ambiente, alimentos o medicamentos. También se le conoce como “*alergia universal*”, “*enfermedad del s.XX*”, “*síndrome alérgico total*”, “*alergia ambiental*”, “*sensibilidad alimentaria y química*”, “*alergia cerebral*” o “*síndrome de inadaptación ambiental*”. Y por parte de la OMS en 1996 propuso el término “*intolerancia ambiental idiopática*” por la implicación de agentes ambientales distintos de los productos químicos en la etiología de la enfermedad (CIE-10-Es Clasificación Internacional de Enfermedades 10ª Rev. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad). Los compuestos que se repiten con más frecuencia como causantes del SQM se encuentran, entre otros, en:

- productos de cosmética e higiene personal (colonias, cremas corporales, jabón, gel de baño, cosméticos, laca, desodorante, champús, y otros),
- en espacios interiores (aire acondicionado, ambientadores, humo de velas, incienso, tintas de periódicos y revistas, spray y otros)
- en la vía pública (gasolina/gasoil, asfalto, alquitrán, humo de los tubos de escape y otros).

Por tanto, el SQM tiene un evidente impacto en la calidad de vida de la persona y en su esfera psicosocial. Las actividades de la vida diaria (autonomía personal), en ocasiones, se convierten en un reto que dificulta su relación con el exterior, por ejemplo, el uso del transporte público. El afán por evitar los agentes desencadenantes, que son omnipresentes, y el agravamiento de sus síntomas, le avoca al abandono del empleo y la reducción de contacto social; todo ello motiva un deterioro físico con dificultades para relacionarse, que provoca un aislamiento que agrava su malestar físico y emocional. Para evaluar el impacto de los factores ambientales sobre la calidad de vida existen diversos cuestionarios, entre otros, el cuestionario Short Form Health Survey (SF-36) que evalúa la calidad de vida relacionada con la salud.

### 3. Conclusiones

Me pregunto cuántas resoluciones discriminatorias, tanto administrativas como judiciales, en materia de valoración de discapacidad han impactado en las mujeres afectadas por “*enfermedades de mujeres*”, durante las últimas décadas, en aplicación del RD 1971/1999, y, también, en aquel pequeño porcentaje de hombres que han tenido la mala suerte de verse afectados por estas enfermedades “malditas”.

Al igual que en la medicina, también en el Derecho sobre la salud, es aplicable el “*síndrome de Yentl*”, porque la suerte de las mujeres vuelve a depender, del sexo asociado a las enfermedades padecidas.

Esperemos, en fin, que con la aplicación del nuevo RD 888/2022, con nuevos mecanismos de valoración del dolor y el síndrome de la fatiga crónica, poco a poco vayamos avanzando hacia un derecho más igualitario, que no excluya a las personas enfermas, dependiendo de su sexo.

Como decía Concepción Arenal: “*Pocas cosas desmoralizan más que la injusticia hecha en nombre de la autoridad y de la ley*”

## RECENSIONES

NURIA AYERRA DUESCA. *Prostitucion y derechos laborales*. Aranzadi, 2024.

Doi: 10.20318/labos.2025.9418

¿Acaso puede una feminista elogiar una tesis que defiende que la prostitución puede ser un trabajo? Sí, puedo. Y lo haré sin necesidad de posicionarme a favor de las teorías de Dolores Juliano o Rosa Cobo.

La tesis defendida por la autora se aleja deliberadamente de juicios éticos que, con frecuencia, carecen de objetividad y pueden imponer una moral preestablecida. En lugar de ello, nos presenta una argumentación reflexiva, fundamentada y profundamente jurídica, en la que cada paso está cuidadosamente respaldado por un razonamiento claro y preciso. En este ámbito, se mueve con una soltura admirable, demostrando una destreza excepcional al abordar el tema desde un enfoque técnico y riguroso, sin perder nunca la claridad y la profundidad que su análisis exige. Defender la prostitución como trabajo digno representa una propuesta audaz y profundamente reflexiva que aborda un tema socialmente complejo y, a menudo, estigmatizado. Esta investigación desafía las percepciones tradicionales y fomenta un debate crucial sobre los derechos sociales de las personas involucradas en el trabajo sexual. La autora demuestra un amplio conocimiento del derecho laboral desde sus múltiples perspectivas, lo cual le permite argumentar de manera sólida que la prostitución, al igual que cualquier otra forma de trabajo, debe ser reconocida, regularizada y respetada en sus derechos laborales.

Uno de los aspectos más sobresalientes de la tesis es la forma en que la autora explora la prostitución no como un fenó-

meno marginal o moralmente cuestionable, sino como una actividad que puede ser comprendida bajo el mismo marco que cualquier otro empleo: en términos de derechos, condiciones laborales y dignidad humana, tanto desde el punto de vista de trabajo por cuenta ajena como propia. Es evidente que examina una “prostitución consentida”, en la que la compra y venta de relaciones sexuales, a cambio de un dinero entre dos personas adultas y capaces, es algo pactado voluntariamente por ambas. Deja fuera de su estudio otras prácticas sociales relacionadas con la prostitución que en ocasiones son incluidas en el ámbito del significado de ese término, como es el caso de la pornografía. También excluye todas las posibles respuestas jurídicas a otras formas de prostitución como la infantil o las soluciones a otros problemas relacionados habitualmente con la compraventa de sexo, como son el tráfico de mujeres, la trata de personas, el comercio con drogas, las mafias, etc. En todos estos casos, la prostitución va unida a la comisión de delitos tipificados en los códigos penales, no existiendo controversia teórica, ni dentro ni fuera del feminismo, en relación con la persecución jurídica que deben sufrir los mismos.

Sin embargo, la lejanía con las valoraciones éticas, no significa que se exprese una postura absolutamente neutra, sobre la situación de la mujer y la explotación sexual. Al contrario, lo que defiende la autora, construyendo un hábil silogismo jurídico, es que, la falta de regulación de lo que denomina trabajo sexual, atenta de forma directa a los derechos humanos, provocando una situación de desigualdad manifiesta.

Toda la argumentación se estructura en tres capítulos. Las tesis contemporáneas tienden a ser más breves en comparación

con las de décadas anteriores, ya que; en general; se enfocan más en la síntesis y la claridad, priorizando la precisión sobre la extensión. El objetivo es presentar los puntos clave de manera directa y efectiva, sin rodeos innecesarios. Por ello, tanto la estructura como el contenido la convierte en una tesis innovadora.

El primer capítulo aborda la perspectiva económica de la prostitución. La prostitución es una de las áreas que a menudo se encuentra en la economía sumergida, especialmente en contextos donde no está legalizada o está restringida por la ley. En lugares donde la prostitución es ilegal, las personas que ejercen esta actividad suelen hacerlo al margen de las normativas fiscales y laborales, lo que las coloca en la economía sumergida. Incluso en contextos donde la prostitución es legal, como en algunos países donde se regula como una industria o se permite de manera parcial, sigue siendo un sector que enfrenta la invisibilidad y la exclusión de las políticas públicas, lo que limita la capacidad de las trabajadoras para acceder a derechos laborales y beneficios sociales. En este capítulo, se examina, esa realidad económica, no sólo como estrategia de supervivencia de las mujeres, sino analizando el impacto de esta actividad que el Gobierno incorpora al PIB.

El segundo capítulo examina el marco jurídico internacional, europeo y español. Se trata de un capítulo extenso, en el que, a mi juicio, el apartado 3 resulta innecesario, por las razones que luego explicaré. Este minucioso repaso de toda la normativa resulta muy valioso, ya que permite comprender las interrelaciones entre diferentes niveles normativos y cómo las leyes de un país se alinean o se ven influenciadas por los acuerdos y normativas internacionales y

europas. Además, supone comprender variados intereses que cada una de las ramas del ordenamiento jurídico busca proteger y regular. No es lo mismo la tutela de los bienes jurídicos en el orden penal, que la búsqueda de la pacífica convivencia de las ordenanzas municipales; y, sin embargo, la autora se desenvuelve con naturalidad y extremado rigor en todos los ámbitos jurídicos, ofreciendo un enfoque global para promover la aplicación del derecho. El último apartado de este capítulo recoge cómo los modelos normativos pueden referirse a las distintas formas en las que las leyes abordan la prostitución, ya sea penalizándola, regulándola o incluso legalizándola. Esta referencia de carácter general y ya ha sido exhaustivamente analizada en múltiples ocasiones, por lo que su inclusión en esta tesis no parece ofrecer valor añadido.

Finalmente, el tercer capítulo ofrece un exhaustivo examen de las posturas de los tribunales en Europa y en nuestro país. Desde mi punto de vista, este apartado es el esencial de la tesis.

Las sentencias, al margen del lógico marco geográfico, se organizan por el contenido, más que por las fechas, lo que sin duda facilita la lectura. Así, en el contexto europeo, lo fundamental es la consideración de la prostitución como actividad económica, porque ello supone la aplicación, o no, de las principales libertades que rigen el mercado único (circulación, establecimiento, etc.). Interpretar los pronunciamientos del Tribunal de Justicia Europeo no resulta fácil. Al margen de las normas de ámbito europeo, entran en juego normativas nacionales que el/la intérprete desconoce, y en este caso concreto, que responden a realidades sociales muy diferentes -asunto Harmsen y la prostitución expuesta en

escaparates-. La autora estudia con detenimiento cada pronunciamiento, recoge los más importantes y ofrece la respuesta de la sentencia de forma sincrética. Esta tarea no es sencilla, porque los pronunciamientos de la corte europea reflejan enfoques jurídicos complejos, influenciados por las normativas internacionales, los derechos humanos y las políticas públicas nacionales. Estas sentencias no solo abordan la legalidad del trabajo sexual, sino también cuestiones relacionadas con la protección de los derechos de las personas que ejercen la prostitución, fundamentalmente de trascendencia económica.

En este capítulo, entiendo, que se deberían haber incluido los pronunciamientos de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), pues ha examinado la prostitución bajo el prisma de los derechos fundamentales, atendiendo a la dignidad humana, la protección frente a la explotación, la libertad individual y la igualdad. Se echa de menos una referencia al Caso Laskey, Jaggard y Brown contra el Reino Unido (1997) o al Caso M. v. Reino Unido (2016). Sin embargo, la perspectiva de estos pronunciamientos es muy distinta al argumento principal de la tesis; y, en ese

caso, podría haber sido una tesis diferente, desde la perspectiva de la amenaza a los derechos humanos en el ámbito de la libertad y dignidad, que ya ha sido abundantemente analizado.

Un apartado específico, dentro de este capítulo, estructura y analiza los pronunciamientos judiciales de los tribunales de Orden social. La autora examina todas sentencias que establecen una clara distinción entre la actividad de prostitución y la de alterne, pues es algo fundamental para dictaminar si el supuesto planteado se puede clasificar como una relación laboral y disfrutar de los derechos de la Seguridad Social. Paradójicamente, la consideración, o no, de la prostitución como trabajo sexual supone identificar y examinar todos los elementos típicos del contrato de trabajo.

En conclusión, representa un importante aporte al campo de los estudios sociales, impulsando una mirada más justa y equilibrada sobre la prostitución y las mujeres como protagonistas.

Susana Torrente Gari  
T.U. Derecho del Trabajo  
y Seguridad Social  
Universidad de Zaragoza