Revista JUSTICIA & TRABAJO

N.º 3

JULIO-DICIEMBRE 2023

Un análisis de urgencia de la biometría utilizada para el registro de la jornada, resultado: categoría de datos de alto riesgo... pág. 5
M.ª Elisa Cuadros Garrido

El contrato fijo-discontinuo en la descentralización productiva ..... pág. 21
Amparo Merino Segovia

Relaciones laborales en el metaverso: un nuevo desafío para el derecho del trabajo ..... pág. 49
Faustino Cavas Martínez

La transición digital en las actuaciones de la Unión Europea sobre empleo tras la pandemia COVID-19 ..... pág. 73
Carlos de Fuentes G.ª-Romero de Tejada

El acceso anticipado a la fuente de prueba digital y su aseguramiento en el orden jurisdiccional social ..... pág. 101
Ainhoa M.ª Goñi Irulegui

El acceso al empleo público de personas con discapacidad por Trastorno del Espectro Autista. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 140/2023, de 26 de mayo..... pág. 121
Nuria María Garrido Cuenca

Una aproximación a la configuración legal del vigente régimen disciplinario de los empleados públicos y su aplicación al personal laboral al servicio de las administraciones ..... pág. 149
José María Delgado Báidez

La prevención de riesgos laborales: los problemas de interpretación entre las infracciones laborales y el delito..... pág. 179
Rosa M. Gallardo García

La consolidación del principio de igualdad de retribución a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: la Directiva (UE) 2023/970.... pág. 203
Gratiela-Florentina Moraru

Trabajo decente: de la teoría a la práctica de unas condiciones de trabajo mínimas..... pág. 227
Olga Lenzi

La técnica del acomodo razonable en el empleo de símbolos religiosos en el ámbito de la empresa..... pág. 247
José Manuel Roales Fernández

Recensiones bibliográficas ..... pág. 267

revistajusticiaytrabajo.colex.es

REVISTA JUSTICIA & TRABAJO

© Editorial Colex S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3.º B (local comercial), 15004, A Coruña (Galicia)

91 109 41 00 info@colex.es
revistajusticiasocial@colex.es

DIRECCIÓN

M.ª Elisa Cuadros Garrido
Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Belén García Romero
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

Alejandra Selma Penalva
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia.

CONSEJO EDITORIAL

Raquel Aguilera Izquierdo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

Stefano Bellomo
Profesor ordinario, Universitá Di Roma

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Vigo

Alberto Cámara Botía
Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Belén Cardona Rubert
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia

Rosario Cristóbal Roncero
Catedrática Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

M.ª Elisa Cuadros Garrido
Profesora Contratada doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Joaquín Dólera López
Abogado laboralista

Ángel Espiella Menéndez
Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Oviedo

Fabrizio Ferraro
Ricercatore a tempo determinato di diritto del lavoro presso il Dipartimento di Scienze giuridiche, Università degli studi di Roma Sapienza

Antonio Fernández García
Profesor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Oberta Cataluyna

Andrea Franconi
Universidad de Buenos Aires, Argentina

Belén García Romero
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Juan Gil Plana
Profesor Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense y Magistrado Suplente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

Nuria Garrido Cuenca
Catedrática Derecho Administrativo, Universidad de Castilla La Mancha

Nuria Paulina García Piñero
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense

M.ª Carmen González Carrasco
Catedrática Derecho Civil, Universidad de Castilla La Mancha

José Luis Goñi Sein
Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

Julen Llorens Espada
Profesor Contratado doctor Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

María Inmaculada Marín Alonso
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

Mirentxu Marín Malo
Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

Domenico Mezzacapo
Professore ordinario di Diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma.
Presidente della Commissione di certificazione dei contratti di lavoro

Gratiela Florentina Moraru
Profesora ayudante doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha

Pilar Ortiz García
Profesora Titular de Sociología, Universidad de Murcia

M.ª Magnolia Pardo López
Profesora Titular Derecho Administrativo, Universidad de Murcia

Ana Isabel Pérez Campos
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Rey Juan Carlos

Jesús Rentero Jover
Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha

Beatriz Rodríguez Sanz de Galdeano
Profesora titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pública de Navarra

María José Romero Rodenas
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha

Yolanda Sánchez Durán Azaña
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid

Mercedes Sánchez Ruiz
Profesora Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Murcia

Carmen Sánchez Trigueros
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia y Directora de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Murcia

Concepción Sanz Sáez
Profesora asociada Derecho del Trabajo y del la Seguridad Social, Universidad de Castilla La Mancha

Alejandra Selma Penalva
Catedrática Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Murcia

Eduardo Enrique Taléns Visconti
Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia

COORDINACIÓN, EDICIÓN, DISEÑO Y MAQUETACIÓN: Editorial Colex

ISSN: 2952-1955

PRESENTACIÓN

Es para las directoras un placer, ver salir este número de diciembre de 2023, con el que cumplimos un año como revista. Cabe por otro lado destacar, la inauguración en mayo de 2023 de la Colección de monografías científicas *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. El número cuatro es común a ambos trabajos; tres son los números de la revista que se han publicado, más el extra monográfico publicado en septiembre sobre la *Ley del Empleo* y, cuatro es el número de libros existentes, por el momento, en la colección. Por lo que dejamos un año muy completo y fructífero a nivel de publicaciones de la más diversa índole y calidad científica y esperamos que en el próximo, cuanto menos, mantenga ese ritmo o, incluso, se supere.

Este ejemplar inaugura una sección nueva de Tribuna con la que se comienza, y les informamos, que cada número irá firmado por una de las codirectoras, en este caso hemos optado por una temática de suma actualidad: «Un análisis de urgencia de la biometría utilizada para el registro de la jornada, resultado: categoría de datos de alto riesgo» a cargo de Elisa Cuadros Garrido.

Los títulos de artículos, todos ellos del máximo interés, son los siguientes:

1. «*El contrato fijo-discontinuo en la descentralización productiva»,* de Amparo Merino Segovia, que analiza esta modalidad contractual recientemente reformada y su incidencia en las últimas tendencias empresariales.

2. «*Relaciones laborales en el metaverso: un nuevo desafío para el derecho del trabajo»*, de Faustino Cavas Martínez realiza un riguroso análisis de esta realidad virtual, las posibilidades potenciales y su incidencia en la concepción del contrato de trabajo fuera de los cánones tradicionales.

3. «*La transición digital en las actuaciones de la Unión Europea sobre empleo tras la pandemia COVID-19*» de Carlos de Fuentes G.ª-Romero de Tejada que explica la política de empleo de la UE y su evolución en el contexto de pandemia y de Industria 4.0.

4. «*El acceso anticipado a la fuente de prueba digital y su aseguramiento en el orden jurisdiccional social*» de Ainhoa Goñi que analiza cuestiones de gran trascendencia con relación a la prueba electrónica en el proceso laboral: datos e información electrónica en poder de la contraparte para proponer posteriormente como fuente de prueba en el proceso laboral, y la posibilidad de adopción de medidas de aseguramiento de las pruebas obtenidas.

5. «El acceso al empleo público de personas con discapacidad por trastorno del espectro autista, a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha 140/2023, de 26 de mayo» de Carmen Delgado Garrido y Nuria María Garrido Cuenca que analizan el posible encuadramiento del trastorno del espectro autista en el requisito de la discapacidad intelectual para el acceso al empleo público.

6. «Una aproximación a la configuración legal del vigente régimen disciplinario de los empleados públicos y su aplicación al personal laboral al servicio de las administraciones» de Jose María Delgado Baidez que realiza una comparativa muy interesante sobre la potestad sancionadora entre funcionarios y personal laboral.

7. «La prevención de riesgos laborales: los problemas de interpretación entre las infracciones laborales y el delito» de Rosa María Gallardo que aborda la perspectiva penal de esta cuestión.

8. «La consolidación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y los mecanismos para su cumplimiento: la Directiva (UE) 2023/970» de Gratiela Moraru, con un análisis exhaustivo de esta reciente normativa europea desde la perspectiva de género .

9. «Trabajo decente: de la teoría a la práctica de unas condiciones de trabajo mínimas» de Olga Lenzi que analiza la prestación digna.

10. «La técnica del acomodo razonable en el empleo de símbolos religiosos en el ámbito de la empresa» de José María Roales que nos sintetiza cómo compaginar religión y trabajo a través de un método implantado fuera de la UE.

A continuación, finalizamos con seis reseñas a monografías publicadas a lo largo de 2023.

Finalmente, no me queda otra que desearles buena lectura del número 3 de Justicia & Trabajo y decirles que:

¡Felices Fiestas y próspero 2024!

Alejandra Selma Penalva
Codirectora Revista Justicia & Trabajo

Revista Justicia & Trabajo, n.º 3, julio-diciembre 2023
ISSN: 2952-1955

UN ANÁLISIS DE URGENCIA DE LA BIOMETRÍA UTILIZADA PARA EL REGISTRO DE LA JORNADA, RESULTADO: CATEGORÍA DE DATOS DE ALTO RIESGO

AN URGENT ANALYSIS OF THE BIOMETRICS USED TO RECORD THE DAY, RESULT: HIGH-RISK DATA CATEGORY

M.ª Elisa Cuadros Garrido
Codirectora Revista Justicia & Trabajo
https://orcid.org/0000-0003-0297-5330

Enviado el 17 de mayo de 2024; aceptado el 17 de mayo de 2024.

I. DELIMITACIÓN

Los sistemas de registro horario utilizados por las empresas son muy diversos: fichar de manera telemática, utilización de tarjetas personales u otros tipos de objetos token en un sistema de marcado, uso de códigos personales, sistemas de videovigilancia donde quede constancia de la hora de entrada o salida, el control biométrico, etc.[1] La cuestión es que en base a la interpretación actual de la normativa de protección de datos, se aconseja la desinstalación de los medios de control del trabajador más intrusivos por riesgo potencial de los derechos fundamentales del empleado y de posibles sanciones por la AEPD.

1 La forma de proceder de los llamados sistemas de autenticación por posesión y por conocimiento, respectivamente, se realiza a través de un método tradicional de identificación personal que efectúa la autenticación del individuo a través de algo que se posee (una llave, una tarjeta de identificación, etc.), y/o se sabe (una clave, un PIN, etc.). Sin embargo, un sistema biométrico constituye un método de reconocimiento en el que la identidad de un individuo es determinada a partir de alguna de sus características fisiológicas o de comportamiento.

La creciente demanda de acceso a los servicios de la Sociedad de la Información ha dado lugar en las últimas décadas a la aparición de una rama de la Tecnología denominada autenticación biométrica o, simplemente, biometría[2]. El Reglamento General Protección Datos (RGPD)[3] define en su art. 4.14 «los datos biométricos» como aquellos «datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos».

El Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo[4] regula en el Capítulo III «Medidas de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo», y en el art. 10 estableció por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, únicamente existía la obligación de registro para el caso de que el trabajador tuviera un contrato a tiempo parcial[5] o realizase horas extraordinarias art. 35.5 Estatuto de los Trabajadores[6], (ET). A través de una modificación del art. 34 del ET, añadiendo un nuevo apartado 9, el registro horario se introdujo en la norma

2 Un sistema biométrico podría definirse como «un sistema automático que permite el reconocimiento de seres vivos a través de sus rasgos inherentes». Una clasificación sencilla de las tecnologías biométricas se realiza en función de las características de estas: 1.º) Rasgos fisiológicos. Son aquellos que corresponden a características estáticas diferenciadoras del cuerpo humano de índole principalmente física. Ejemplos de ello son la huella dactilar, iris y retina, geometría de la mano, reconocimiento facial. 2.º) Rasgos de comportamiento. Son rasgos que están más relacionados con la conducta de la persona corresponden a características dinámicas. A esta categoría pertenecerían, por ejemplo, firma manuscrita, tecleo, paso, voz… Los principales componentes que se pueden identificar en un sistema biométrico son: 1.º) El sensor. Es el dispositivo de captura de los rasgos o características biométricas. Para registrar y convertir los rasgos biométricos en datos de computador se necesitan sensores adecuados. 2.º) El repositorio. Es la base de datos donde se almacenan las plantillas biométricas inscritas para su comparación. Estas plantillas, deberían protegerse en un área física segura, cifradas y firmadas digitalmente. 3.º) Los algoritmos para extracción de características (procesamiento) y comparación.

3 REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos.

4 Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. «BOE» núm. 61, de 12 de marzo de 2019, páginas 23156 a 23181.

5 Art. 12.4, apartado c) del ET señala que «la jornada de los trabajadores a tiempo parcial se registrará día a día y se totalizará mensualmente, entregando copia al trabajador, junto con el recibo de salarios, del resumen de todas las horas realizadas en cada mes, tanto las ordinarias como las complementarias».

6 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE, núm. 255, de 24/10/2015. Como se especifica en el apartado V de la Exposición de motivos del citado Real Decreto Ley 8/2019, el propósito de la obligación establecida tiene como objetivo garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como medio para corregir la situación de precariedad, bajos salarios y pobreza que afecta a muchos de los trabajadores que sufren los abusos en su jornada laboral.

laboral[7]. En relación con el control de acceso con fines laborales, éste se suele fundamentar en la previsión contenida en el art. 20.3[8] del ET. La norma no detalla cómo se puede llevar a cabo el registro, limitándose a señalar que se debe realizar de manera diaria e incluir el momento de inicio y la finalización de la jornada, la concreción de dicho extremo se remite a la negociación colectiva, o en su caso, al acuerdo de empresa.

El mayor problema que pueden plantear los datos biométricos en relación con el control empresarial es la posible colisión con los derechos fundamentales de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos. Respecto al grado de afectación en el empleado de estas tecnologías, se nos afirma, ahora por la AEPD, que hay que optar en el registro de la jornada con una evaluación de alternativas equivalentes y menos intrusivas que las biométricas, se recomienda que se exploraren opciones que no sean únicamente tecnológicas. Ya hace más de una década se afirmó que cabía predecir que, salvo escasas situaciones en las que pudiera apreciarse una necesidad real de implantar un sistema de seguridad muy estricto, el resultado del «juicio de proporcionalidad» en la mayor parte de casos posiblemente derivaría en una conclusión contraria[9].

La AEPD no duda en afirmar que los distintos productos disponibles en el mercado para la recogida de datos biométricos que registran dichos datos con una precisión, detalle o frecuencia que están muy por encima de las necesidades de un determinado tratamiento específico y vulneran el principio de minimización recogido en el art. 5 RGPD[10].

Por su parte, la jurisprudencia ha resuelto litigios en relación con los medios que están utilizando las empresas para hacer efectiva esta obligación, sirva como botón de muestra, la STJUE de 14 de mayo de 2019, Gran Sala, C-55/2018 *Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra Deutsche Bank*[11], que considera contraria al Derecho de la

7 «La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de presencia. La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social».

8 El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad».

9 Selma Penalva, Alejandra: «El control de accesos por medio de huella digital y sus repercusiones prácticas sobre el derecho a la intimidad de los trabajadores», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 3, 2010.

10 Art. 5 apartado 1 letra c), RGPD recoge que los datos serán: «adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados («minimización de datos»);» El considerando 39 explica muy claramente que unos datos que no son necesarios para cumplir con la finalidad del tratamiento no deben ser tratados: «…Los datos personales solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios…»

11 STJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/2018 (ECLI:EU:C:2019:402). El auto de la AN 19 enero 2018 (ECLI:ES:AN:2018: 2.ª) planteó cuestión prejudicial al TJUE en el sentido de si resultaba exigible no

Unión, en concreto, la Directiva 2003/88/CE respecto a la Ordenación del tiempo de trabajo[12], con la regulación española en la que en aquel momento no contemplaba, expresamente, la obligación empresarial de llevar un registro de la jornada diaria[13]. Cabe precisar que para el TJUE es necesario implantar «un sistema objetivo, fiable y accesible» de registro horario; se ha de adoptar por parte del empresario un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal, a fin de que se respeten los períodos mínimos de descanso y para impedir que se sobrepase la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. Y el TJUE considera *idóneo* un sistema de registro de jornada como instrumento objetivo.

Para la AEPD, los datos biométricos siempre han sido son datos personales, porque cumplen las de notas definición de dato personal, pero en lo que se ha evolucionado es en el grado de calificación de ese dato y en consecuencia de protección de este. Como norma general, el uso de la biometría para las exigencias generales de seguridad de los bienes y las personas no puede considerarse un interés legítimo que prevalezca sobre los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado. Por el contrario, el tratamiento de datos biométricos solo puede justificarse como un instrumento necesario para asegurar los bienes o las personas cuando se disponga de pruebas, sobre la base de las circunstancias objetivas y documentadas, de la existencia de un riesgo considerable.

La Agencia Española de Protección de Datos publicó en mayo de 2021 la guía «La Protección de Datos en las Relaciones Laborales»[14], en la que se abordaba en el apartado «Los datos biométricos» del capítulo 4.6 el empleo de biometría en la implementación de los tratamientos de registro de presencia, en el texto se interpretaba la autenticación biométrica fuera de las categorías especiales de datos[15].

sólo a los trabajadores a tiempo parcial, ferroviarios, de marina mercante y trabajadores móviles, sino también a los empleados a tiempo completo, la existencia de un control diario de la jornada trabajada y de los excesos de jornada.

12 DIRECTIVA 2003/88/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, DOUE 18-11-2003, L 299/9.

13 Esta sentencia, sin duda, vino avalar la reforma operada por Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo.

14 *https://www.aepd.es/documento/la-proteccion-de-datos-en-las-relaciones-laborales*

15 En su informe de 2021 la AEPD distinguía dos clases de usos de los datos biométricos:
-*Identificación biométrica*: la identificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparar sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la identificación) con una serie de plantillas biométricas almacenadas en una base de datos (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-varios).
-*Verificación/autenticación biométrica*: la verificación de un individuo por un sistema biométrico es normalmente el proceso de comparación entre sus datos biométricos (adquiridos en el momento de la verificación) con una única plantilla biométrica almacenada en un dispositivo (es decir, un proceso de búsqueda de correspondencias uno-a-uno). La AEPD sostenía con carácter general, que los datos biométricos únicamente tendrán la consideración de categoría especial de datos en los supuestos en que se sometan a tratamiento técnico dirigido a la identificación biométrica (uno-a- varios) y no en el caso de verificación/autenticación biométrica (uno-a-uno).

II.CAUSANTES DEL CAMBIO

2.1. Comité Europeo de Protección de Datos

El Comité Europeo de Protección de Datos[16] (CEPD), a través de *las Directrices 05/2022*[17] *sobre el uso de técnicas de reconocimiento facial en el ámbito de la aplicación de la ley,* estableció, finalmente, en mayo de 2023, que los datos biométricos siempre serán datos de categoría especial, tanto los supuestos de identificación como de autenticación. Las implicaciones de esta interpretación por parte del CEPD son de envergadura, ya que determinan que, para poder llevar a cabo cualquier tratamiento de datos biométricos, tanto identificación como autenticación, se exige la concurrencia no solo de alguno de los supuestos recogidos en el art. 6.1 del RGPD relativos a licitud del tratamiento de datos, sino también de alguna de las circunstancias previstas el art. 9.2[18] del RGPD.

16 Antes era el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT29). El Comité Europeo de Protección de Datos fue creado en 2018, su misión esencial es garantizar que el Reglamento General de Protección de Datos y la Directiva sobre protección de datos en el ámbito penal se apliquen de manera coherente en los países de la UE, así como en Noruega, Liechtenstein e Islandia.
https://european-union.europa.eu/institutions-law-budget/institutions-and-bodies/search-all-eu-institutions-and-bodies/european-data-protection-board-edpb_es

17 *Guidelines 05/2022 on the use of facial recognition technology in the area of law enforcement* https://edpb.europa.eu/system/files/2023-05/edpb_guidelines_202304_frtlawenforcement_v2_en.pdf Adoptadas el 12 de mayo de 2022 y sometidas a consulta pública hasta el 22 de junio 2022. Aprobadas el 17 de mayo de 2023, habiendo actualizado y añadido algunas recomendaciones. El CEPD pese a distinguir en el punto 10 de las directrices (página 7) igualmente dos supuestos en las técnicas biométricas:
-Autenticación, con el fin de verificar que una persona es quien dice ser. En este caso, el sistema comparará una plantilla o muestra biométrica pregrabada, como la de una persona que se presente en un puesto de control, para verificar si se trata de una y la misma persona. Por lo tanto, esta funcionalidad se basa en la comparación de dos plantillas, uno a uno.
-Identificación, dirigida a encontrar a una persona entre un grupo de individuos, en un área específica, una imagen o una base de datos. En este caso, el sistema debe realizar una prueba en la muestra biométrica capturada para generar una plantilla biométrica y comprobar si coincide con una persona conocida por el sistema. Por lo tanto, esta funcionalidad se basa en comparar una plantilla con una base de datos de plantillas o muestras, uno a varios. Y en el punto 12 de las directrices (página 8) establece: «Si bien ambas funciones (autenticación e identificación) son distintas, ambas se relacionan con el tratamiento de datos biométricos relacionados con una persona física identificada o identificable y, por lo tanto, constituyen un tratamiento de datos personales y, más específicamente, un tratamiento de categorías especiales de datos personales».

18 Art. 9.2 RGPD» 2. El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes:
a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado;
b) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la se-

Las actividades que supone la biometría; identificación y autenticación, son operaciones que no están definidas en el RGPD, no obstante, sí que se encuentran reguladas en otra normativa de ámbito europeo como es el Reglamento 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014[19], conocido comúnmente como *Reglamento eIDAS*[20], en su art. 3 del se definen los términos de la siguiente manera:

– «Identificación electrónica», el proceso de utilizar los datos de identificación de una persona en formato electrónico que representan de manera única a una persona física o jurídica o a una persona física que representa a una persona jurídica.

---

guridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado;
c) el tratamiento es necesario para proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física, en el supuesto de que el interesado no esté capacitado, física o jurídicamente, para dar su consentimiento;
d) el tratamiento es efectuado, en el ámbito de sus actividades legítimas y con las debidas garantías, por una fundación, una asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que el tratamiento se refiera exclusivamente a los miembros actuales o antiguos de tales organismos o a personas que mantengan contactos regulares con ellos en relación con sus fines y siempre que los datos personales no se comuniquen fuera de ellos sin el consentimiento de los interesados;
e) el tratamiento se refiere a datos personales que el interesado ha hecho manifiestamente públicos;
f) el tratamiento es necesario para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones o cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial;
g) el tratamiento es necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado;
h) el tratamiento es necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros o en virtud de un contrato con un profesional sanitario y sin perjuicio de las condiciones y garantías contempladas en el apartado 3;
i) el tratamiento es necesario por razones de interés público en el ámbito de la salud pública, como la protección frente a amenazas transfronterizas graves para la salud, o para garantizar elevados niveles de calidad y de seguridad de la asistencia sanitaria y de los medicamentos o productos sanitarios, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros que establezca medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos y libertades del interesado, en particular el secreto profesional,
j) el tratamiento es necesario con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, de conformidad con el art. 89, apartado 1, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado».

19 REGLAMENTO (UE) No 910/2014 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, DOU 28-8-2014 L 257/73.

20 El Reglamento *eIDAS* pretende ayudar a las empresas, los ciudadanos y las autoridades a llevar a cabo interacciones electrónicas seguras y sin fisuras.

– «Autenticación», un proceso electrónico que posibilita la identificación electrónica de una persona física o jurídica, o del origen y la integridad de datos en formato electrónico.

La norma considera a la autenticación como un proceso electrónico que posibilita la identificación. De una manera informal o intuitiva, cabe explicar el concepto de identificación como el proceso por el cual se reconoce a un individuo particular dentro de un grupo, comparándose los datos del individuo que se desea identificar con los datos de cada individuo en el grupo (uno-a-varios). La verificación o autenticación sería el proceso de probar que es cierta la identidad reclamada por un individuo, comparándose los datos del individuo únicamente con los datos asociados a la identidad reclamada (uno-a-uno).

La consideración de categoría especial de datos debe interpretarse de manera amplia. El art. 9.1 del RGPD establece que categorías especiales de datos son aquellos que «revelen» cierto tipo de información. El concepto «revelen» debe entenderse en el sentido que, además de los datos que por su naturaleza contienen información sensible, también constituyen categorías especiales los datos de los que *puede deducirse* información sensible relativa a una persona. En apoyo de esta afirmación, se manifestó hace dos décadas[21] la STJUE 8 6 noviembre 2003, *Bodil Lindqvist*, C-101/01[22], «con relación al propósito de la Directiva de Protección de Datos[23], en relación con la expresión «datos relativos a la salud» el tribunal consideraba que debía tener una interpretación amplia para incluir la información concerniente a todos los aspectos, físicos y mentales, de la salud de un individuo».

La concepción de los datos biométricos como categorías especiales de datos, debe tener en cuenta la posibilidad de que, mediante el análisis biométrico, se puedan inferir y recoger otras categorías especiales de datos y, en particular, datos relativos a la salud o datos que revelen el origen racial o étnico entre otros. La especial protección que establece el RGPD en su art. 9 a determinadas categorías de datos[24] deriva del impacto que el tratamiento de estos datos puede tener en los derechos fundamentales y libertades de las personas. Únicamente cabe excepcionar la prohibición de tratamiento de los datos de categoría especial cuando concurra alguna de las circunstancias que se especifican en el apartado 2 del art. 9 del RGPD. El responsable tiene la obligación de valorar muy seriamente y con diligencia si

21 La conducta que consiste en hacer referencia, en una página web, a diversas personas y en identificarlas por su nombre o por otros medios, como su número de teléfono o información relativa a sus condiciones de trabajo y a sus aficiones, constituye un «tratamiento total o parcialmente automatizado de datos personales» en el sentido del art. 3, apartado 1, de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
2) Un tratamiento de datos personales de esta naturaleza no está comprendido en ninguna de las excepciones que figuran en el art. 3, apartado 2, de la Directiva 95/46.

22 STJUE 8 TJUE, 6 noviembre 2003, Bodil Lindqvist, C-101/01 (ECLI:EU:C:2003:596).

23 Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, DOC núm. 281, de 23 de noviembre de 1995, páginas 31 a 50.

24 Art. 9 RGPD «Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física».

tiene una razón sólida para tratar categorías especiales que aparezca enumerada en dicho art. 9.2 del RGPD. El interés legítimo, la ejecución de un contrato o medidas precontractuales no se encuentran entre las excepciones enumeradas.

En el art. 9 del RGPD, apto. 2, letra b), se levanta la prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos cuando «el tratamiento es necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo con arreglo al Derecho de los Estados miembros que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado».

Cabe indicar que la mención a la autorización por el Derecho de los Estados miembros de la UE debe entenderse referida, en el caso del Estado Español, a la existencia de una norma previsora de rango legal[25] en consonancia con lo dispuesto en el art. 53.1 de la Constitución Española, por tratarse del desarrollo de un derecho, el de la protección de datos personales, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.4 CE.

Por último, quedar poner de relieve que la conclusión del CEPD es totalmente contraria, a la que se alcanzó en octubre de 2023 por parte de la autoridad de protección de datos británica, *Information Comissioner's Office* (ICO) que, consideró que si se proporciona un método alternativo para aquellos empleados que deseen optar por no usar datos biométricos, y los trabajadores no están en desventaja con dicha decisión, el consentimiento es la base legal más probable para aplicar al uso de datos biométricos para el control de acceso.

25 La STC núm. 76/2019, de 22 de mayo, precisa que la norma legal debe reunir todas las características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, expresando todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención, de forma que las limitaciones del derecho fundamental establecidas por una ley pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad.

2.2. STJUE 22 junio 2023 C-579/21, Pankki

La STJUE de 22 de junio de 2023, C-579/21, *Pankki*[26], pese a ser muy reciente, su relevante doctrina ya ha sido retirada por el TJUE en varias ocasiones por incumplimiento de la normativa de protección de datos, mereciendo destacarse las SSTJUE 7 diciembre 2023 C-634/21 *Land Hessen*[27], 26 octubre 2023 C-307/2022[28].

La STJUE 22 junio 2023 C-579/21, resuelve la reclamación de un empleado y cliente del banco *finés Suomalainen Pankki*[29] que había detectado que por parte de personal de su

26 STJUE (Sala Primera) 22 junio 2023, C-579/21, *Pankki* (ECLI:EU:C:2023:501).

27 STJUE (Sala Primera) 7 diciembre 2023 C-634/21, (ECLI:EU:C:2023:957). Se plantea cuestión prejudicial por el tribunal alemán *Verwaltungsgericht Wiesbaden* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Wiesbaden) sobre si se infringe el art. 22 del RGPD por la negativa a instar la financiera SCHUFA Holding AG a que accediera a la solicitud presentada por OQ al objeto de tener acceso a determinados datos personales que la concernían y de suprimirlos porque se basaban en Inteligencia Artificial (IA) (Decisiones individuales automatizadas, elaboración de perfiles) y tal información podía perjudicar al interesado para futuros préstamos. Se declara que se lesiona el art. 22 RGPD ya que «la generación automatizada, por una agencia de información comercial, de un valor de probabilidad a partir de datos personales relativos a una persona y acerca de la capacidad de esta para hacer frente a compromisos de pago en el futuro constituye una «decisión individual automatizada», en el sentido de la mencionada disposición, cuando de ese valor de probabilidad dependa de manera determinante que un tercero, al que se comunica dicho valor, establezca, ejecute o ponga fin a una relación contractual con esa persona».

28 STJUE (Sala Primera) 26 octubre 2023 C- 307/2022 (ECLI:EU:C: 2023:811). Se plantea cuestión prejudicial por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal de lo Civil y Penal, Alemania). El litigio entre FT y DW, en versa en relación con la negativa de FT, dentista, de facilitar a su paciente gratuitamente una primera copia de su historia clínica. El TJUE recoge no se permite adoptar una normativa nacional que, con el fin de proteger los intereses económicos del responsable del tratamiento, imponga al interesado los gastos de una primera copia de sus datos personales objeto del tratamiento. Ya que en el marco de una relación médico-paciente, el derecho a obtener una copia de los datos personales objeto de tratamiento implica que se entregue al interesado una reproducción fiel e inteligible de todos esos datos. Este derecho conlleva el de obtener una copia íntegra de los documentos recogidos en su historia clínica que contengan, entre otros, dichos datos, si la entrega de tal copia es necesaria para permitir al interesado verificar su exactitud y exhaustividad, así como para garantizar su inteligibilidad. Por lo que respecta a los datos relativos a la salud del interesado, este derecho incluye, en todo caso, el de obtener una copia de los datos de su historia clínica que contengan información como diagnósticos, resultados de exámenes, evaluaciones de facultativos y cualesquiera tratamientos o intervenciones practicadas».

29 Al albergar dudas sobre la licitud de esas consultas, el trabajador, que entretanto había sido despedido de su puesto en S-Pankki, solicitó, el 29 de mayo de 2018, que le comunicara la identidad de las personas que habían consultado sus datos como cliente, las fechas exactas de las consultas y los fines del tratamiento de dichos datos. En su respuesta de 30 de agosto de 2018, Pankki, se negó a comunicar la identidad de los trabajadores que habían llevado a cabo las operaciones por considerar que esa información constituía datos personales de esos trabajadores. el Supervisor Adjunto de Protección de Datos denegó la solicitud de J. M. Explicó que el objeto de tal solicitud era permitirle acceder a los datos de protocolo de los empleados que habían tratado sus datos, cuando, en virtud de su práctica decisoria, tales archivos no constituyen datos personales relati-

empleadora se había accedido al registro del fichero de sus datos en la entidad financiera. Los datos de protocolo cuyo acceso fue denegado al trabajador correspondían a registros de actividades, en el sentido del art, 30 del RGPD y, posteriormente, fue despedido. En el procedimiento prejudicial[30] se cuestiona el alcance del derecho de acceso a la información del RGPD, art. 4 y 15, en sus apartados 42 a 46. El TJUE *secciona* varios términos que considera claves y son los siguientes:

– La expresión *toda información* en la definición del concepto de *datos personales*, del art. 4.1 RGPD, pone de relieve que el objetivo del legislador de la UE de atribuir al término un significado muy amplio, que puede abarcar todo género de información, tanto objetiva como subjetiva, en forma de opiniones o apreciaciones, siempre que sean *sobre* la persona en cuestión[31]; una información se refiere a una persona física identificada o identificable cuando, debido a su contenido, finalidad o efectos, la información está relacionada con una persona identificable.El carácter *identificable*[32] de una persona, supone que una definición amplia del concepto de *datos personales* que abarca los datos recabados y conservados por el responsable del tratamiento, e incluye toda la información resultante de un tratamiento de datos personales que se refiera a una persona identificada.

– El concepto de *tratamiento*, tal como se regula en el art. 4, punto 2, del RGPD, supone *cualquier operación*, esto significa productos aplicados a datos personales o conjuntos de datos personales, que comprenden, entre otras cosas, la recogida, el registro, la conservación o incluso la consulta.

La primera cuestión prejudicial que se plantea es en relación con el ámbito de aplicación temporal del RGPD. Se considera aplicable la normativa a la solicitud de acceso a la información del empleado del banco *Pankki* ya que, aunque las operaciones de tratamiento a que se refiere la solicitud se habían efectuado antes de la fecha en que empezó a ser aplicable el RGPD, la petición del trabajador se presentó después su entrada en vigor.

Respecto a la doble condición de persona trabajadora y cliente de un banco que el tribunal que plantea la cuestión prejudicial había preguntado si influía como exención del deber de información, el TJUE responde que no concurre, así declara en el hecho de que el responsable del

vos al interesado, sino a los empleados que trataron los datos de esa persona. J. M. interpuso un recurso contra esa decisión ante el órgano jurisdiccional remitente. El órgano en cuestión, *Itä-Suomen hallinto-oikeus* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia Oriental, Finlandia), plantea cuestión prejudicial y pregunta si la comunicación de los datos de protocolo generados con ocasión de las operaciones de tratamiento, que contienen tal información, en particular, la identidad de los empleados del responsable del tratamiento está comprendida en el ámbito de aplicación del art. 15 RGPD, dado que esos archivos podrían resultar necesarios para que el interesado pudiera apreciar la licitud del tratamiento de que han sido objeto sus datos.

30 A petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al art. 267 TFUE, por el *Itä-Suomen hallinto-oikeus* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Finlandia Oriental, Finlandia), mediante resolución de 21 de septiembre de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 22 de septiembre de 2021.

31 Como ya decía la STJUE 4 mayo 2023, Österreichische Datenschutzbehörde y CRIF, C-487/21, EU:C:2023:369, apartado 23).

32 El considerando 26 del RGPD precisa que deben tenerse en cuenta *todos los medios, como la singularización, que razonablemente pueda utilizar el responsable del tratamiento o cualquier otra persona para identificar directa o indirectamente a la persona física.*

tratamiento desarrolle un negocio bancario en el marco de una actividad reglada y de que la persona cuyos datos personales fueron tratados en su condición de cliente del responsable del tratamiento también fuera empleada de ese responsable no tiene efectos jurídicos, en principio, en el alcance del derecho del que goza ese interesado en virtud de la citada disposición[33].

El TJUE afirma que el art. 30, apartado 4, del RGPD regula que se pondrán a disposición los datos solicitados de la autoridad de control que lo solicite cuestión que en el supuesto enjuiciado que no se cumplió. El empleado del banco *Pankki* tenía derecho a la información relativa a las operaciones de consulta de sus datos personales, a las fechas y a los fines de estas operaciones, porque tal extremo constituye información que tiene el derecho a obtener del responsable del tratamiento según el RGPD. Por el contrario, a la información relativa a la identidad de los empleados que llevaron a cabo esas operaciones, no se tiene derecho salvo que la excepción concurra concurra[34].

2.3. Tribunal Supremo

2.3.1. Precedentes

La doctrina de la Sala III de la STS 2 de julio de 2007[35] recogió lo siguiente: «La novedad o complejidad de un sistema de biometría, no lo convierte en lesivo de los derechos fundamentales y que el recurso a la tecnología escogida es plenamente admisible al no haber norma que lo prohíba, no se aportan elemento alguno que pruebe que dicho sistema fuera nocivo para la salud».

En el orden social, la STS 19 diciembre 2005[36] anuló un sistema de biometría en la empresa por haberse saltado el trámite de audiencia al comité de empresa, mientras que la STS 16 septiembre 2015[37] se pronunció sobre la pausa del bocadillo de veinte minutos, tras la implantación de un sistema de biometría por huella dactilar, que había sustituido a un sistema anterior de acceso al trabajo por tornos, pero no cuestionó el nuevo mecanismo de control, porque el conflicto colectivo versaba sobre la pérdida de ese tiempo como parte de la jornada de trabajo. Por último, la STS 2 febrero 2017[38] válida la utilización por parte de un gimnasio de cámaras de videovigilancia al conocer el trabajador su existencia en el centro de trabajo, como dato curioso, hay que mencionar que todos los socios del establecimiento accedían al mismo por biometría. Estos ejemplos, nos ponen de relieve que la cuestión que nos ocupa, no se ha enjuiciado por la Sala IV del TS como principal, desde el punto de vista de la posible lesión de esos datos biométricos a los derechos fundamentales del trabajador. Pero los pronunciamientos *ut infra*, validan mecanismos de registro de jornada favorables al trabajador y no intrusivos, por lo que no resulta arriesgado afirmar que el TS, aún sin haberse pronunciado de manera expresa como sin duda hará, opta por otros medios más suaves, en consonancia con la doctrina TJUE, como el Alto Tribunal recoge.

33 Considerando 89.

34 A menos que esa información sea indispensable para permitir al interesado ejercer efectivamente los derechos que le confiere el RGPD y siempre bajo la condición de que se tengan en cuenta los derechos y libertades de esos empleados.

35 STS 2 de julio de 2007, rec. 5017/2003.

36 STS 19 diciembre 2005 rec.138/2005

37 STS 16 septiembre 2015, rec. 330/2014, (ECLI:ES:TS:2015:4417).

38 STS 2 febrero 2017 (ECLI:ES:TS: 2017:817).

2.3.2. Caso Zurich

La STS 5 abril 2022[39] confirma la SAN 29 octubre 2019[40] y declara válido el pacto suscrito entre empresa y la mayoría sindical se acuerda que el registro de la jornada consista en el acceso por parte de la persona trabajadora al ordenador asignado introduciendo el usuario o al conectarse a la red vía VPN. Además, se aplica un factor corrector genérico, de 2 horas/día en jornada partida y 30 minutos/día en jornada continuada, para contemplar descansos, pausa para la comida y/o desayuno, permisos no retribuidos, cualquier clase de pausa o descanso, etc.

2.3.3. Caso CECA

La STS 18 enero 2023[41] considera que cumple los requisitos de ser objetivo, fiable y accesible el auto registro telemático de la jornada implantado por la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA) conforme exige la STJUE 14 mayo 2019 (asunto C-55/18). Es acorde con la normativa que sea el propio trabajador el que haya de reflejar diariamente en la aplicación informática de la empresa las horas de inicio y finalización de la jornada de trabajo, las interrupciones y periodos de descanso, pues lo riesgos potenciales que se invocan no pueden erigirse como determinantes de la validez del sistema, teniendo en cuenta las particularidades propias de cada sector de actividad e incluso las especificidades de determinadas empresas. En consecuencia, se valida, el acuerdo de registro de jornada entre empresa y sindicatos firmantes del convenio sobre el modelo auto declarativo, al considerarlo objetivo y fiable (SAN 9 diciembre 2020[42]).

2.4. Autoridad Catalana de Protección de Datos

El Dictamen 2/2022[43], de la Autoridad Catalana de Protección de Datos[44], recoge que el consentimiento del personal no puede considerarse una base jurídica adecuada para la implantación de un sistema de control horario mediante reconocimiento facial, porque *dado que no puede considerarse que en el caso planteado pudiera existir un consentimiento realmente libre*. En cualquier caso, La Autoridad Catalana considera que antes de la implantación de un sistema de estas dimensiones, es preciso hacer una evaluación del impacto sobre la protección de datos a la vista de las circunstancias concretas en que se lleve a cabo el tratamiento para determinar la licitud y la proporcionalidad, incluida el análisis de la existencia de alternativas menos intrusivas, y establecer las garantías adecuadas que «la afectación por el derecho a la protección de datos que se derive de la norma debe ser previsible» y que «no se puede considerar previsible la norma si no concreta la posibilidad de utilizar datos biométricos con el fin de realizar el control horario».

39 STS 5 abril 2022, rec.7/2020 (ECLI:ES:TS:2022:1434).

40 SAN 29 octubre 2019, proc. núm. 188/2019 (ECLI:ES:AN: 2019:4065).

41 STS 18 enero 2023, rec. núm. 78/2021 (ECLI:ES:TS: 2023:85).

42 SAN 9 diciembre 2020 Proc. 218/2020, (ECLI:ES:AN:2020:3596).

43 Dictamen en relación con la consulta formulada por un Ayuntamiento relativa a la conformidad con la normativa de protección de datos del uso de dispositivos de control de presencia en el puesto de trabajo mediante reconocimiento facial.

44 https://apdcat.gencat.cat/web/.content/Resolucio/Resolucions_Cercador/Dictamens/2022/Documents/es_cns_2022_002.pdf

2.5. Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía

El Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía, en su Dictamen 1/2023[45], «Relativo al tratamiento de categorías especiales de datos biométricos mediante el uso de dispositivos de reconocimiento facial y/o huella dactilar para el control horario del personal de un Ayuntamiento», concluye que en la actual normativa legal española no se contiene autorización suficientemente específica alguna para considerar necesario el tratamiento de datos biométricos con la finalidad de un control horario de la jornada de trabajo.

III. GUÍA DE LA AEPD SOBRE TRATAMIENTOS DE CONTROL DE PRESENCIA MEDIANTE SISTEMAS BIOMÉTRICOS NOVIEMBRE 2023

La Resolución AEPD de 21 de julio de 2022 del expediente 218/2021[46] declaró que la instauración de un sistema de registro diario de jornada laboral de los empleados a través de técnica de reconocimiento facial no era acorde al art. 18. 4 CE. La AEPD destacaba que en que no se trataba del primer tipo de reclamación que, por la técnica de biometría, habiendo resuelto algunas. Sin embargo, si era la primera vez que la cuestión estaba relacionada con el tratamiento de datos como entidad empleadora que decide utilizar el registro y almacenamiento de datos originados por el RF para la finalidad de registro diario de jornada laboral. Y concluía que el control horario de la jornada laboral diaria sólo alcanza a la obligación de realizarla, pero no a realizarla utilizando datos biométricos, y su uso, sin causa de excepción para el tratamiento,

Los precedentes anteriores han llevado a la AEPD a replantearse la situación y a la publicación en noviembre de 2023 de la guía AEDP sobre *Tratamiento de control de presencia mediante sistemas biométricos*[47] con la que modifica el anterior criterio de 2021, basándose en que no es obligatorio, ni recomendable, que la implementación de un tratamiento, se limite exclusivamente a la selección de recursos tecnológicos.

45 https://www.ctpdandalucia.es/sites/default/files/inline-files/dictamen-1-2023.pdf
46 https://www.aepd.es/documento/ps-00218-2021.pdf
47 *https://www.aepd.es/documento/guia-control-presencia-biometrico.pdf*

Entre las opciones de establecer un determinado tratamiento hay que considerar, entre otros, la utilización de recursos humanos, las garantías jurídicas y los procedimientos organizativos, en definitiva, se aboga por la introducción de un factor humano frente a una automatización del control de accesos en el puesto de trabajo. Cabe preguntarse la razón del cambio de criterio de la AEPD que se justifica en una relectura y replanteamiento del RGPD y fundamentalmente en los siguientes preceptos:

– **Art. 9.2.b**

Con relación al tratamiento en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, no solo exige que exista una habilitación legal o convenio colectivo, sino que impone en primer término el requisito de que el tratamiento sea «necesario».

– **Art. 9.2.b**

En todo caso, dicha ley —o convenio colectivo— que establece el tratamiento deberá respetar el principio de proporcionalidad,

– **Art. 9.2.a**

En relación con la excepción de control de presencia para registro de jornada, control de acceso con fines laborales o no, cabría considerar el levantamiento de la prohibición del tratamiento de datos biométricos por concurrencia de la prestación del consentimiento explícito por parte del interesado para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados. En el caso del registro de jornada laboral, como el interesado tiene la obligación de registrar su jornada, únicamente podría considerarse la existencia de un consentimiento libre a un tratamiento adicional de datos, en este caso biométricos, si el interesado dispone de una alternativa de libre elección para cumplir con dicha obligación. Cuando existan opciones realmente equivalentes y disponibles para todos los trabajadores, se podría estudiar si el consentimiento fuese válido, cumpliendo con los requisitos del art. 4.11 del RGPD y el resto de las condiciones del art. 7 del RGPD. Sin embargo, y respecto de este requisito de la posible «equivalencia de los tratamientos» hay que tener en cuenta que, si existen alternativas disponibles al tratamiento de datos biométricos que impliquen menor riesgo para los derechos y libertades de las personas cuyos datos personales se van a tratar, que permitan que en un momento dado todos los trabajadores opten por otras alternativas, el procesamiento de datos biométricos deja de ser necesario para la implementación del tratamiento. Al no ser necesario el tratamiento de datos biométricos, no se estaría cumpliendo con lo establecido en el art. 5.1.c del RGPD. Por lo tanto, en un tratamiento de registro de jornada implementado con técnicas biométricas el consentimiento del interesado no levanta la prohibición del tratamiento, con carácter general, al existir una situación en la que existe un desequilibrio con el responsable del tratamiento, como ocurre en el ámbito de una relación laboral (o administrativa/funcionarial), y no superaría la evaluación de necesidad, requisito para tratamientos de alto riesgo. Un tratamiento de alto riesgo requerirá del responsable la superación, previa al inicio de tratamiento, de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos establecida en el art. 35 del RGPD.

Para concluir, la Agencia recuerda que es indispensable que, con carácter previo a cualquier decisión de implantación de un sistema de control de presencia a través de sistemas biométricos, debe realizarse una Evaluación de Impacto para la Protección de Datos que incluya y también supere el principio de proporcionalidad superando los subprincipios de idoneidad[48], necesidad[49] y proporcionalidad en sentido estricto[50].

IV. ¡ADVERTENCIA!

La *Guía sobre tratamientos de control de presencia mediante sistemas biométricos* supone un nuevo criterio de la AEPD, tendrá un impacto significativo en las empresas que hayan optado por implementar sistemas biométricos para supervisar la presencia de sus trabajadores ya que justificar tales datos siendo de alto riesgo es una tarea harto difícil, sino imposible, por lo que, sin duda, se recomienda un cambio en el sistema de control de la jornada cambiando el biométrico por otro menos intrusivo.

48 De acuerdo con el concepto juicio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Y aplicándolo al control empresarial, si la medida del empleador es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, supera la idoneidad. De modo que se convierte, de inicio, en legítimo cualquier interés empresarial que pueda ser satisfecho por la medida de control; lo único que se precisa es adecuación.

49 El juicio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por la empresa, y otros medios alternativos que se pudieran haber escogido. En esta comparación se examina si alguno de los medios opcionales logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste el grado de idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última; y, en segundo término, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Es decir, que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito.

50 El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el procedimiento de aplicación jurídica mediante el cual se establecen las relaciones de prelación entre principios en colisión. Si la medida es ponderada o equilibrada, porque derivan de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios o valores en conflicto.

EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO EN LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Amparo Merino Segovia
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UCLM

Enviado el 17 de mayo de 2024; aceptado el 17 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. BREVE INTRODUCCIÓN. II. CONTRATO FIJO-DISCONTINUO, CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. III. ETT Y CONTRATO FIJO-DISCONTINUO. IV. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO. 4.1. Acerca de la posibilidad de concertar un fijo-discontinuo en régimen de parcialidad. 4.2. Algunas cuestiones relativas al llamamiento. 4.3. Plazo máximo de inactividad entre subcontratas y tiempos de espera entre contratos de puesta a disposición.

Palabras clave: Contrato fijo-discontinuo, llamamiento, periodo de preaviso, desistimiento, reincorporación, convenio colectivo, descentralización productiva.
Keywords: Fixed-discontinuous contract, call, reinstatement, collective agreement, productive decentralization.

Resumen: Con nuevos criterios en el marco jurídico de la contratación laboral destinados a reducir la temporalidad y a proporcionar mayor estabilidad en el empleo, la reforma laboral de 2021 ha redefinido el contrato fijo-discontinuo, ampliando su ámbito de aplicación. El régimen jurídico vigente y las frecuentes remisiones del artículo 16 ET a la negociación colectiva plantean nuevas problemáticas en el marco de la descentralización productiva, al extenderse el ámbito de aplicación de esta modalidad contractual a las contratas y subcontratas y las ETT.

Abstract: With new criteria in the legal framework of labor recruitment aimed at reducing temporality and providing greater stability in employment, the 2021 labor reform has redefined the fixed-discontinuous contract, expanding its scope. The current legal regime and the frequent references in article 16 ET to collective bargaining pose new problems in the context of productive decentralization, because the scope of application of this contractual modality has been extended to contracts-subcontracts and ETT.

I. BREVE INTRODUCCIÓN

Transcurridos más de 18 meses de la entrada en vigor del renovado contrato de trabajo fijo-discontinuo[1], no está de más hacer una parada, con enfoque jurídico, en su régimen legal y convencional, a partir de los fenómenos de descentralización productiva que en la ordenación vigente del art. 16 ET dan cobertura a esta figura contractual. Porque, como es sabido, el contrato fijo-discontinuo ha adquirido, a partir de sus parámetros conceptuales, otra dimensión en el marco de la externalización, con una ampliación acotada de los supuestos gestados por la norma para contratar al amparo de esta figura contractual. No se olvida, en todo caso, que el fijo-discontinuo abre diferentes problemáticas en un contexto en el que las contratas y subcontratas, muchas operadas a través de empresas multiservicios, avanzan de forma imparable por sus ventajas competitivas a las empresas, habiendo prosperado en determinados sectores el *outsourcing de la precariedad*[2], favorecido por la aplicación de normas convencionales propias y un régimen de responsabilidades de la empresa principal, a día de hoy insuficiente[3], sustentados en un acervo jurídico que, ante la inexistencia de unos «estándares de protección comunes sobre las condiciones de trabajo en régimen de subcontratación» parejos a los establecidos en la UE para las ETTs[4], no acaba de garantizar la igualdad de las condiciones laborales y de empleo entre las personas externalizadas y quienes prestan servicios para la empresa principal como plantilla propia.

En contraste, la regulación de las ETTs, así como las garantías que la LETT impone en relación con los derechos laborales de las personas trabajadoras puestas a disposición, parecen haber contraído el recurso a esta forma de externalización que, no obstante, sigue sosteniendo un significado volumen de actividad: en 2022, España seguía siendo el quinto país europeo con más personas trabajadoras de ETTs, cuantificadas hoy estas empresas en 264 registradas[5].

El fenómeno de la descentralización productiva, desde la perspectiva del empleo, mantiene su complejidad, advirtiéndose procesos de transmutación y desplazamiento de actores: de ETTs a multiservicios[6]; de suministro de mano de obra por ETTs a multiservicios; de for-

1 Con referencia a un nuevo modelo de contrato fijo-discontinuo, cuya regulación por obra del RD-L 32/2012, entró en vigor el 31-03-2022 —disp. final 8.ª RD-L 32/2021—, Goerlich Peset, J.M., «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos*, 2022, vol. 3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021, p. 60; Ballester Pastor, A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la* crónica, MTES, Madrid, 2022, p. 85; Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo tras la Reforma de 2021», *Temas Laborales,* núm. 161, 2022, p. 218, y; López Balaguer, M., «El nuevo contrato fijo-discontinuo», *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 13, 2023, p. 3.

2 Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C., «La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso», *RDS,* núm. 95, 2022.

3 De La Puebla Pinilla, A., «Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 444, 2020, pp. 125-156.

4 Esteve Segarra, A., «Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral. ¿Por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?», *RDS*, núm. 94, 2021, p. 41.

5 Sistema integral de gestión de empresas de trabajo temporal, MTES.

6 «De este modo, podría decirse que las empresas multiservicios están actualmente sustituyendo en el mercado a las ETT porque las empresas han optado por dejar de ser «usuarias» en el marco de

mación de grupos de empresas en los que se dan cita multiservicios, ETTs y empresas receptoras de tareas; o de creación por estas de sus propias contratas, con riesgo de suministro ilícito de mano de obra, cuando el objeto social de la contrata se funda en la mera puesta a disposición de personas trabajadoras[7].

Con nuevos criterios en el marco jurídico de la contratación laboral, destinados a reducir la temporalidad y a proporcionar mayor estabilidad en el empleo[8], la reforma laboral de 2021 no ha cerrado la contratación temporal en el marco de las contratas y subcontratas y ETTs, aunque sí ha obligado a estas empresas, que hasta su entrada en vigor usaban de forma mayoritaria y continuada el contrato de obra o servicio determinado, a redefinir sus esquemas de contratación y adaptarse a las modalidades que actualmente ofrecen los arts. 15 y 16 ET. Con el RD-L 32/2021, ETTs y contratas pueden cubrir sus necesidades con la empresa cliente con contratos de duración determinada e indefinidos ordinarios; pueden, asimismo, concertar contratos por sustitución y por circunstancias de la producción; también fijos-discontinuos.

La eliminación del contrato de obra y servicio y la contracción de la temporalidad por obra del RD-L 32/2021 han estrechado en 2023 el número de personas trabajadoras en ETTs[9] y reducido sensiblemente la oportunidad de celebrar contratos temporales en régimen de subcontratación; una opción, esta última, ya neutralizada a raíz de una doctrina judicial que fue evolucionando hasta llegar a la declaración de ilicitud del contrato de obra y servicio cuando su duración se anudaba al de la contrata, precisamente porque la empresa contratista funda la esencia de su actividad en la prestación de servicios para terceros[10]. La eliminación del

la relación triangular para pasar a ser 'principales' en el marco de la contrata de servicios», López Balaguer, M., «Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite», *Documentación Laboral*, núm. 110, vol. II, 2017, p. 59.

7 STSJ Castilla-La Mancha, 11-07-2013, rec. 188/2013.

8 Con consecuencia prácticas, de conformidad con los datos aportados por el INE, en 2022 —media de los cuatro trimestres del año—, que revelan que el total de contratos indefinidos era 13.606.000, de los que 501.000 eran fijos-discontinuos; de estos últimos, solo 45.000 personas trabajadoras estaban consideradas desempleadas. El total de personas asalariadas con contrato temporal era de 3.645.800; de ellas, 784.600 con contrato eventual por circunstancias de la producción. Estos datos evidencian los efectos del RD-L 32/2021 en la contratación laboral, cuando se contrastan con los de 2021: contratos indefinidos —12.455.800, de ellos 351.200 fijos-discontinuos—; temporales —4.169.800, de ellos 863.400 eventuales por circunstancias de la producción—. Debe tenerse presente, en todo caso, que, no obstante el crecimiento en 2022 en un 42 por 100 del contrato fijo-discontinuo, esta figura contractual tan solo representa un 3 por 100 del conjunto de las personas asalariadas del país, sin alcanzar el 4 por 100 del total de contratos indefinidos.

9 Una reducción en un 20 por 100 de las personas afiliadas a la Seguridad Social en el sector de las ETTs, llamado 'Actividades relacionadas con el Empleo' en el CNAE —reducción de hasta las 184.164 en febrero de 2023; un año antes había en torno a 45.300 personas trabajadoras más en este capítulo, 229.512 personas afiliadas—. Caen los contratos de puesta a disposición: en 2022 se registraron 3,6 millones de contratos, un 12 por 100 menos que en 2021. Datos del MISSM.

10 STS 29-12-2020, rec. 240/2018. Con anterioridad, la doctrina judicial que entendió apropiado que las empresas contratistas hicieran uso del contrato para obra o servicio determinado, dando la posibilidad de vincular su duración a la vigencia de la contrata, aun en los casos en los que la actividad desarrollada para la empresa principal lejos de ser esporádica u ocasional, o de ejecución limitada en el tiempo, tuviera carácter estructural. Esta regla general de admisibilidad impedía en tales circunstancias considerar el contrato celebrado en fraude de ley siempre que quedara supe-

contrato de obra y servicio, sumada a una mejor y más restrictiva delimitación del objeto del contrato por circunstancias de la producción, ha aminorado notablemente las posibilidades de que las empresas contratistas y las ETTs acudan a la contratación temporal. Es verdad, por otra parte, que las oportunidades de negocio de estas empresas, aún jurídicamente disminuidas, se mantienen con la reforma laboral de 2021, que las habilita para concertar contratos fijos-discontinuos; una posibilidad que, además de aportar determinados beneficios a estas empresas, permite dotar a sus plantillas de fijeza y mayor estabilidad.

Avanzando en el análisis del contrato fijo-discontinuo, conviene recordar que en su conformación actual se dan cita no solo los trabajos de naturaleza estacional y los vinculados a actividades productivas de temporada[11], así como otros que, sin tener tal consideración, son de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos ya sean determinados o indeterminados. También concurren en esta figura contractual los trabajos que consistan en «la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratas mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa», con posibilidad, asimismo, de que las ETTs den cobertura, a través del fijo-discontinuo, a contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diversas empresas usuarias —art. 16.1, párrs. 2 y 3—. Ambos supuestos son novedosos, por cuanto, como se verá, permiten la celebración del contrato fijo-discontinuo para la prestación de actividades que no tienen por qué encajar —o que no encajan en determinados casos— en los supuestos de hecho anteriormente mencionados —estacionalidad, temporada e intermitencia[12]—.

Se ha ensanchado el ámbito del contrato fijo-discontinuo para que pueda actuar como mecanismo de incorporación de las personas trabajadoras que ejecutan actividades productivas descentralizadas, ya sea a través de sucesivas contratas, ya mediante los contratos de puesta a disposición concertados por ETTs. Sin que exista, en estas circunstancias, en la versión revisada del art. 16 ET un régimen jurídico propio y singular para ETTs y contratas y subcontratas, aunque sí determinadas particularidades, en atención a la naturaleza de las tareas a desarrollar y a los periodos de inactividad entre contratos de puesta a disposición y contratas y subcontratas.

---

ditado al mantenimiento del vínculo mercantil por el que la contratista prestaba servicios para la empresa matriz (SSTS 20-07-2017, rec. 3442/2015-; 04-10-2017, rec. 176/2016-; 14-11-2017, rec. 2954/2015-; 20-02-2018, rec. 4193/2015, y; 17-04-2018, rec. 11/2016). Los riesgos de esta doctrina, advertidos por el TS, motivaron que, a finales de 2020, se produjera un cambio de orientación, con rectificación de la doctrina sostenida desde 1997 y que supuso el rechazo, a partir de entonces, como causa válida del contrato la necesidad temporal de mano de obra mantenida en tanto la contratista fuera adjudicataria de la contrata o concesión que motivó la contratación temporal (STS 29-12-2020, rec. 240/2018). Sobre la evolución del criterio judicial, Merino Segovia, A. y Grau Pineda, C., «La subcontratación de obras y servicios…», *op. cit.*

11 Las actividades productivas de temporada no tienen necesariamente que coincidir con determinados ciclos estacionales, aunque en muchas ocasiones esto sea así, Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2022, p. 137.

12 Goerlich Peset, J.M., «Contrato fijo-discontinuo…», *op. cit.*, p. 64. Con la nueva regulación, «la respuesta jurídica a la especial actividad que desempeñan las empresas contratistas pasa por permitir que la anterior cobertura de contratas a través del contrato temporal para obra o servicio se encauce ahora a través del contrato fijo-discontinuo», López Balaguer, M., «El nuevo contrato…», *op. cit.*, p. 9.

II CONTRATO FIJO-DISCONTINUO, CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

Permite el art. 16.1 ET, cuando una empresa se dedique con carácter habitual a la contrata, optar, bien por la contratación indefinida ordinaria, bien por la fija-discontinua[13]. «Podrá concertarse», dice el art. 16.1 ET; término que no admite interpretar que cuando se desarrolle la actividad en el marco de una contrata o subcontrata, ya sea mercantil, ya administrativa, con contrato de trabajo indefinido común es factible una novación contractual, por decisión unilateral de la empresa, transitando a un contrato fijo-discontinuo[14].

Admite la norma que la empresa celebre un fijo-discontinuo para la ejecución de trabajos en el marco de la ejecución de contratas, que, siendo previsibles, formen parte de su actividad ordinaria, con aplicación del periodo de inactividad previsto en el art. 16.4 ET. Si concierta un contrato indefinido ordinario aquella queda obligada, cuando finalice cada contrata, a recolocar a la persona trabajadora en otra; de no ser viable, cabe acudir a mecanismos de flexibilidad interna y, en última instancia, siempre que se den las condiciones legales, a un despido por causas económicas, técnicas organizativas o vinculadas a la producción[15].

No es deducible del precepto legal, a nuestro parecer, que son las características de la actividad a desarrollar en el seno de una contrata o subcontrata las que definen el contrato fijo-discontinuo. Es la contrata, en sí misma, la que actúa como habilitante para la suscripción del contrato, con independencia de la naturaleza de las tareas a ejecutar, siempre que sean previsibles. De ahí que no sea necesario que la actividad objeto de la contrata consista en la realización de trabajos estacionales o de temporada, o de prestación intermitente con perio-

13 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…, op. cit.*, p. 93, con referencia al redactado del art. 16 ET que dice podrá concertarse', lo que invita a considerar la libre opción de las empresas contratistas entre el fijo ordinario y el fijo-discontinuo.

14 Véase la reciente STSJ Galicia 15-09-2023, rec, 0002042/2023, sobre la conversión de un fijo ordinario en fijo-discontinuo: «en la regulación de la contratación atípica —y el de trabajo fijo discontinuo es un contrato laboral atípico porque no garantiza trabajar durante la jornada anual completa—», es común establecer «ciertas garantías asociadas al principio de voluntariedad, dirigidas a evitar que esa contratación sea impuesta por la empresa» […], «ni antes ni después de la reforma laboral de 2021», se establecen tales garantías en el art. 16 ET. Explica la sentencia que desde la perspectiva del Derecho de la UE, una persona fija-discontinua es una trabajadora a tiempo parcial, concluyendo que la conversión de un contrato fijo ordinario en un fijo-discontinuo «se somete al principio de voluntariedad» que se contempla en el Derecho de la UE para el trabajo a tiempo parcial, a cuyo tenor «el rechazo de un trabajador [o trabajadora] a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido». A juicio de la Sala, «la garantía de indemnidad vinculada al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» *ex* art. 24 CE «se vulnera cuando la empresa despide al trabajador [o trabajadora] por su resistencia a la propuesta de modificación de su estatuto laboral, pues ese despido cercena toda posibilidad de reclamación contra la eventual unilateral decisión empresarial (ilegítima) de modificación de dicho estatuto laboral, y elude la protección frente a represalias de la que sí gozaría esa reclamación».

15 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…, op. cit.*, p. 95.

dos de ejecución ciertos[16], por constituir la contrata un «supuesto de hecho propio del contrato fijo-discontinuo»[17]. Pueden, en consecuencia, las actividades objeto de contrata corresponderse con trabajos estacionales, de temporada o de prestación intermitente con periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, pero también extenderse a otras tareas que tengan un patrón de trabajo previsible[18].

Tras lo resuelto en la precitada STS 29-12-2020, y de resultas de la eliminación del contrato para obra o servicio, con la regulación vigente la reconducción al contrato fijo-discontinuo del extinto para obra y servicio es una posibilidad abierta a las empresas contratistas, que han concertado fijos-discontinuos para dar cobertura a actividades que con anterioridad habían sido objeto de contratos temporales. Ello sin perjuicio de lo previsto en el art. 15.2, párr. 5 ET, que admite la realización de contratos temporales de naturaleza productiva en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas, «cuando concurran las circunstancias de la producción en los términos» establecidos en el art. 15.2 ET. La posibilidad, a la postre, de que una empresa que con carácter habitual se dedica a la contrata pueda celebrar un fijo-discontinuo no «ha eliminado absolutamente la opción por la contratación temporal»[19].

Bien es cierto que el art. 15.2 ET subraya que la ejecución de trabajos en el seno de contratas y subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad ordinaria o habitual de la empresa no ampara la concertación de contratos por circunstancias de la producción. Sí existe, con todo, tal posibilidad cuando en la ejecución de la contrata concurran causas justificadas, fundadas en un incremento ocasional de la necesidad de personal o desajustes en el empleo, sin que en modo alguno la contrata misma sea causa productiva del contrato temporal[20]. Puede darse en el marco de la contrata un situación ocasional e imprevisible, que permita contratar mano de obra temporal; lo que no queda claro es si la empresa contratista puede concertar un contrato temporal cuando la situación ocasional sea previsible con una duración reducida y delimitada; aparentemente sí, a tenor del art. 16.1 ET que reconoce la 'posibilidad' de celebrar un fijo-discontinuo para la ejecución de trabajos, en el marco de la ejecución de contratas, que sean previsibles, sin excluir, por tanto, el contrato por circunstancias de la producción cuando se den los presupuestos habilitantes del art. 15.1 ET.

16 Considerando, sin embargo, que para que el contrato fijo-discontinuo sea válido, la contrata ha de reunir los requisitos causales del art. 16.1, párr. 1.º ET, Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, pp. 156 ss. Señalando, además —p. 157— que «cuando la contrata tenga por objeto actividades discontinuas, los ciclos de actividad generan los llamamientos, sin necesidad de que la contrata finalice, pues es consustancial a las características de la actividad productiva».

17 Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato…», *op. cit.*, p. 228.

18 «Es razonable pensar que no entra [el contrato fijo-discontinuo] en el supuesto de las actividades con patrón de trabajo imprevisible, respecto de las cuales es necesario cumplir los requisitos establecidos en el art. 10 de la Directiva 1152/2019», Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…, op. cit.*, p. 95.

19 López Balaguer, M., «El nuevo contrato…», *op. cit.*, p. 10.

20 Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, p. 62.

III. ETT Y CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

Una ETT, antes y después de la reforma laboral de 2021, podía/puede contratar por tiempo indefinido, en régimen de continuidad, a una persona trabajadora con la finalidad de ser cedida sucesivamente a diferentes empresas usuarias —art. 10.1 LETT[21]—. Pero ¿podía antes del RD-L 32/2021 concertar un fijo-discontinuo con la misma finalidad? No, en el entender del TS. De ahí que, entre las novedades que introduce el RD-L 32/2021, deba enfatizarse la ampliación de las circunstancias en las que es accesible el contrato fijo-discontinuo, con posibilidad de la ETT de acudir a esta modalidad contractual en su actividad ordinaria. La ingente utilización por las ETTs de contratos temporales y la conveniencia de dotar de mayor estabilidad a sus plantillas avala el cambio normativo, que ha dado paso a que buena parte de estas empresas haya reemplazado con personal fijo-discontinuo a los extintos contratos por obra y servicio[22].

El cambio legal se explica por que la reforma de 2021 observa el contrato fijo-discontinuo como un mecanismo que permite superar el empleo intensivo por las ETTS de la contratación temporal. Recuérdese al respecto, que el TS, en sentencia de 30 de julio de 2020[23], declaró que no había previsión legal alguna en referencia a la posibilidad de que una ETT celebre un contrato fijo-discontinuo; «tal ausencia de regulación obedece a que no cabe este tipo de contratación por parte de una ETT». No existía entonces para la empresa usuaria opción de recurrir a una ETT con el fin de dar cobertura a necesidades fijas de mano de obra, discontinuas o no[24], sin posibilidad, por otra parte, de calificar como actividad fija-discontinua

21 Es muy claro el art. 10.1 en este sentido: «el contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y el trabajador para prestar servicios en empresas usuarias podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición».

22 «Los fijos discontinuos vía ETT suponen en estos momentos el 38 % de todos los contratos de trabajo celebrados por las ETT y representan el 50 % del total de los fijos discontinuos contabilizados estadísticamente», Cruz Villalón, J., «¿Qué sabemos sobre los fijos-discontinuos?», *ON Economía*, 29-09-2023 (http://www.elnacional.net).

23 Rec. 3898/2017. Un comentario a esta sentencia en Viqueira Pérez, C., «¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?, *Revista de Jurisprudencia Laboral-BOE*, núm. 10, 2020. La Sentencia declara que no es posible que una ETT celebre un contrato indefinido fijo-discontinuo, en un doble sentido. De una parte, no es posible concertar este tipo de contrato ligado a un contrato de puesta a disposición con una empresa usuaria porque *«no sería posible el poner a disposición de la empresa usuaria al trabajador para la realización de tareas cíclicas, que se repiten periódicamente ya que en ese caso estaríamos ante un trabajador indefinido fijo discontinuo de la empresa usuaria, lo que no está permitido por la LETT, que solo contempla la posibilidad de realizar contratos temporales».* De otra, mantiene que tampoco cabe celebrar un contrato fijo discontinuo con la finalidad de atender únicamente a la relación entre la ETT y la persona trabajadora, dado que *«no cabe calificar de actividad fija discontinua la llevada a cabo por [la trabajadora o] el trabajador contratado por una ETT ya que la actividad que realiza la citada empresa es la puesta a disposición de [trabajadoras y] trabajadores para la empresa usuaria, para la realización de tareas de carácter temporal —a tenor del artículo 6.1 de la LETT— y dichas tareas no están dotadas de una cierta homogeneidad ya que dependerá del tipo de actividad que demande la empresa usuaria».*

24 Tal como establece el art. 6.2 LETT, *«podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores».*

la realizada por la ETT; tal actividad centrada en la puesta a disposición de personal para la ejecución de tareas de naturaleza temporal, carecía de la homogeneidad necesaria para concertar un fijo-discontinuo, al depender aquella de la tarea demandada en cada caso singular por la empresa usuaria. La resolución del Tribunal vino acompañada de dos votos particulares; uno discrepante; otro, que, refrendando el fallo, disentía en la legitimación de la empresa para recurrir[25]. Esta disparidad de opiniones en el seno de la Sala 4.ª del TS, así como los pronunciamientos habidos en suplicación, evidenciaron lo controvertido de una temática, que, entrada en vigor la reforma laboral de 2021, parece haber quedado superada, al permitir ahora el art. 16.1 ET la utilización del contrato fijo-discontinuo para dar cobertura a contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades estrictamente temporales. Con este fin, la disposición final primera RD-L 32/2021 da una nueva redacción al art. 10.3 LETT conjurando la prohibición jurisprudencial[26].

Como se advierte, el contrato fijo-discontinuo es una posibilidad a la que puede recurrir la ETT, no una obligación —«podrá celebrarse», dice el art. 16.1 ET—, prevista, nunca para dar cobertura a necesidades de fijo-discontinuo de una empresa, sino para atender las de carácter estrictamente temporal *ex art. 15 ET, que se van produciendo de manera sucesiva, ya sea continua o discontinua, en varias empresas, «debiendo concurrir en cada momento de actividad la causa temporal concreta justificativa». No permite la norma la realización de contratos a llamada, con momentos de ejecución de servicios enteramente indeterminados*[27]. Como bien se advierte, se altera lo que antes de la reforma definía al contrato fijo-discontinuo —la estacionalidad o la intermitencia—. Tratándose de la ETT, lo que ampara ahora la posibilidad de recurrir al fijo-discontinuo es la naturaleza necesariamente temporal de la tarea cuyo servicio se presta; nunca su permanencia, ya sea intermitente, ya estacional o periódica[28].

No esta de más recordar que hasta la reforma de 2021, las ETTs podían prestar estas necesidades temporales mediante contratos, bien por tiempo indefinido, bien de duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición, pero no con fijos-discontinuos. En la versión actual se permite recurrir al contrato por tiempo indefinido tipo, a los contratos por circunstancias de la producción o al de sustitución, según el supuesto de hecho habilitante, así como que la persona trabajadora enlace de manera sucesiva el cumplimiento de

25 Tanto la Sentencia como el voto particular que afecta al fondo del asunto entienden que no es dable que una empresa usuaria recurra a la contratación de personas trabajadoras a través de ETT para la realización de actividades permanentes e indefinidas de carácter fijo-discontinuo, de forma tal que no se puede anudar el contrato fijo-discontinuo al contrato de puesta a disposición, toda vez que este resultaría prohibido al tener por objeto la realización de actividades permanentes de la empresa usuaria. La discrepancia surge cuando se trata de resolver si un ETT puede concertar un fijo-discontinuo no vinculado a un contrato de puesta a disposición: en sentido negativo, la sentencia, y afirmativo el voto particular, que advierte que, aunque la actividad que presta la ETT es una actividad de naturaleza permanente, *«es perfectamente posible que las ETTs puedan tener una necesidad fija y periódica de mano de obra […] para la que haya de recurrir legítimamente a la utilización de esta fórmula de contratación de trabajadores fijos».*

26 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…, op. cit.*, p. 91. Goerlich Peset, J.M., «Contrato fijo-discontinuo…», op, cit., p. 65, hace referencia a «correcciones» a la interpretación de la jurisprudencia.

27 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…, op. cit.*, p. 91.

28 De La Puebla Pinilla, A., «ETTs, reducción de la temporalidad y fijos discontinuos. Cuando se cierra una puerta, siempre se abre una ventana… ¿O no?», *El Foro de Labos*, 14-06-2022.

diferentes contratos de puesta a disposición a través de la modalidad del fijo-discontinuo[29]. Lo que no admite la norma es la cobertura de actividades fijas-discontinuas recurriendo a una ETT para que esta contrate personal fijo-discontinuo en misión[30]. En esta tesitura, para la atención de actividades fijas-discontinuas, la empresa cliente podrá contratar directamente mano de obra o acudir a una contrata en los términos y con las condiciones anteriormente expuestos.

Hace alusión el art. 10.3 LETT a las necesidades temporales de diversas empresas usuarias, excluyendo la posibilidad de una sola empresa, y siendo preciso que en cada tarea concurra alguna de las causas de contratación temporal previstas en el art. 15 ET —contrato por circunstancias de la producción, en sus modalidades de previsibilidad e imprevisibilidad, y contrato de sustitución en sus distintas variantes[31]—. Si la actividad de la empresa usuaria es permanente o, como se ha indicado, de carácter fijo-discontinuo se incurriría en fraude de ley: el contrato se considerará a fijo a tiempo completo y la persona trabajadora podrá optar por entrar a formar parte de la plantilla de la empresa usuaria[32].

En relación con la fijeza, la opción entre su carácter continuo o discontinuo es de la ETT; es probable que la ETT se incline por la segunda de sendas posibilidades, merced a que, en estos casos, los periodos entre misiones son considerados de inactividad, sin obligación de retribución ni abono de indemnización por fin de contrato. Con todo, la selección por las ETTs del contrato fijo-discontinuo presenta ventajas para estas empresas, pero también para sus plantillas, a las que proporciona «seguridad y certeza en la reanudación de su prestación de servicios, que, de ser una mera expectativa, se convierte en el derecho a ser llamado»; ganan, asimismo, antigüedad, «acumulable a todos los efectos»[33]. Sin olvidar, por otra parte, que el *art. 11 LETT obliga a que en cada misión a las personas con contrato fijo-discontinuo les sean garantizadas las condiciones esenciales de trabajo y empleo vigentes en la empresa usuaria en cuestión*[34].

29 Con anterioridad a la reforma, el criterio judicial mayoritario era el de que una empresa usuaria no podía contratar a través de una ETT a una persona trabajadora fija-discontinua y que la intermediación de la ETT solo podía hacerse cuando la actividad era eventual y no se repetía en campañas sucesivas cíclicamente, ya que la contratación indefinida, debería entonces ser directa por parte de la empresa usuaria. Tampoco la ETT podía celebrar directamente un fijo-discontinuo con una persona trabajadora pues la actividad de la ETT no podía considerarse cíclica o estacional.

30 Con regulación *contra legem*, CC de la empresa Interempleo Empresa de Trabajo Temporal, S.L. (BORM 25-03-2023), que recoge la posibilidad de concertar el fijo-discontinuo «para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, así como para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados dentro del año natural, pudiendo ser cedidos en una o varias empresas».

31 Sustitución de persona con reserva de puesto de trabajo, contrato para completar la jornada reducida y contrato para dar cobertura durante el proceso de selección.

32 Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…*, *op. cit.*, p. 119.

33 De La Puebla Pinilla, A., «ETTs, reducción de la temporalidad…», *op. cit.*

34 Así lo establecen expresamente, I CC de Randstad Empleo ETT, SAU (Resolución 17-06-2022, BOE 01-07-2022), con vigencia de 17-03-2022 a 17-03-2026, y; CC Adecco TT, SA, ETT (Resolución 09-01-2023, BOE 20-01-2023).

IV. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTRATO FIJO-DISCONTINUO

El V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2023-2025 —V AENC—, suscrito el 10 de mayo de 2023, tras recordar que la estabilidad en el empleo que, buscada por la reforma laboral de 2021, también se materializa en la potenciación del fijo-discontinuo, hace un llamamiento a la negociación colectiva para que desarrolle toda la virtualidad de este contrato, «regulando aquellos aspectos que permitan una mejor adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras, de los sectores y de las empresas». Con el fin de potenciar la precitada estabilidad, el Acuerdo disecciona cada una de las numerosas remisiones que el art. 16 ET hace a la negociación colectiva en este marco, incluyendo los contenidos que aquella debe asumir y desarrollar.

Hay habilitación legal a la negociación colectiva para establecer los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento; para determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas; para fijar una bolsa sectorial de empleo en la que se podrán integrar las personas-fijas discontinuas; para acordar, cuando las peculiaridades del sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial del contrato fijo-discontinuo; para, en su caso, acordar la obligación de la empresa de elaborar un censo anual del personal fijo-discontinuo; para establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a sufragar por la empresa a la persona trabajadora, cuando este coincida con la terminación de la actividad, y no se haya producido, sin solución de continuidad, una nueva convocatoria; para incorporar otros supuestos que, además de los reconocidos por ley, justifiquen la no reincorporación al puesto de trabajo tras el llamamiento, y; para fijar los procedimientos de conversión de fijos-discontinuos en fijos ordinarios.

Las referencias a la negociación colectiva, sin ser uniformes, no excluyen la posibilidad de que exista intervención convencional complementaria o de desarrollo, más allá de los supuestos expresamente previstos en la norma, que, conforme a la ley, contribuyan a dotar al fijo-discontinuo de mayores garantías. Se constatan, por otra parte, en el precepto legal remisiones, unas veces, a los convenios colectivos[35]; otras, a los convenios colectivos sectoriales[36]; a los convenios colectivos o, en su defecto, al acuerdo de empresa, y; al convenio colectivo sectorial o, en su defecto, al acuerdo de empresa[37]. Abriéndose, de este modo, un amplio abanico de escenarios, que en determinados supuestos obligarán a resolver qué instrumento negocial es el aplicable —o con prioridad aplicativa en ciertos casos— cuando ante una misma materia concurran convenios y acuerdos colectivos de distinto ámbito.

35 Hay mención genérica del convenio colectivo, en relación con la introducción de otros supuestos justificativos, además de los legalmente reconocidos, de la no reincorporación de la persona trabajadora al puesto de trabajo tras la convocatoria, art. 16.6 ET.

36 Se invoca al convenio sectorial en relación con el establecimiento de una bolsa sectorial de empleo, tiempo parcial del fijo-discontinuo, elaboración por las empresas de un censo anual del personal fijo-discontinuo, periodo mínimo de llamamiento anual y cuantía por fin de llamamiento, art. 16.5 ET, párrs. 1, 2 y 3.

37 Se menciona al convenio sectorial o, en su defecto, al acuerdo de empresa, en referencia a los procedimientos de conversión voluntaria de fijo-discontinuo a fijo-ordinario, art. 16.7 ET; también para establecer los criterios objetivos y formales por los que debe regirse el llamamiento, art. 16.3 ET.

Corresponde, en primer lugar, definir el convenio colectivo de aplicación a las ETTs y a las contratas y subcontratas en cada uno de los supuestos enunciados. Es contundente, a estos efectos, el art. 10.3 LETT cuando declara que las referencias del art. 16 ET a la negociación colectiva, «se entenderán efectuadas a los convenios sectoriales o de empresa» de las ETTs, sumando a continuación la posibilidad de que estos convenios recojan «una garantía de empleo» que puede establecerse, «tanto por una vía directa de garantía de ocupación mínima, como por vía indirecta de establecimiento de un estricto reconocimiento del derecho al llamamiento conforme a una regla, por ejemplo, de antigüedad conforme las empresas usuarias demanden» personas trabajadoras a las ETTs[38].

Conviene aclarar que el art. 10.3 LETT no niega la posibilidad de que los convenios de aplicación a las empresas usuarias incorporen determinadas previsiones que pauten los términos de utilización de las ETTs, sin incurrir en conductas contrarias a la libre competencia[39]. Existe al respecto una dilatada literatura judicial que, siempre que la cláusula controvertida no establezca prohibiciones de contratación con ETTs, ha refrendado determinadas regulaciones convencionales que, bien exhortan a una utilización prudente de ETTs, bien condicionan el recurso a la contratación indirecta a través de ETT; tal es el caso de contrataciones a través de ETTs de hasta un determinado porcentaje de plantilla, o el compromiso que adquieren las empresas incluidas en el ámbito del convenio de hacer un mínimo uso de ETTs[40]. Bien entendido que lo dicho debe ser en conformidad con la disposición adicional 4.ª LETT[41], que desde el 1 de abril de 2011 suprimió cualquier limitación o prohibición otrora vigente para la celebración de contratos de puesta a disposición por ETTs; a partir de esa fecha para dar validez a toda suerte de limitación o prohibición en este sentido es necesario su amparo en razones de interés general relativas a la protección de las personas trabajadoras en misión, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado laboral y a evitar posibles abusos. De ahí que cuando las restricciones o limitaciones carezcan de justificación en los términos recién descritos, habrá que decretar la nulidad de la cláusula convencional habida

38 Cruz Villalón, J., «¿Qué sabemos…», *op. cit.*

39 Sobre esta cuestión, véase Nieto Rojas, P., «Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016.

40 Véase STS 11-04-2023, rec. 86/2021, sobre impugnación parcial del II Convenio colectivo de trabajo de supermercados y autoservicios de alimentación de Catalunya para los años 2016-2019, Anexo III. 11, que recoge la obligación de las ETTs de pagar salarios superiores a los del personal directamente contratado por los supermercados, en un 10 por 100 más, en concepto de plus de eventualidad. La sentencia, que declara la nulidad del quinto párrafo del Anexo III.11 del convenio, advierte que «el convenio colectivo no puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación, ni en su contenido normativo cabe establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación», señalando, asimismo, que «un convenio colectivo negociado sin suficiente representatividad para ello, altere esa regla de equiparación retributiva, aumentando los costes salariales de la ETT, distorsiona el esquema querido por el legislador». De igual modo, «el acudimiento a una ETT no aumenta las posibilidades de temporalidad, por lo que la previsión introducida y cuestionada resulta inocua desde la perspectiva de reducir la precariedad, que es la justificación acogida por la sentencia de instancia para legitimarla».

41 En redacción dada por el art. 17.7 L 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

cuenta de su «carácter inequívocamente lesivo en orden a la restricción de una actividad negocial y empresarial plenamente lícita», cual es la propia de las ETTs[42].

Sin duda, la referencia del art. 10.3 LETT a los convenios de ETTs obedece a que determinados elementos del fijo-discontinuo del personal de puesta a disposición, señaladamente los relativos al llamamiento y a los tiempos de espera, demandan una regulación *ad hoc, por mor de las peculiaridades que esta forma de contratación adquiere en el marco de las ETTs, prevista aquella solo para cubrir necesidades estrictamente temporales de las empresas usuarias.*

En este orden de consideraciones, se debe precisar que, en el momento actual, y ante las dificultades habidas para acordar un nuevo convenio[43], el VI Convenio colectivo estatal de empresas de trabajo temporal, con vigencia de 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2020, hoy en régimen de ultraactividad[44], no integra previsiones sobre fijos-discontinuos, por mor del precitado criterio judicial que mantuvo la prohibición de que las ETTs acudieran a esta figura contractual. Una materia hoy sobre la mesa de la comisión negociadora del VII Convenio estatal ETTs, con algunos planteamientos sobre parcialidad, periodos de inactividad, reglamento del orden del llamamiento y supuestos de desistimiento.

La figura del fijo-discontinuo sí se ha recogido en determinados convenios de ámbito de empresa/ETT negociados y suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2021, que tienden a focalizar su clausulado en el llamamiento y en los criterios objetivos y formales de realización —notificación, orden y falta de incorporación[45]—. Por su interés, hacemos una breve mención de dos ETTS —Randstad Empleo y Adecco—, con centros de trabajo en la práctica totalidad del territorio español, y cuyos respectivos convenios colectivos incorporan con mayor detalle la regulación del fijo-discontinuo.

Randstad Empleo ETT ha firmado su primer convenio[46], de aplicación en todas las oficinas y unidades de contratación del territorio del Estado español, con un acuerdo de modificación

42 STSJ Cataluña 22-01-2021, rec. 77/2020, en relación con el art. 46 CC del sector de transporte de mercancías por carretera y logística de la provincia de Barcelona para los años 2011-2023, relativo a la duración máxima del contrato de puesta a disposición y el concierto sobre que este tipo de contrataciones, en cómputo anual y por centro de trabajo, se mantengan dentro de ciertos porcentajes, pudiéndose analizar su superación, cuando proceda, a criterio de la comisión a constituir.

43 A pesar de haberse constituido la mesa de negociación del VII Convenio estatal de empresas de trabajo temporal, formada por ASEMPLEO, FeSMC-UGT —3 puestos—, CCOO Servicios —3 puestos— y Unión y Empleo —7 puestos—, se han producido dilaciones y suspensión en varias ocasiones de las reuniones previstas, que están dificultando avanzar en la negociación del convenio. Recientemente —25 de septiembre de 2023—, UGT ha solicitado al SIMA, un procedimiento de mediación para desbloquear su negociación.

44 A fecha de 15 de octubre de 2023 no ha habido acuerdos de modificación del VI CC estatal de empresas de trabajo temporal que incorporen previsiones sobre el contrato fijo-discontinuos. Tanto el convenio como los acuerdos de modificación son previos a la reforma laboral de 2021. No hemos constatado hasta la fecha la existencia de convenios sectoriales de ETTs que, suscritos tras el RD-L 32/2021 incorporen previsiones sobre fijos-discontinuos.

45 Entre otros, CC de la empresa Interempleo Empresa de Trabajo Temporal, S.L, Murcia. (BORM 25-03-2023).

46 I CC de Randstad Empleo ETT, SAU.

parcial[47], que recoge expresamente la posibilidad de concertar contratos fijos-discontinuos para dar cobertura a contratos de puesta a disposición vinculados a necesidades temporales de diferentes empresas usuarias, en los términos establecidos en el art. 15 ET, con previsiones, en sus art. 7 y 8, sobre formalización, llamamiento, vacaciones, formación y calendario. Adecco, en su convenio colectivo, suscrito el 2 de noviembre de 2022[48], de aplicación a todos los centros de trabajo de la empresa ubicados en territorio español, incorpora normas específicas para el fijo-discontinuo del personal de puesta a disposición o en misión, con reglas sobre formalización del contrato, llamamiento, formación, contenido y condiciones de las órdenes de servicio, vacaciones e información a la RLPT —art. 15—. Matizan, no obstante, ambos convenios que sus respectivas regulaciones se limitan a las materias expresamente reservadas al convenio de empresa en el art. 16 ET, admitiendo, no obstante, la contratación a tiempo parcial, al amparo, señalan, del art. 10.3 LETT[49].

Trasladando ahora nuestro objeto de análisis al ámbito de las contratas y subcontratas, baste por el momento señalar que no es de aplicación a las y los trabajadores de la contrata o subcontrata con contrato fijo-discontinuo el convenio de empresa de la principal, sino el sectorial de la actividad objeto de la contrata —salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo establecido en el T. III ET—, o, en su caso, el convenio de empresa de la contratista, según proceda en cada supuesto singular, de conformidad con lo establecido en el art. 42.6 ET, con remisión a lo dispuesto en el art. 84 ET, en referencia a los convenios de las empresas contratistas.

4.1. Acerca de la posibilidad de concertar un fijo-discontinuo en régimen de parcialidad

A estas alturas, con más de un año de vigencia del contrato fijo-discontinuo en su versión actual, sigue siendo controvertida la posibilidad de su concertación a tiempo parcial por decisión de las partes. Recuérdese que la norma contenida en el art. 12.5, párr. 2 ET invoca a los convenios colectivos de ámbito sectorial, que «podrán acordar, cuando las peculiaridades de la actividad de sector así lo justifiquen, la celebración a tiempo parcial de los contratos fijos-discontinuos […]». Esta disposición, ya recogida en la versión anterior del art. 16.4 ET, abre nuevos interrogantes por mor de la unificación del régimen jurídico del fijo-discontinuo y el fijo-periódico. Sin duda, la realidad actual no desconoce en ciertos sectores la oportunidad de celebrar fijos-discontinuos con jornada reducida, supuestamente condicionada a su regulación en convenio sectorial, con algunas opiniones doctrinales discrepantes que han interpretado que la aparente restricción no debe ser concebida en términos de prohibición —porque no se ha previsto así de modo expreso— y que la referencia del art. 16.2 ET a que la jornada laboral sea objeto de concreción debe ser entendida como delimitación del tiempo de trabajo —a jornada completa o parcial— en función de las necesidades de la empresa o del sector. Otras fuentes —y este parece ser el criterio mayoritario que aquí se comparte— consideran que la posibilidad de admitir la parcialidad solo es a través de la negociación colectiva, de forma tal que si no hay convenio sectorial o no regula esta cuestión no se puede concertar

47 Resolución 06-06-2023 DGT, BOE 19-06-2023.

48 CC Adecco TT, SA, ETT.

49 Art. 14 CC Adecco TT, SA, ETT. Acuerdo de modificación parcial del I CC I CC de Randstad Empleo ETT, SAU. CC de la empresa Interempleo Empresa de Trabajo Temporal, S.L, Murcia.

un fijo-discontinuo con jornada reducida[50]; la traslación a la negociación colectiva sectorial de esta importante cuestión, cuya realización ha de sustentarse en las singulares características del sector, constituye, a nuestro modo de ver, un adecuado mecanismo de garantía y control colectivo, que avala la reserva del art. 16.5 ET al convenio sectorial en régimen de exclusividad[51].

Con todo, debe indicarse que la posibilidad de concertar a tiempo parcial un contrato fijo-discontinuo está cada vez más extendida en los convenios colectivos sectoriales, que avalan tal opción en un amplio abanico de actividades productivas, en ocasiones sin limitación y sin aportar un razonamiento expreso[52]. Bien es cierto, por otra parte, que algunos de estos convenios han recogido determinadas condiciones, centradas, por lo común, en una cuantía mínima de parcialidad, para todas o algunas de las actividades concertadas, o circunscribiendo la jornada reducida a actividades concretas[53]. También se establecen ciertas garantías en la prestación del servicio con planificación de una jornada mínima diaria[54],

50 López Balaguer, M., «El nuevo contrato…», *op. cit.*, p. 23. Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…*, *op. cit.*, p. 149. Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato…», *op. cit.*, pp. 232-233; Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 99.

51 A juicio de Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato…», *op. cit.*, pp. 232-233, tal restricción «se explica como una expresión más del interés del legislador de evitar relaciones laborales precarias y de escasa calidad»; si no hay convenio sectorial no existe posibilidad de contratar a tiempo parcial. En sentido similar, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 99: la parcialidad, sumada a la propia naturaleza del fijo-discontinuo, implica «un aumento de la disponibilidad exigida a la persona trabajadora que hace conveniente la existencia de controles. Y el convenio colectivo sectorial es, sin duda, el lugar más adecuado para que se establezcan las correspondientes garantías».

52 Art. 6 V CC general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos: «conforme a lo establecido en el artículo 16.5 del Estatuto de los Trabajadores, se pacta de manera expresa la posibilidad de celebrar esta clase de contratos a tiempo parcial». Art. 17.2 y 4 CC de restauración colectiva: «se pacta expresamente la posibilidad de que el contrato fijo discontinuo se pueda realizar en jornada a tiempo parcial». Disposición transitoria 4 CC sectorial estatal de marcas de restauración moderna: «atendiendo a las peculiaridades del sector de marcas de restauración se podrán celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial».

53 Art. 12.2 CC nacional de las empresas y personas trabajadoras de perfumería y afines: los contratos fijos-discontinuos «se podrán celebrar tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, si bien este último caso solo resultará aplicable a las personas trabajadoras que tengan como cometido fundamental tareas de venta de productos en establecimientos comerciales, con un mínimo de 6 horas diarias».

54 Disposición transitoria 4 CC sectorial estatal de marcas de restauración moderna: «las personas trabajadoras contratadas bajo la modalidad del contrato fijo discontinuo a tiempo parcial tendrán garantizada la prestación del servicio —salvo suspensión de la relación laboral debido a las causas contempladas en los artículos 45, 47 y 47 bis del Estatuto de los Trabajadores— durante un mínimo de 120 días, de los cuales 90 serán continuados, todo ello en un periodo de doce meses. Los periodos de contratación del fijo discontinuo durante el periodo de los doce meses serán: periodo estival (1 de junio a 30 de septiembre), Navidad y Semana Santa. Durante este periodo de la prestación laboral, la persona trabajadora contratada como fija discontinua a tiempo parcial para la realización de estas especiales tareas tendrá garantizada una planificación de jornada mínima diaria de cuatro horas».

además de criterios de preferencia del personal fijo-discontinuo a tiempo parcial en relación con la cobertura de vacantes en la empresa a tiempo completo o con mayor jornada[55].

Como bien indica el art. 16.5 ET, y reitera el V AENC, el fijo-discontinuo con jornada reducida debe tener como fundamento las peculiaridades de la actividad del sector, lo que implica una ordenación de la causalidad en la utilización del tiempo parcial, «conforme a los criterios y condicionantes que, en cada caso, se hayan fijado en el convenio colectivo sectorial aplicable, en función de las particularidades del sector de actividad de que se trate en cada caso»[56]. Esta circunstancia sugiere nuevas problemáticas en el marco de la descentralización productiva, señaladamente cuando es la ETT la que concierta un fijo-discontinuo en régimen de parcialidad. Una materia, se insiste, reservada al convenio sectorial[57], y que, no obstante —quizás a la espera de la suscripción del VII Convenio estatal ETTS—, ha sido prevista en algunos convenios de empresa/ETT que, sin aportar un razonamiento expreso[58], no han respetado la restricción operada en el precepto legal.

Más allá de la necesidad o no de que la citada justificación haya de reflejarse en el texto del convenio sectorial —circunstancia a la que sí deberían atender las partes del convenio en el proceso negociador—, importa señalar, el complejo encaje que una causalidad, fundada «en las peculiaridades de la actividad del sector», tiene en la ETT, cuyo personal en misión no se concentra, por lo general, en determinados sectores, empresas o actividades[59]; algunos, sin duda, con ciertas singularidades que pueden sugerir trabajos a tiempo parcial, teniendo en cuenta, por lo demás, que la plantilla de fijos-discontinuos de la ETT es muy heterogénea. Veremos qué regulación aportará al respecto el futuro VII Convenio estatal ETTs, cuya comisión negociadora está debatiendo en la actualidad el contrato fijo-discontinuo con jornada reducida.

En el territorio de las contratas y subcontratas, la parcialidad del fijo-discontinuo debe atender a lo previsto en el convenio sectorial que se corresponda con la actividad objeto de la contrata —salvo que exista otro convenio aplicable de conformidad con lo establecido en el T.

55 CC de restauración colectiva: «Las personas con contrato fijo discontinuo a tiempo parcial tendrán prioridad para la cobertura de vacantes fijas discontinuas a tiempo completo o mayor jornada».

56 Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, pp. 149-150.

57 Pese a que la competencia es legalmente atribuida al convenio sectorial, algunos convenios de empresa han previsto de forma expresa la posibilidad de concertar un contrato fijo discontinuo a tiempo parcial. Es el caso del art. 13.3 IV CC de Acciona Airport Services, SA, que establece que el fijo-discontinuo podrá celebrarse a tiempo parcial, «sin que la jornada de trabajo efectiva pueda ser inferior a 12 horas de trabajo a la semana, progresando paulatinamente hasta tiempo completo cuando las cargas de trabajo así lo requieran, y siendo informada la representación de los trabajadores y trabajadoras». Habrá que ver, en todo caso, si existe habilitación sectorial al convenio de empresa en este campo, o si el convenio sectorial aplicable a la empresa contempla la jornada reducida del fijo-discontinuo.

58 Art. 14 CC Adecco TT, SA, ETT, y; Acuerdo de modificación parcial del I CC de Randstad Empleo ETT, SAU.

59 La mayor concentración de personas trabajadoras en misión se produce en los siguientes sectores: servicios —ramas de hostelería y comercio, transporte y otras actividades conexas—; agrario —en la actualidad con menor intensidad—, e; industria —alimentación, bebidas y tabaco, fabricación de productos metálicos, maquinaria, equipo mecánico, maquinaria de ofician, equipo informático, material eléctrico, instrumentos medidas de precisión, óptica y relojería—.

III ET—. Un amplio espectro de convenios negociados para sectores en los que es frecuente acudir a la subcontratación ha recogido esta circunstancia, además de ciertos convenios sectoriales específicos para empresas contratistas y subcontratistas y de los que dan cobertura a actividades auxiliares, algunos con cláusulas que solo permiten la jornada reducida en tareas concretas[60], o que obligan a un mínimo de parcialidad[61].

4.2. Algunas cuestiones relativas al llamamiento

Como recuerda el V AENC, en los convenios colectivos o, en su defecto, en los acuerdos de empresa deben establecerse los criterios objetivos y formales por los que se debe regir el llamamiento, teniendo presente que, en todo caso, la convocatoria ha de realizarse por escrito o por otro medio que permita dejar constancia fehaciente de la notificación —artículo 16.3 ET—.

60 Se traen a colación, entre otros muchos, que recogen la parcialidad del fijo-discontinuo, el art. 5 CC intersectorial de hostelería de Valencia y su provincia para los años 2022 a 2025: «Dadas las particularidades de la actividad propia del sector, el contrato [se podrá formalizar a tiempo parcial, tanto para horas al día como días a la semana o al mes, sin que pierdan la condición de fijos-discontinuos». También el art. 27 VII CC general del sector de la construcción, con vigencia de 01-01-2022 a 31-12-2026, que limita el fijo-discontinuo a tiempo parcial exclusivamente para la realización de los trabajos de prestación intermitente que desempeñen las y los docentes que atiendan las actividades de formación, declarando a continuación que cuando la contratación fija-discontinua a tiempo parcial «se justifique por la celebración de contratas, subcontratas o con motivo de concesiones administrativas el periodo de inactividad será de doce meses». Art. 4 del CC estatal de empresas de seguridad, que solo permite la contratación fija-discontinua a tiempo parcial en los siguientes supuestos: «1. Acontecimientos deportivos o culturales que tienen lugar en una misma instalación de forma recurrente pero intermitente en el tiempo, cuya duración sea inferior a un año y superior a siete meses como, por ejemplo, contratación de servicios de seguridad privada por clubes deportivos los días de partido para las distintas competiciones de una temporada, o por los organizadores de conciertos en un auditorio musical. 2. Vigilancia y protección de los medios de transporte y sus infraestructuras en el ámbito aeroportuario y marítimo-portuario, cuya duración mínima sea superior a 4 meses. 3. Aquellos otros supuestos que, en función de la evolución de la prestación de los servicios del ámbito funcional de este Convenio, respondan a unas causas análogas a las que justifican la utilización de la figura del contrato fijo-discontinuo a tiempo parcial en los números 1 y 2 de este párrafo. Corresponderá, en todo caso, a la Comisión Paritaria la interpretación sobre la concurrencia de dichos supuestos, debiendo el pronunciamiento sobre los mismos incorporarse al texto del convenio siguiente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.5 del Convenio Colectivo. La participación en la reunión de la Comisión Paritaria estará abierta, en este supuesto específico, a todas las organizaciones legitimadas para tomar parte en la negociación del convenio colectivo. En estos supuestos los periodos de inactividad estarán íntimamente ligados a los sectores de referencia, reactivándose automáticamente los llamamientos tras la reanudación de cada actividad.

61 XXIII CC de contratas ferroviarias, que tras declarar que «el contrato fijo-discontinuo […] deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del periodo de actividad, la jornada, que podrá ser completa o parcial, y su distribución […]», permite la realización de contratos fijos-discontinuos con un mínimo del 30 por 100 de parcialidad y con independencia de cuál sea el computo de la jornada de referencia empleado —anual, semanal o diaria—. CC de restauración colectiva: «para el personal adscrito a los comedores escolares, la jornada mínima diaria será de 2 horas y mínima de 10 horas semanales».

Invoca, asimismo, el ET a los convenios sectoriales para que opcionalmente establezcan un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento a sufragar por la empresa a la persona trabajadora, cuando este coincida con la terminación de la actividad, y no se haya producido, sin solución de continuidad, una nueva convocatoria.

La reforma laboral de 2021 ha delegado en los convenios de las ETTs la regulación de los criterios de la convocatoria de las personas fijas-discontinuas que se incorporen en sus plantillas, así como en sus convenios sectoriales el periodo mínimo de llamamiento anual y la cuantía por fin de llamamiento; sin mención, por otra parte, en el art. 10.3 LETT a los acuerdos de empresa que, no obstante, sí son objeto de habilitación en el art. 16.3 ET, para que, en defecto de convenio o de regulación convencional, establezcan los criterios del llamamiento, lo que a nuestro entender no excluye esta última opción para las ETTs[62]. En el caso de las empresas que se dediquen con carácter habitual a la contrata, la ordenación del llamamiento recae sobre el convenio de aplicación a la contrata, de conformidad con lo establecido en los arts. 42.6 y 84 ET, y, en su caso, sobre el acuerdo de empresa que celebre la contratista con la representación legal de las personas trabajadoras.

El marco negocial de las ETTs deviene esencial en la regulación del llamamiento del fijo-discontinuo para la cesión de mano de obra, con mayor complejidad por la heterogeneidad de sus plantillas y por mor de la actividad que desarrollan estas empresas, que no suele estar centralizada en sectores, empresas o actividades predeterminados. Esta circunstancia es predicable también de las contratas y subcontratas, especialmente en el caso de empresas multiservicios, cuyos modelos de negocio se hallan, como sucede con las ETTs, seriamente condicionados por las exigencias de las empresas clientes. Aun cuando la inexistencia de regulación expresa en el convenio/acuerdo de aplicación no libera a la empresa de su deber de llamamiento[63], es harto recomendable que la negociación colectiva introduzca especialidades en la fijación de los criterios de la convocatoria, siempre desde la formalidad y objetividad que exige el art. 16.3 ET, tomando en consideración el sector y el tipo de actividad a desarrollar en cada supuesto concreto y la proximidad geográfica, a fin de dotar de unas adecuadas protección y certidumbre a las personas trabajadoras en evitación de situaciones de inseguridad que, en su caso, pudieran derivarse de los supuestos de hecho que amparan el fijo-discontinuo, así como de la localización territorial del centro de trabajo de la empresa cliente[64].

Como se ha anticipado, traslada el art. 16.3, párr. 1 ET a la negociación colectiva los «criterios» por los que ha de regirse el llamamiento, que han de ser «objetivos y formales»[65]. Y

62 Considerando que esta falta de alusión al acuerdo de empresa «es un defecto técnico de la reforma», Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo…», *op. cit.*, p. 231.

63 STSJ Cataluña 06-10-2021, rec. 3289/21. No ha previsto la ley una regla subsidiaria que opere cuando no exista regulación negocial, con posibilidad, según determinadas opciones doctrinales, de aplicar la antigüedad o de recurrir a la costumbre local o profesional o a los usos de empresa, Goerlich Peset, J.M., «Contrato fijo-discontinuo…», *op. cit.*, p. 142. No cabe en estos casos la libre decisión de la empresa, merced a la inexcusable objetividad que exige el art. 16.3 ET; en este sentido, STS 19-01-2016, rec. 1777/2014.

64 De La Puebla Pinilla, A., «ETTs, reducción de la temporalidad…», *op. cit.*

65 Lo que excluye la subjetividad, la arbitrariedad, la informalidad y la imprecisión, así como la libre decisión de la empresa en la concreción del llamamiento que obedezcan a «criterios de oportunidad», siendo imprescindible que «las referencias temporales» no sean tan relativas que hagan imposible la concreción. No pueden, naturalmente, tales criterios entrañar una discriminación algu-

se invoca, en primer lugar, al convenio colectivo, sin preselección de unidades de contratación, de manera que en cualquier espacio negocial puede el llamamiento ser objeto de ordenación convencional, pudiendo concurrir convenios colectivos de distinto ámbito, con preferencia aplicativa, si hay afectación, del convenio de empresa frente al sectorial, a tenor de lo dispuesto en el art. 84.2.d) ET, que reconoce la prioridad de la unidad de empresa en «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación» que se atribuyen por el ET «a los convenios de empresa». Esta previsión resulta igualmente aplicable a la contrata y subcontrata: el convenio colectivo de la empresa contratista tendrá prioridad aplicativa frente al sectorial de la actividad objeto de la contrata —o, en su caso, frente al sectorial aplicable de conformidad con lo establecido en el T. III ET— en los términos previstos en el art. 84.2.d) ET. Tratándose de las ETTs, la aplicación de las reglas de concurrencia conflictiva del art. 84 ET se constriñen a los convenios colectivos sectoriales o de empresa de las ETTs —art. 10.3 LETT—, con prioridad aplicativa en lo relativo a los criterios del llamamiento del convenio de empresa de la ETT frente a los sectoriales que en este marco resulten de aplicación, en virtud de lo establecido en el precitado art. 84.2.d) ET. Ha previsto el legislador, por otra parte, que cuando no exista convenio aplicable o, de existir, no regule el llamamiento, que la empresa y la representación unitaria o sindical de las personas trabajadoras puedan acordar esta cuestión. Este acuerdo, en su tipología de subsidiario, determina, a nuestro parecer, la preferencia del convenio en todo momento.

El llamamiento debe realizarse por un procedimiento del que quede constancia de la notificación a la persona interesada, «con las indicaciones precisas de las condiciones de su incorporación y con una antelación adecuada». El medio puede ser escrito u otro, siempre individualizado —no son admisibles los llamamientos genéricos— y con constancia de su recepción por la persona destinataria, recayendo sobre la empresa la prueba de que la convocatoria ha sido debidamente recibida[66]. Debe, además, la convocatoria efectuarse con antelación suficiente, quedando descartados los llamamientos sorpresivos o con un plazo de preaviso insuficiente, que justificarían el retraso del trabajador o trabajadora en la incorporación[67].

---

na, directa o indirecta, ni ser contrarios a la legislación vigente. Véase al respecto, Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, p. 174. Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 101.

66 Además de la forma escrita, se dan en la actualidad formas varias de comunicación que permiten acreditar su debida recepción. Ha habido, en este sentido, pronunciamientos judiciales que dan validez al llamamiento realizado a través de *WhatsApp*, por ser esta una de las aplicaciones de mensajería habituales utilizadas en los teléfonos móviles, que además se efectúan por escrito y de las que queda constancia suficiente para confirmar su existencia y su contenido; indicándose, asimismo, que estos dispositivos son el instrumento más cómodo y eficaz para la comunicación entre ambas partes y el adecuado cumplimiento del contrato (SAN 05-12-2022, rec. 287/2022). Es pauta común en la negociación colectiva la habilitación de distintos medios para realizar el llamamiento —correo electrónico, SMS, *WhatsApp*, *Telegram*, *Messenger*, etc.—, cuando permitan constatar que ha sido recibido por la persona trabajadora destinataria. La necesidad de que la comunicación sea individualizada conduce a reflexionar acerca de la validez, a estos efectos, de comunidades o grupos de *WhatsApp*, *Telegram* u otros. No siempre estos medios garantizan la debida recepción de la notificación por la persona trabajadora; por ejemplo, cuando se ha desactivado la confirmación de lectura. Con todo, la necesidad de que exista constancia de la recepción lleva ínsita la prueba que recae sobre la empresa de que aquella ha llegado a la persona destinataria.

67 Con referencia a que en el contrato o en el orden de llamamiento se podrán establecer la antelación mínima con la que la empresa deberá efectuar el llamamiento, así como el plazo máximo en el que

El incumplimiento empresarial del periodo de preaviso establecido en convenio/acuerdo otorga a la persona trabajadora el derecho a una compensación económica, pudiendo ejercitar las acciones pertinentes, de conformidad con lo previsto en el art. 16.3 ET[68].

Aunque no siempre será necesario establecer un orden de llamamiento, en el caso de ETTs y contratas y subcontratas esta circunstancia adquiere especial significación, debido a las particularidades del contrato fijo-discontinuo en las empresas que ceden personal a otras empresas. De forma tal que, aun cuando el orden de la convocatoria ha sido previsto en muchos convenios, en la descentralización productiva los criterios que se manejan en la incorporación no son solo la antigüedad, el grupo/categoría profesional/especialidad y el centro de adscripción; también la proximidad y los sectores de actividad en los que se enmarcan las tareas a realizar por las personas cedidas.

Hacemos a continuación un breve recorrido por algunos convenios ETTs, que aplican los siguientes criterios del llamamiento:

1. Delegación/oficina ETT, clasificación o grupo profesional, cuadrillas —en el caso de régimen agrario—, antigüedad, experiencia, polivalencia y ámbito geográfico 30 kms desde delegación, salvo acuerdo particular en mayor kilometraje. Aplicación de los criterios del llamamiento a nivel de oficina/unidad de contratación, con agrupación de las personas trabajadoras fijas-discontinuas en grupos profesionales y sectores de actividad. Ámbito geográfico: la distancia kilométrica se tendrá en cuenta desde el límite geográfico del término municipal de la localidad donde se ubique la oficina de la ETT o desde el domicilio informado por la persona trabajadora, pudiendo la ETT acordar pactar con la persona trabajadora en acuerdo anexado a su contrato la ampliación del ámbito territorial en el desempeño de sus actividades, inclusive para cubrir las necesidades de clientes de otras delegaciones. De producirse empate temporal de varias personas trabajadoras en términos de antigüedad —para cuyo cómputo a efectos de llamamiento se tendrá en cuenta el número de días trabajados desde 1 de abril de 2022—, tendrán prioridad quienes hayan trabajado mayor número de días y horas en un mismo año de contratación bajo la modalidad fija-discontinuo y, en su defecto, la persona o personas trabajadoras con mayores cargas familiares[69].

2. Oficina o unidad de contratación, con agrupación en cada una de ellas a las personas trabajadoras fijas-discontinuas en grupos profesionales o en grupos profesionales y sectores de actividad, con formación de *buckets, en los que se aplicará el orden de antigüedad entre las personas que cumplan los requerimientos del puesto solicitado; en todo caso, el centro*

la persona trabajadora ha de confirmar o rechazar el llamamiento, «teniendo en cuenta que ambos periodos deberán ser proporcionados, adecuados y suficientes», CC Adecco TT, SA, ETT.

68 La doctrina judicial se ha pronunciado acerca de la posibilidad de fijar para el llamamiento un preaviso de 48 horas, como regla general, o uno menor, si las circunstancias lo requieren, entendiendo que el preaviso, con carácter general, de 48 horas es legal y perfectamente válido, por no ser contrario a la legislación laboral nacional ni a la Directiva 2019/1152. La conclusión es diferente cuando aquel es inferior a 48 horas, por mucho que se haya establecido en convenio colectivo para algunas actividades que deben ser calificadas como *'sorpresivas'*; considerando que dicho preaviso es ilegal, SAN 05-12-2022, rec. 287/2022).

69 CC de la empresa Interempleo Empresa de Trabajo Temporal, S.L., con llamamiento por cualquier medio del que quede constancia (BuroSMS, SMS, *WhatsApp*, etc.) con al menos 2 días de antelación a la fecha de incorporación.

de trabajo de la empresa usuaria debe estar en un radio de 30 kms desde el límite del término municipal de la localidad donde esté ubicada la oficina de la ETT o desde el domicilio informado de la persona trabajadora, siendo, en caso contrario, decisión de esta si acepta o no el llamamiento, no considerándose el rechazo una baja voluntaria ni un incumplimiento de contrato[70].

3. Acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora en el contrato de trabajo de los ámbitos que delimiten el llamamiento, que, además de la oficina o unidad de contratación, podrán ser todos o algunos de los siguientes: ámbito funcional —categoría/s o grupo profesional y requerimientos específicos del puesto de trabajo a cubrir—; ámbito territorial —localidad, provincia o distancia kilométrica—; ámbito sectorial, y; empresa o empresas usuarias. Con la totalidad de las personas con los mismos ámbitos acordados se formarán colectivos o bolsas a los efectos de realizar los llamamientos, aplicándose entre ellas un orden de convocatoria por antigüedad. Cuando el llamamiento se establezca en función de la distancia kilométrica, el centro de trabajo de la empresa usuaria debe estar localizado en un radio de acción de 30 kms, a contar desde alguno de los siguientes puntos de referencia, que ha de acordarse y recogerse expresamente en el contrato de trabajo: límite del término municipal de la localidad donde se ubique la oficina de la ETT; desde el término municipal del centro de trabajo de la usuaria del primer periodo de actividad, o; desde el término municipal del domicilio informado por la persona trabajadora. En el resto de los casos, la ETT podrá realizar llamamientos superando tal distancia o extramuros de los ámbitos acordados, siendo decisión de la persona trabajadora si acepta o no la convocatoria, no considerándose el rechazo ni baja voluntaria, ni incumplimiento contractual[71].

Además de estas previsiones, en las que, como se advierte, el llamamiento y su orden adquieren mayor complejidad, no solo por las características ínsitas al negocio de las ETTs, sino también de resultas de la proximidad geográfica entre el centro de trabajo de usuaria y el de la ETT y, en su caso, el domicilio de la persona trabajadora, se contemplan en la negociación colectiva otras situaciones que pasamos a señalar, ahora en referencia a las contratas y subcontratas. Debe significarse que no se recogen especialidades al respecto en la mayoría de los convenios colectivos sectoriales que pudieran corresponderse con la actividad objeto

70 Se tendrán en cuenta, en todo caso, «los requerimientos derivados de la clasificación y grupos profesionales vigentes en la empresa usuaria así como los requisitos del puesto de trabajo demandado […] en orden a habilidades, competencias y experiencia requeridas para su desempeño, a fin de asignar dentro del *bucket* a la persona trabajadora que conforme al proceso de evaluación y selección» realizado por la ETT reúna tales requisitos; en el sector de estiba y desestiba de puestos, «cuando exista un sistema habitual y previo de acceso a los llamamientos, se respetará el sistema implantado con anterioridad», I CC de Randstad Empleo ETT, SAU, con reproducción del art. 16 ET en relación con el medio y antelación de la convocatoria, matizando que la antelación adecuada y suficiente es en referencia a la naturaleza y características de la necesidad a atender en la empresa usuaria posibilitando la respuesta de disponibilidad de la persona trabajadora.

71 CC Adecco TT, SA, ETT, señalando que el sector de estiba y desestiba de puertos, se respetará, de existir, el sistema habitual y previo de llamamiento. En relación con el medio y el preaviso, señala el convenio que podrán establecerse en el contrato de trabajo o en la orden de llamamiento la antelación mínima con la que la ETT ha de realizar el llamamiento, así como el plazo máximo de confirmación o rechazo de la convocatoria, «teniendo en cuenta que ambos periodos han de ser proporcionados, adecuados y suficientes».

de la contrata —que aplican un régimen común del llamamiento[72]—, sí en determinados convenios de empresas contratistas y multiservicios[73], que prevén que en la notificación del llamamiento se ha de hacer constar el centro, puesto de trabajo, categoría profesional, convenio colectivo de aplicación, remuneración a percibir y duración del periodo de actividad, siendo el criterio de selección la adecuación del perfil al puesto de trabajo, convocándose en primer lugar a las personas cuyos perfiles se ajusten mejor al puesto a cubrir, y priorizándose a las que previamente hayan prestado servicios para el centro de trabajo que requiere el llamamiento; de existir personas inactivas con el mismo perfil, el criterio de selección será la antigüedad en el puesto concreto. Se admite, asimismo, la realización de llamamientos al personal fijo-discontinuo para dar cobertura a puestos de trabajo en otros lugares con convenios sectoriales diferentes y con grupos profesionales análogos, de conformidad con la descripción funcional de los grupos de diferentes convenios[74].

Incorpora el art. 16.3 ET un derecho de control colectivo sobre cómo se realizan los llamamientos, que se concreta en la obligación de la empresa de dar traslado a la representación de las personas trabajadoras, «[…] al inicio del año natural», de un calendario con las previsiones de llamamiento anual o semestral, en su caso, y «los datos de las altas efectivas de las personas fijas-discontinuas una vez se produzcan». La información debe ser facilitada con la «suficiente antelación», habiendo previsto los pocos convenios que hacen mención a esta cuestión un llamamiento anual, y no semestral[75]; algunos delimitando la «suficiente antelación», en los primeros 45 días naturales del año[76], o en el primer trimestre de cada año natural[77]. Otros reproducen la literalidad legal[78]. El calendario facilita el control colectivo, impidiendo que el fijo-discontinuo transmute a un contrato a llamada[79].

Es también deber de la empresa, cuando se recoja en convenio sectorial, la elaboración de un censo anual —art. 16.5 ET—, con una relación del personal fijo-discontinuo, que, además de su identidad, debe incorporar los periodos de llamamiento. El censo complementa al calen-

72 Se mencionan, en este sentido, el VII CC General del sector de la construcción, el CC de restauración colectiva, y el CC del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid 2022-2024.

73 Con remisión a la negociación colectiva de ámbito inferior en aras de facilitar un acuerdo que permita regular la mejor adecuación de los criterios objetivos y formales por los que ha de regirse el llamamiento de las personas fijas-discontinuas, CC de Ilunion CEE Outsourcing, SA, 2021-2023.

74 VIII CC Grupo Constant Servicios Empresariales, SLU, 2022-2028, señalando que el criterio de adecuación del perfil vendrá determinado por las habilidades, competencias, experiencia y categoría profesional que mejor se adapte al puesto de trabajo. Es en relación con este convenio sobre el que la SAN 05-12-2022, rec. 287/2022, se pronuncia en referencia a si un preaviso de 48 horas es tiempo suficiente y sobre las actividades de carácter sorpresivo.

75 CC para las industrias de turrones y mazapanes; CC de la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria-Gasteiz, Santander, Pamplona y Burgos, y; CC de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

76 «Ya que la campaña comienza el 1 de marzo», CC de la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria-Gasteiz, Santander, Pamplona y Burgos.

77 CC de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU.

78 XXIII CC de contratas ferroviarias; CC de Adecco TT, SA, ETT, y; CC de la Compañía de Distribución Integral Logista, SAU.

79 Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, pp. 190-191.

dario; de ahí la conveniencia de que sea objeto de ordenación, sin excluir, a nuestro entender —aun cuando la referencia es al convenio de sector—, el convenio o acuerdo colectivo de empresa, de grupo de empresas o de centro de trabajo. Nada impide que la empresa, como parte negociadora, asuma voluntariamente esta obligación, que finalmente quedará plasmada en el convenio o acuerdo de empresa.

Invoca, por otra parte, el art. 16.5 ET a la negociación sectorial para que pueda fijar un periodo mínimo de llamamiento anual, así como una cuantía por fin de llamamiento «a satisfacer por las empresas a las personas trabajadoras cuando este coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento». Aun cuando entendemos que tal importe no debe configurar una indemnización por extinción del contrato, sino una cantidad por interrupción del empleo, algunos convenios han previsto su carácter compensatorio[80]. Puede, asimismo, la negociación colectiva incorporar normas compensatorias, así como previsiones de naturaleza cuantitativa por las que se establezca un mínimo de convocatorias al año, sin que ello implique, naturalmente, que, en defecto de ordenación convencional, la empresa pueda, a discreción, efectuar los llamamientos.

Ante un incumplimiento del régimen de llamamiento por parte de la empresa, falta o inobservancia de las exigencias formales o de la orden de convocatoria, la persona trabajadora podrá ejercitar «las acciones que procedan» —art. 16.3, párr. 3 ET—, incluida la acción de despido[81]. El *dies a quo será el momento tanto de la falta de llamamiento como en el que se conociese*[82], pudiendo, pues, la persona trabajadora reclamar, vía judicial, cuando finalmente no fue convocada, aun cuando previamente la empresa le hubiera comunicado que no iba a ser llamada[83].

80 El art. 26 VII CC general del sector de la construcción ha previsto, cuando el fin del llamamiento coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento, el pago por la empresa a la persona trabajadora de una cuantía por fin de llamamiento, del 5,5 por 100, calculado sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicables devengados durante el último periodo de actividad. Estas cuantías, a las que el convenio suma otras —1,5 por 100, ya sea por extinción del contrato por dimisión de la persona trabajadora en periodo de inactividad, ya de común acuerdo, dentro de los siguientes 25 meses al inicio de dicho periodo— dice el convenio, no son compatibles, procediendo entonces su compensación, con las indemnizaciones que pudieran corresponder con la extinción del contrato *ex* arts. 40, 41 y 50 a 55 ET, con posibilidad de incorporar tal compensación en el contrato de trabajo.

81 En consecuencia, «no todo incumplimiento» de las obligaciones empresariales vinculadas al llamamiento debe entenderse un despido, ni expresa, por tanto, una voluntad extintiva de la empleadora, Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo…», *op. cit.*, p. 240; Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…*, *op. cit.*, p. 182; Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 102, todos referenciando situaciones en las que la persona trabajadora podrá ejercitar la acción de despido; otras, en las que la persona afectada estará interesada en reclamar la restitución de su derecho con cobro de las cantidades dejadas de percibir.

82 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 102. Así lo recoge expresamente el CC de contratas ferroviarias, que reproduce la literalidad legal. El CC para el sector de conservas, semiconservas y salazones de pescado y marisco, y; el CC del Grupo de Bebidas Naturales hacen referencia al plazo para instar la reclamación, que se inicia «desde el día que tuviese conocimiento de la falta de la convocatoria», al que se suma, como expresamente indica el art. 16.3 ET, el momento de la falta de llamamiento.

83 Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, p. 102.

Además de las consecuencias derivadas del incumplimiento empresarial —por ausencia o realización de la convocatoria de forma contraria a lo establecido en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación—, también se puede producir otro tipo de efectos cuando la empresa no observa el plazo mínimo de preaviso: posibilidad de que la persona trabajadora no atienda la convocatoria, sin necesidad de alegar justa causa, inclusive cuando tal incumplimiento sea debido a una razón objetiva sostenida en la necesidad de cubrir un servicio con menor antelación[84]. Por otra parte, cuando concurran hechos impeditivos derivados de fuerza mayor, que hagan irrealizable la incorporación por la empresa a su plantilla en fecha, procede actuar de conformidad con lo establecido en el art. 47 ET, dándoles de alta e integrándolas en el ERTE; en caso contrario, se vulneraría el deber de ocupación efectiva[85].

El art. 16.6 ET ha previsto un conjunto de circunstancias por las que la persona trabajadora que no se incorpore al llamamiento no puede sufrir perjuicio alguno, con mención del ejercicio de los derechos de conciliación y las ausencias con derecho de reserva del puesto de trabajo, así como otras causas justificadas reconocidas por ley o en convenio colectivo. A tenor de lo establecido en el precepto legal pueden darse dos tipos de supuestos, que han sido previstos en los convenios aplicables a las ETTs y a las contratas y subcontratas.

1. Rechazo del llamamiento, no reincorporación, o incorporación fuera de fecha, sin causa justificada, que algunos convenios consideran baja voluntaria o dimisión, con exclusión de la lista[86]. Hacemos una breve mención en este punto a la necesidad, para que exista desistimiento o dimisión, de una voluntad inequívoca, que exprese un propósito deliberado de dar por finalizado el contrato de trabajo[87], de forma tal que cuando haya reincorporación, aunque sea tardía, al puesto de trabajo deberán valorarse casuísticamente la relevancia y naturaleza del incumplimiento.

84 CC estatal empresas de seguridad para el periodo 2023-2026. Recuérdese que el convenio recoge un preaviso de 5 días naturales a la fecha de incorporación.

85 SAN 14-12-2020 (rec. 185/2020).

86 Sin referencia a la posible existencia de causas justificadas, CC estatal de empresas de seguridad: «en el supuesto de que una vez producido en tiempo y forma el llamamiento de la persona trabajadora, esta no se incorporase a su puesto de trabajo, se entenderá que causa baja en la empresa por dimisión voluntaria, quedando extinguido su contrato de trabajo y, consecuentemente, su relación laboral con la empresa».

87 Cuestión distinta es que exista manifestación expresa por parte de la persona trabajadora de su voluntad de no reincorporarse a un llamamiento y de no volver a ser llamada, en cuyo caso aquella podrá tener el carácter de baja voluntaria. En este sentido, CC Adecco TT, SA, ETT y I CC de Randstad Empleo ETT, SAU, que, no obstante, señalan a continuación que en los supuestos en los que, sin causa justificada, se produzca el rechazo del llamamiento, la no reincorporación o la ausencia de respuesta al llamamiento, podrán ser considerados desistimiento voluntario de la persona trabajadora (CC Adecco TT, SA, ETT), con referencia el I CC de Randstad Empleo ETT, SAU, a que dicha circunstancia haya quedado constatada por la empresa. Véase, por todas, la STSJ Cataluña 25-07-2022 (rec. 1550/2022), que declara que la dimisión, asociada en este caso a la no reincorporación tras el llamamiento, «requiere una voluntad incontestable en tal sentido, sin dar lugar a dudas razonables, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral».

2. Causa debidamente acreditada que justifique la ausencia o el retraso en la comparecencia; sin expresa mención, unas veces, a las razones que justifican la no incorporación en fecha[88]; otras, con inclusión de determinadas causas[89]. Los permisos de formación son también causa justificada, aunque no se refiera expresamente a ellos el art. 16.6 ET, ni se mencionen en convenio.

4.3. Plazo de inactividad entre subcontratas y tiempos de espera entre contratos de puesta a disposición

Indica el V AENC que, cuando el contrato fijo-discontinuo se justifique por la celebración de una contrata o subcontrata, o con motivo de concesiones administrativas, hay llamamiento a la negociación colectiva —concretamente al convenio sectorial— para determinar el plazo máximo de inactividad entre contratas y subcontratas —art. 16.4 ET—.

Como bien se advierte, la norma legal hace referencia a los periodos de inactividad entre contratas[90] —no a cualquier otro periodo de inactividad—, que «solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones», pudiendo el convenio sectorial que resulte de aplicación a la contrata, de conformidad con las reglas establecidas en el art. 42.6 ET[91], «determinar un plazo máximo de inactividad entre subcontratas, que, en defecto de previsión convencional, será de tres meses». Vencido el plazo, la empresa contratista viene obligada a tomar las medidas coyunturales o definitivas que resulten procedentes[92]. No puede la persona trabajadora pasar a situación de inactividad por la sola decisión empresarial, existiendo obligación de recolocación en la nueva contrata o subcontrata, siempre, naturalmente,

88 CC Adecco TT, SA, ETT.

89 CC de la empresa Interempleo Empresa de Trabajo Temporal, S.L.: incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, periodo de descanso por maternidad o paternidad, adopción o acogimiento, excedencia, licencia, u otras causas justificadas y debidamente acreditadas, señalando que en estas circunstancias la falta de incorporación al llamamiento no supondrá la pérdida del turno en el orden que la persona trabajadora en el censo correspondiente.

90 Es decir, debe haber finalizado la relación administrativa o mercantil entre la empresa principal y la empresa contratista.

91 La referencia en el art. 16.4 ET a los convenios sectoriales determina que el convenio aplicable es el sectorial de la actividad —no el convenio de la empresa contratista— salvo que exista otro convenio sectorial de aplicación de conformidad con lo establecido en el T. III ET.

92 Si al final del periodo de espera no existe trabajo adecuado a desarrollar en otra contrata, la empresa adoptará las medidas coyunturales —ERTE— o definitivas —ERE, con indemnización de 20 días salario/año servicio, con un máximo 12 mensualidades—. Término que se formula imperativamente debido a que la persona durante este periodo no percibe retribución —independientemente del derecho a la prestación de desempleo si se reúnen los requisitos para ello— y debe estar disponible, por lo que el alargamiento de este periodo transformaría la naturaleza de su contrato en un contrato a llamada, Ballester Pastor, M.A., *La reforma laboral de 2021…*, *op. cit.*, pp. 93 ss, afirmando que el art. 16.4 ET se ajusta a un patrón de trabajo previsible, que es conforme a la Directiva 2019/1152. Además de los ERTE y ERES, se mencionan otras medidas en Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…*, *op. cit.*, pp. 162-164: art. 39 —medidas de movilidad funcional, de carácter coyuntural— y art. 41 —medidas de modificación sustancial de condiciones de trabajo—; por acuerdos se pueden fijar otras medidas «para adaptar los puestos, introducir la necesaria adecuación a los nuevos encargos».

que la actividad a realizar sea compatible con las aptitudes profesionales de la persona, en virtud de lo consignado en su contrato de trabajo[93]. Ante la existencia de pluralidad de personas trabajadoras fijas-discontinuas aptas y disponibles para desarrollar la actividad en la nueva contrata serán de aplicación las reglas sobre el llamamiento; las recogidas en el convenio de aplicación a la empresa contratista en los términos previstos en el art. 42.6 ET. Debe, por otra parte, darse preferencia al personal fijo-discontinuo frente a nuevas contrataciones, cuando la contrata se ajuste a su perfil profesional[94]. Finalizada la contrata, y hasta que no hayan transcurrido tres meses —o el periodo de espera que establezca el convenio colectivo—, no es dable despedir al amparo del art. 52.c) ET[95], tras lo cual la empresa deberá adoptar las oportunas medidas coyunturales o definitivas. El periodo de espera, y la obligación de recolocación que implica, conducen a considerar que, cuando se acredite que existió tal posibilidad, el despido debe ser calificado improcedente.

La norma legal invoca al convenio sectorial, que ha previsto en ocasiones, en el caso de contratación fija-discontinua para la celebración de contratas, subcontratas o concesiones administrativas, un plazo máximo de inactividad de 6 meses, que duplica, por tanto, al que con carácter subsidiario aplica la ley[96]. El mismo plazo se recoge en algunos convenios de empresa, que recuerdan que los periodos de actividad y, consecuentemente, el de los llamamientos vienen determinados por los tiempos de ejecución de la contrata, subcontrata o concesión administrativa a las que responda la contratación de la persona fija-discontinua, o, en su caso, por las posibles ampliaciones de servicios que pudieran producirse durante el desarrollo de aquellas[97].

Otros convenios sectoriales, sin delimitación temporal, recogen que el plazo máximo de inactividad se corresponderá con el periodo de tiempo en el que no sea precisa la prestación de servicios de la persona trabajadora, bien porque la actividad de la empresa no lo requiera, bien por no existir necesidad de incrementar la plantilla en la provincia en la que aquella suscribió el contrato de trabajo[98]. En esta tesitura, y ante la falta de concreción convencional, entendemos que, de no existir en este periodo prestación de servicios del personal fijo-discontinuo debe operar el plazo legal de tres meses.

Transitando a la ETT, es sabido que el art. 10.3 LETT enlaza los periodos de inactividad con el plazo de espera entre los contratos de puesta a disposición[99], sin imponer un límite temporal máximo a la duración de estos periodos, en defecto de convenio, tal como hace el ET en las contratas y subcontratas. Se ha considerado que tal diferencia entre ETTs y contratas «quizá puede tener justificación porque en el caso de las ETTs lo cierto es que resulta mucho más intensa la rotación de personal y el número de misiones diferentes y más cortas a cubrir», siendo evidente, por otra parte, que «aunque no se diga expresamente en el nuevo

93 Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato…», *op. cit.*, p. 229.

94 López Balaguer, M., «El nuevo contrato…», *op. cit.*, p. 11.

95 STSJ Madrid 30-03-2022 (rec. 167/2022).

96 Es el caso del CC del sector de servicio de educación ambiental de la Comunidad de Madrid, 2022-2025.

97 CC entre la Empresa Maconcumanda de Aljarafe, S.A. y las personas trabajadoras que la integran, 2021-2025.

98 VII CC general del sector de la construcción.

99 Con referencia a que «cada llamamiento o misión coincidirá con la duración de los periodos de actividad» de los contratos de puesta a disposición suscritos con las correspondientes empresas usuarias, CC Adecco TT, SA, ETT.

art. 16 ET, también la ETT podrá recurrir a los mecanismos coyunturales o definitivos de ajuste de empleo cuando se den las circunstancias legalmente previstas para ello y pueda acreditar la concurrencia de las causas empresariales en uno u otro supuesto»[100]. Otras posiciones han interpretado que a los plazos de espera entre contratos de puesta a disposición les es de aplicación el plazo máximo de inactividad —tres meses, en defecto de previsión en el convenio sectorial— entre contratas, previsto para poder adoptar medidas coyunturales o definitivas, por considerar que en ambos casos se está en presencia de una modalidad de externalización[101]. Debe entenderse, por otra parte, que los periodos de inactividad/plazos de espera están ligados a los contratos de puesta a disposición que, de existir, sin que la persona trabajadora sea convocada, permite ejercitar las acciones que correspondan *ex art. 16.3 ET, no solo la de despido, en los términos anteriormente expuestos.*

Pueden, naturalmente, las ETTs y las empresas contratistas y subcontratistas —y sería deseable—, realizar formación no retribuida durante los periodos de inactividad a fin de fomentar la empleabilidad de las personas trabajadoras y mejorar sus capacidades y competencias, incluyendo la formación en el marco de la prevención de riesgos laborales[102]. Con todo, se constatan las escasas referencias que hace la negociación colectiva a la formación del personal fijo-discontinuo; con el compromiso de la empresa, unas veces, de mejorar su capacitación y formación[103]. Recuérdese, por último, que la ley faculta al convenio colectivo sectorial para que pueda establecer una bolsa sectorial de empleo[104] destinada a facilitar la empleabilidad y la formación continua de las y los trabajadores con contrato fijo-discontinuo en periodos de inactividad[105]; y que a esta previsión se suma la consideración de estas personas como prioritarias en el acceso «a las iniciativas de formación del sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral durante los periodos de inactividad» —art. 16.8 ET— y el deber de información que pesa sobre la empresa, acerca de existencia de vacantes de naturaleza fija ordinaria. La información tiene como destinatarias a las personas fijas-discontinuas para que puedan formalizar solicitudes de conversión voluntaria ajustadas a los procedimientos previstos en la negociación colectiva —en el convenio sectorial o, en su defecto, el acuerdo de empresa, sin excluir, en nuestra opinión, el convenio de empresa, si no existe convenio colectivo sectorial o este no regula la materia—, así como a la representación

100 De la Puebla Pinilla, A., «ETTs, reducción de la temporalidad…», *op. cit.* En el mismo sentido, en referencia a los ajustes de empleo, López Balaguer, M., «El nuevo contrato…», *op. cit.*, p. 15. Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo…», *op. cit.*, p. 244.

101 Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, p. 170.

102 I CC de Randstad Empleo ETT, SAU. CC Adecco TT, SA, ETT.

103 CC de la Compañía Norteña de Bebidas Gaseosas, Norbega, SLU, para sus centros de trabajo de Galdakao, San Sebastián, Vitoria-Gasteiz, Santander, Pamplona y Burgos.

104 Una regulación muy detallada de la bolsa sectorial de empleo se contiene en el VII CC general del sector de la construcción, gestionada por la Fundación Laboral de la Construcción directamente o por medio de sus organizaciones territoriales. La bolsa tendrá carácter provincial, pudiendo integrarse en ella las personas con contrato fijo-discontinuo; a nivel provincial, los convenios colectivos provinciales podrán desarrollar las normas de funcionamiento y establecer instrumentos necesariamente paritarios para su gestión

105 «La inclusión en la bolsa, respecto de las personas afectadas […], debe ser siempre voluntaria, y se debe recabar su consentimiento expreso para poner sus datos profesionales a disposición de los órganos encargados de la gestión de la bolsa», Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales…, op. cit.*, p. 176.

legal de las personas trabajadoras —art. 16.7 ET—. Este deber de información se complementa con otra serie de derechos de información de las y los representantes del personal en materia de contratación; entre ellos, el de ser «informados y consultados» sobre todas las decisiones de la empresa que puedan afectar a los contratos de trabajo —art. 64.5 ET[106]—.

BIBLIOGRAFÍA

Ballester Pastor, A., *La reforma laboral de 2021. Más allá de la* crónica, MTES, Madrid, 2022.

Cruz Villalón, J., «¿Qué sabemos sobre los fijos-discontinuos?», *ON Economía*, 29-09-2023 (http://www.elnacional.net).

De La Puebla Pinilla, A., «Marco laboral de la descentralización productiva. Problemas y propuestas de reforma», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, núm. 444, 2020.*

De La Puebla Pinilla, A., «ETTs, reducción de la temporalidad y fijos discontinuos. Cuando se cierra una puerta, siempre se abre una ventana… ¿O no?», *El Foro de Labos*, 14-06-2022.

Esteve Segarra, A., «Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral. ¿Por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?», *RDS, núm. 94, 2021*.

López Balaguer, M., «El nuevo contrato fijo-discontinuo», *Lex Social, Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 13, 2023.

Goerlich Peset, J.M., «Contrato fijo-discontinuo: ampliación de supuestos y mejora de sus garantías», *Labos*, 2022, vol. 3, Monográfico sobre la reforma laboral 2021.

Gorelli Hernández, J., «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo-discontinuo tras la Reforma de 2021», *Temas Laborales,* núm. 161, 2022

Gualda Alcalá, F.J. (Coord.), *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Bomarzo, 2022.

Merino Segovia, A. y **Grau Pineda, C.**, «La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso», *RDS,* núm. 95, 2022.

106 Véase, al respecto, STS 27-02-2019, rec. 218/2017, que plantea si el deber de información de las empresas a la representación de las personas trabajadoras de contratas y subcontratas se limita a los supuestos previstos en el art. 42 ET —deberes de información de la empresa principal, art. 42.4 ET y deberes de información de las empresas contratistas y subcontratistas, art. 42.5 ET—, o alcanza también a los deberes de información *ex* art. 64 ET. La sentencia concluye que, en tales supuestos, el deber de información no se limita a lo establecido en el art. 42.4 y 5 ET, extendiéndose a la información del art. 64 ET.

Nieto Rojas, P., «Cláusulas de empleo en la negociación colectiva sectorial: algunas tendencias», *Revista de Información Laboral*, núm. 10, 2016.

Viqueira Pérez, C., «¿Puede una ETT contratar trabajadores fijos discontinuos?, *Revista de Jurisprudencia Laboral-BOE, núm. 10, 2020*.

RELACIONES LABORALES EN EL METAVERSO: UN NUEVO DESAFÍO PARA EL DERECHO DEL TRABAJO

Faustino Cavas Martínez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
cavas@um.es

Enviado el 17 de mayo de 2024; aceptado el 17 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DEL METAVERSO. II. METAVERSO Y DERECHO. ¿ES NECESARIO UN «METADERECHO»? III. RELACIONES LABORALES EN EL METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO. 3.1. El metaverso y su impacto en el empleo. 3.2. Del teletrabajo al «metrabajo». 3,3. El metaverso como espacio de trabajo. 3.4. Identidad y caracterización del avatar. 3.5. Metaverso laboral y derechos fundamentales. 3.6. Problemas de derecho internacional privado del trabajo. 3.7. Dinámica de la relación laboral individual. 3.8. La dimensión colectiva de las relaciones laborales. 3.9. Metaverso y prevención de riesgos laborales. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Palabras clave: disrupción tecnológica, metaverso, legislación laboral, empleo.
Keywords: technological disruption, metaverse, labor legislation, employment.

Resumen: Aunque al escribir estas líneas nos encontramos todavía en un momento de fuerte incertidumbre sobre la verdadera trascendencia y contenido del metaverso y, en consecuencia, las opiniones deberán entenderse circunscritas a una plano meramente hipotético y especulativo, no parece discutible que el Derecho del Trabajo será uno de los principales campos socio-jurídicos que en el futuro se verán afectados por la revolución de las realidades digitales asociadas al desarrollo del metaverso. Ello implica que los juristas debemos estar preparados e informados para recibir esta nueva realidad que incidirá en numerosas parcelas del ordenamiento jurídico, y concretamente impactará directamente en el mundo de las relaciones laborales.

Abstract: Although when writing these lines we are still in a moment of strong uncertainty about the true significance and content of the metaverse and, consequently, the opinions must be understood as limited to a merely hypothetical and speculative level, it does not seem debatable that labor law will be one of the main socio-legal fields that in the future will be affected by the revolution of digital realities associated with the development of the metaverse. This implies that jurists must be prepared and informed to receive this new reality that will be projected in numerous areas of the legal system, and specifically will have a direct impact on the world of labor relations.

I. APROXIMACIÓN A LA REALIDAD DEL METAVERSO

Desde hace décadas, las nuevas tecnologías se expanden con rapidez creciente en un mundo permeable y globalizado que no conoce fronteras físicas. La disrupción digital, la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica son factores que cada vez resultan más determinantes en la configuración de las relaciones sociales y económicas, dando paso a nuevos y multifacéticos entornos en los que la forma de interactuar y de trabajar se aparta de los esquemas tradicionales. El Derecho, que está llamado a ordenar la realidad, se muestra incapaz de avanzar al mismo ritmo que los cambios tecnológicos, los cuales plantean constantes desafíos que los poderes públicos y las instituciones no pueden desatender en su obligación de promover y garantizar los derechos y el bienestar de la ciudadanía.

En este contexto de transformación tecnológica permanente, surge el metaverso como un concepto nuevo que plantea la fusión de los mundos digital y físico. Desde el análisis morfológico, la palabra está formada por el prefijo griego «meta», que significa más allá, y «verso», que es la contracción de «universo», cuya acepción segunda en la RAE hace referencia a «conjunto de todo lo existente», y su tercera a un «conjunto de individuos o elementos cualesquiera en los cuales se considera una o más características que se someten a estudio estadístico»; de modo que «metaverso» alude a algo que se encuentra más allá del universo, tal como lo conocemos físicamente. Al margen de esta definición, cuando hablamos del metaverso nos referimos a una realidad digital alternativa, una dimensión paralela a la física en la que los usuarios, merced a una combinación de diversas tecnologías (dispositivo digital —ordenador, tablet, smartphone…—, conexión a internet, gafas virtuales, cascos/mandos con sensores de movimiento, realidad aumentada, realidad virtual, inteligencia artificial, *blockchain* o NFTs, web 3.0, etc.), podrán realizar una gran variedad de actividades[1], tales como comprar y vender, jugar, practicar deporte, celebrar reuniones, relacionarse socialmente, visitar museos, impartir y recibir formación, asistir a conciertos o conferencias virtuales, trabajar, viajar o pasar por recreaciones 3D, todo ello interactuando con el entorno que les rodea a través de un avatar, que no es otra cosa que la representación gráfica o digital del usuario (sujeto biológico) en el metaverso[2]. Incluso hay despachos jurídicos que han decidido abrir sucursales en el metaverso[3]. Sin olvidar que también las Administraciones Públicas pueden tener cabida en el metaverso de diferentes formas.

1 Di Pietro, R. y Cresci, S., «Metaverse: Security and Privacy Issues», *IEEE TPS*, December 12-15, 2021. Puede consultarse en: https://arxiv.org/pdf/2205.07590.pdf

2 Mientras que el «avatar» es una representación digital de un usuario, a menudo en forma de personaje 2D o 3D, que se utiliza para interactuar con entornos virtuales u otros usuarios en espacios en línea, un «holograma» es una proyección física en el mundo real de una imagen 3D, generalmente creada con láser u otras tecnologías. Si bien los avatares se usan a menudo en la realidad virtual y los juegos en línea, los hologramas se usan en una variedad de aplicaciones, como en el arte, la publicidad y la investigación científica.

3 El fenómeno no es nuevo. En 2007, al menos dos firmas abrieron oficina en *Second Life*, la canadiense *Davis LLP* y la británica *Birmingham´s Simpson Millar*. Aunque después vinieron más, desde grandes despachos como *Field Fisher Waterhouse* o más pequeños como *Elchoness Law Firm*. Ese mismo año se abrió en *Second Life* hasta un colegio de abogados, el *Second Life Bar Association*, que incluso llegó a celebrar elecciones. En septiembre de 2021, *Vicox legal* se convirtió en la primera firma española en abrir una sede en el metaverso.

En el estado actual de la técnica, se puede afirmar que el metaverso es un universo paralelo, inmersivo y tridimensional, que tiene sus cimientos en la realidad virtual, donde cuenta con un conjunto de datos que posibilitan al usuario, identificado e individualizado con el avatar, vivir, crear y experimentar una simulación sensorial completa, la cual es manipulada en el mundo real pero visualizada en la realidad extendida o mundo tridimensional[4]. El desarrollo del metaverso nos plantea una realidad que va mucho más allá de la visión de imágenes tridimensionales que actualmente experimentamos con algunos videojuegos («*Los Sims*», «*Second Life*», etc.) o en salas de cines; es la evolución de la Web3 en su forma más completa, en la que estarán presentes una serie de mundos virtuales descentralizados e interconectados en los que será posible interactuar con otras personas. Hablamos de crear un entorno digital que te ofrece, no solo la sensación de estar en él, sino que te brinda la oportunidad de intervenir en lo que pasará en el futuro en dicho mundo a través de una toma de decisiones individual y de impulsos sensitivos propios. La finalidad del metaverso es crear una realidad inmersiva diferente a la realidad virtual que hoy se conoce, permitiendo al usuario conectarse con un universo lleno de posibilidades nuevas e innovadoras, a través de dispositivos que le permitan tener una percepción y experiencia sensorial muy cercana a la realidad. El objetivo último es poder trasladar a ese universo virtual las mismas actividades que se realizan de forma cotidiana en el mundo real. Aunque su desarrollo es todavía incipiente, el avance de las experiencias inmersivas en el metaverso y esos nuevos mundos virtuales es algo imparable y modificará previsiblemente el formato de las relaciones sociales y económicas del futuro.

Sin embargo, el metaverso no es un concepto tan nuevo como pudiera pensarse. Al igual que ocurría con Asimov y su apuesta por la robótica en muchas de sus novelas o de la sociedad tecnológica que nos vigila de Orwell o Huxley, el metaverso también tiene su origen en la literatura. El concepto fue acuñado en 1992 por el escritor estadounidense Neal Stephenson, en su novela de ciencia ficción *Snow Chras*, que narra la historia de *Hiroaki Hiro Protagonist*, un repartidor de pizza en el mundo real (un *ryder* «ante-tempus»), pero príncipe guerrero (samurai) en el ciberespacio, que allí se denomina Metaverso. Pero fue treinta años más tarde cuando este fenómeno se popularizó, al anunciar Mark Zuckerberg, CEO de Facebook, en la conferencia Facebook Connect del 28 de octubre de 2021, el cambio de denominación de la compañía a *Meta Platforms, Inc.*, revelando sus crecientes ambiciones de ir más allá de las redes sociales y de revolucionar la forma habitual de interactuar en internet, invirtiendo en el desarrollo de una versión propia y concreta de metaverso (si bien hay quien ha querido ver en este cambio de denominación el intento por desprenderse del lastre de una marca tóxica)[5]. Este anuncio venía acompañado de una propaganda puramente laboral: en la Unión Europea, desde ese mismo momento y hasta 2026, la transformación de la plataforma hasta el metaverso daría lugar a la creación de 10.000 puestos de trabajo en el ámbito europeo, en este mundo virtual.

El metaverso es un espacio que no existe físicamente pero que puede experimentarse como real, a través de una composición masiva de mundos virtuales 3D renderizados en

4 Martheyn Carrillo, L.E. y Martínez Sepúlveda, F.S.., «Incidencia y tendencias del Metaverso en el derecho laboral en Colombia», p. 5, disponible en: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24539/Articulo%20de%20Investigacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

5 Raya, A., «La verdadera razón por la que Facebook se ha cambiado el nombre a Meta», *el Economista.es*, 01/11/2021, consultado el 20/07/2023 en: https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/11459464/11/21/La-verdadera-razon-por-la-que-Facebook-se-ha-cambiado-el-nombre-a-Meta.html

tiempo real[6]. Se ha dicho que es un «universo post-realidad, un entorno multiusuario perpetuo y persistente que fusiona la realidad física con la realidad virtual»[7]. La funcionalidad del metaverso o metaversos implica que estos mundos pueden ser experimentados de manera sincrónica por un número ilimitado de usuarios que cuentan con un sentido de presencia individual, con la virtualidad de que lo que ocurre en el metaverso no desaparece con la desconexión, sino que perdura en el tiempo, aunque los usuarios ya no estén conectados: su identidad, su historia, sus creaciones…, estarán ahí cuando se vuelvan a conectar. En este sentido, el Parlamento Europeo, en junio de 2022, hizo público un documento titulado «*Metaverso: oportunidades, riesgos e implicaciones políticas*»[8], donde indica que una característica propia que diferencia esta experiencia de otras iniciativas anteriores que pudieran parecer similares, es la de ofrecer un mayor realismo para que las personas puedan sumergirse emocionalmente en un mundo virtual, para lo que recomienda igualmente el uso de la realidad aumentada y que por tanto la visión de lo que ocurra pueda llevarse también a una visión combinada de realidad física. Empresas como *Adidas*, *PWC*, *Mastercard*, *Epic Games* o *Lego* estén ya dentro de este universo de una u otra manera, comprando parcelas virtuales, comercializando con tokens o realizando patentes para lo que pueda venir; en este sentido, según la Agencia española de Protección de Datos podría estar dando lugar la entrada en el mercado del metaverso a una carrera, al estilo de la carrera espacial, pero respondiendo al fenómeno o síndrome FOMO (Fear Of Missing Out, angustia por el temor de estar perdiéndose algo)[9].

Si hubiera que destacar dos cualidades del metaverso, estas serían inmersión e interoperabilidad[10]. De forma más gráfica y descriptiva, se ha señalado que el metaverso se caracteriza por: la existencia de plataformas inmersivas, gracias a dispositivos de VR y AR, aunque no necesariamente; ecosistemas persistentes, síncronos y concurrentes; identidades digitales basadas en avatares, que interactúan entre ellos y permiten identificar a los usuarios y diferenciarlos entre sí; una economía completa de intercambio de bienes digitales basada en NFTs (non-fungible tokens), tecnología blockchain, criptomonedas y smart contracts; un entorno de gobernanza que puede ser centralizado o descentralizado y, por último, la vocación de ser ecosistemas abiertos, colaborativos e interoperables, de modo que sea posible la libre circulación entre metaversos de datos, activos y contenidos[11]. De este modo, el avatar de cada uno podría ir de un metaverso a otro metaverso, y los acuerdos, transacciones o relaciones realizados en uno tendrían validez en los otros, con lo que tendríamos una misma identidad digital ante diversos metaversos.

6 López Jiménez, J.M., Sebastián Castañares, L., Sales Ibáñez, A., «El metaverso y las relaciones laborales. Una aproximación», *Revista Jurídica Valenciana*, Núm. 40, 2022, p. 108.

7 Nieto Longhin, M.ªE., «Metaverso, relaciones laborales y Derecho del Trabajo», *Revista IDEIDES-UNTREF*, núm. 83, Abril 2023, p. 2/12, accesible en: http://revista-ideides.com/metaverso-relaciones-laborales-y-derecho-del-trabajo/

8 «Metaverse: Opportunities, risks and policy implicitations», disponible en: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/733557/EPRS_BRI(2022)733557_EN.pdf

9 AEPD, «Metaverso y privacidad», *El Blog de la AEPD*, 29/09/2022, accesible en: https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/metaverso-y-privacidad.

10 Nieto Longhin, M.ªE., «Metaverso, relaciones laborales y Derecho del Trabajo», *cit*., p. 4/12.

11 Vicente Del Olmo, L.I., Núñez, J.L., Kuchkovsky, C. y Matinero, J., «Historia del metaverso», en VV.AA., *Aspectos jurídicos del metaverso* (coords. Vicente Del Olmo, L.I. y Amat, J.L.), Madrid, La Ley, 2022, pp. 37-38.

Por su modalidad de funcionamiento, es posible distinguir entre metaversos centralizados y metaversos descentralizados. En los primeros, todo el poder está en manos de la organización propietaria de la plataforma, que es la única que decide sobre el futuro del metaverso. Por el contrario, los metaversos descentralizados funcionan a través de una DAO (Organización Descentralizada Autónoma) en la que son los propios usuarios los que toman las decisiones de forma autónoma y democrática, con arreglo a su nivel de presencia en la economía virtual de la plataforma[12].

De lo dicho hasta ahora se desprende que probablemente no existirá un único metaverso global al que poder conectarse (y ni siquiera el anunciado por Meta parece que vaya a ser el más demandado). Técnicamente resulta más apropiado hablar de metaversos, en plural, tantos como plataformas digitales intermediarias, o de «multiverso», pues son varias las empresas y corporaciones que desde hace años vienen apostando por desarrollar experiencias tridimensionales inmersivas para explotar sus modelos de negocio, ofreciendo sus productos o servicios, o simplemente para reforzar el vínculo emocional entre los miembros de su comunidad[13]. Partimos de una posición en la que la Web3 y los metaversos acabarán complementándose, es decir, que no estaremos ante un único metaverso pero sí ante una arquitectura tecnológica común que ofrecerá interoperabilidad entre los servicios de este tipo que ofrezcan diversas plataformas digitales. Esta idea es central, porque, *a priori*, tener un multiverso configurado a través de plataformas no es lo mismo que hablar de Metaverso como una evolución de la Red de Redes y con unos patrones tecnológicos determinados. Como podemos imaginar, para poder determinar cómo debiéramos resolver los conflictos en el metaverso, es fundamental determinar si nos vamos a encontrar con un único metaverso, en el que los problemas de Derecho aplicable pueden afrontarse a través de criterios universales de jurisdicción o competencia, o un multiverso de plataformas intermediarias, en cuyo caso la forma de resolver los conflictos dentro de las mismas sería interna y acotada a los planteamientos de una empresa concreta bajo un paraguas jurisdiccional específico vinculado al territorio donde estuvieran radicados sus servidores[14].

12 Serrano Acitores, A., *Metaverso y Derecho*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 156.

13 Entre las empresas precursoras del metaverso se encuentra *Decentraland*, una plataforma descentralizada de realidad virtual 3D, accesible desde el explorador web de los usuarios, donde estos pueden comprar y vender tierras utilizando su propia criptomoneda (MANA), pudendo construir sobre sus parcelas y crear nuevos elementos que poner a la venta en el Marketplace de la plataforma. Por su parte, otra plataforma, *Second Life*, permite que sus usuarios expandan sus relaciones sociales, pudiendo interactuar a nivel personal con amigos y conocidos, pero también encontrando y formando parte de grupos que representan sus intereses sociales. En cuanto a las compañías de videojuegos on-line, como *Roblox*, *Epic Games* o *Riot Games*, ven el metaverso como una evolución natural de sus espacios de juego gracias a la capacidad de interacción entre diferentes usuarios en un entorno inmersivo. Empresas como *Meta*, *Microsoft, Google, Apple* y *Amazon*, que dominan el internet actual, están trabajando en el desarrollo de aplicaciones y herramientas para formar parte del nuevo universo virtual. Por último, empresas de diferentes sectores, especialmente de gran consumo (principalmente las industrias del lujo y la moda) están apostando por el metaverso como un nuevo canal de comercialización de sus productos (p. ej., los bolsos virtuales de la firma Gucci ya se venden más caros en Roblox que sus versiones originales en físico).

14 Bueno De Mata F., «Del metaverso a la metajurisdicción…», *cit*., pp. 28 y 29.

II. METAVERSO Y DERECHO. ¿ES NECESARIO UN «METADERECHO»?

El concepto de metaverso es naturalmente seductor para los juristas[15]. Se trata de un mundo nuevo, un entorno digital alternativo y en evolución, en el que el cambio puede producirse en un abrir y cerrar de ojos. Y es que el metaverso alterará la forma en que actuamos, socializamos, trabajamos y vivimos nuestras vidas, pues puede ofrecer educación, trabajo, ocio, arte, religión, deporte, ciencia o economía. En definitiva, las posibilidades son las mismas que en la realidad natural, pero en otro entorno (metafísico). Así las cosas, es evidente que el metaverso también tendrá implicaciones legales[16], y será necesario dar respuesta en un futuro previsiblemente no muy lejano a infinidad de interrogantes, del tipo: ¿cómo afectará el metaverso a las leyes que regulan la protección de datos? ¿los derechos de propiedad intelectual se regularán en el metaverso? ¿cómo se protegerán los derechos, las patentes y las marcas en el metaverso? ¿los delitos que se cometan en el metaverso serán perseguidos en el mundo real, como ocurre con los ciberdelitos? ¿se pueden usurpar la identidad y la personalidad? ¿cabe reconocer derechos a los avatares? ¿cómo se regulará el trabajo que se desarrolla en el metaverso? ¿se verá afectada la fiscalidad o la cotización a la Seguridad Social? ¿y las normas de la competencia? ¿cabe pensar en un meta-derecho, como ordenamiento jurídico paralelo al actualmente existente pero en el metaverso? ¿y en una meta-jurisdicción? ¿cómo se trasladarán las reglas de las obligaciones y derechos del mundo real (*offline*) al mundo virtual (*online*) o, en definitiva, al metaverso?

Hasta la fecha, no existe como tal un *metaderecho*, entendido como un marco normativo específicamente diseñado para regular lo que ocurra en el metaverso[17]. El Derecho suele ser reactivo, en el sentido de que la mayoría de las veces el legislador no se anticipa a los acontecimientos sino que camina detrás de los cambios sociales, económicos y, desde luego, los tecnológicos (así ha ocurrido con la aparición de Internet, las redes sociales o las plataformas digitales) y reacciona *a posteriori*, por lo que, siendo el metaverso una realidad todavía incipiente y en fase de experimentación, parece aún lejana la posibilidad de contar con una regulación propia a cualquier nivel (general o sectorial) del metaverso, mientras este no se generalice y alcance un nivel importante de implantación y desarrollo. El riesgo de esperar a que el metaverso esté suficientemente desarrollado para intervenir normativamente sobre el mismo puede ser que el desarrollo tecnológico del metaverso desborde todas las previsiones y genere problemas cuya solución puede ser complicado abordar *a posteriori*, como ya ha ocurrido con las plataformas digitales.

Es obvio que las tecnologías inmersivas presentan aspectos muy positivos para el desarrollo de nuevas interacciones sociales, incluyendo entornos enfocados a la educación, el ocio o el trabajo. Pero, al propio tiempo, el metaverso también comporta la creación de nuevos espacios para lo ilícito[18].

15 Serrano Acitores, A., *Metaverso y Derecho*, *cit*., p. 243.

16 Estévez, M., «El metaverso también tendrá implicaciones legales», *Economist & Jurist*, 2 de enero de 2022. Puede consultarse en: https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/el-metaverso-tambien-tendra-implicaciones-legales.

17 Serrano Acitores, A., *Metaverso y Derecho*, cit., p. 244.

18 Mesa Sánchez, C., «Moderación de contenidos en el metaverso», en VV.AA., *Aspectos jurídicos del metaverso*, cit., p. 71.

Ya se conocen supuestos de acoso sufridos por avatares en entornos virtuales[19], de vulneración del derecho al honor y uso de contenidos protegidos sin autorización, en espacios que cabe calificar, al menos, como proto-metaversos. Estos no son más que ejemplos de situaciones que pueden darse en el futuro metaverso y que obligan a responder a la pregunta: ¿es necesario regular los comportamientos en el metaverso, más allá de los límites que establezcan los propios participantes cuando los crean o deciden sus políticas? Un acuerdo global sobre esta cuestión puede considerarse tan deseable como poco probable, de modo que, en su ausencia, serán los parámetros normativos estatales los que se apliquen a estas situaciones[20].

Evidentemente, conductas como las descritas no se producen en un marco de completa anomia. La normativa existente sobre protección de datos personales, derechos de propiedad intelectual e industrial, moderación de contenidos en internet, la propia regulación penal, aunque no se han diseñado pensando en el metaverso, pueden contribuir en parte a paliar esos efectos nocivos; pero la rapidez con la que progresan las nuevas tecnologías es tal, el volumen de datos personales que se manejan y de relaciones que se entablan (muchas veces sin las debidas garantías) es tan elevado, que resulta obligado hacer un alto en el camino y reflexionar sobre si los actuales principios y moldes regulatorios son suficientes para aportar soluciones a los numerosos problemas jurídicos que un mundo digital cada más permeable e interoperativo representa actualmente y supondrá en el futuro para la seguridad y privacidad de las personas que interactúan en él. De modo que la pregunta sobre si será necesario instrumentar un *metaderecho,* o un derecho específico para el metaverso, adquiere pleno sentido.

Pero, mientras llega o no ese futuro derecho del metaverso, sea como un sistema jurídico global o mediante actualización de las diversas disciplinas jurídicas en las que puede incidir el metaverso, tampoco conviene obsesionarse pues, si bien en el trayecto se plantearán muchos de los interrogantes que hemos formulado, los ordenamientos jurídicos ya se están dotando, bien que con lentitud, de herramientas que podrían servir para abordar los problemas que se plateen en estos novedosos mundos virtuales[21]. A este respecto, y por referirnos al entorno geopolítico que nos es más próximo, desde hace tiempo ya la Unión Europea viene adoptando potentes medidas normativas en el ámbito del Derecho digital, unas ya presentes (como el Reglamento General de Protección de Datos[22], el Reglamento europeo de Merca-

19 Baste recordar el acoso sexual sufrido a finales de 2021, en la plataforma Horizon Worlds, por un avatar femenino a manos del avatar de otro usuario y en presencia de otros avatares que no reaccionaron frente a ese comportamiento, forzando a Meta ampliar las medidas de «personal boundary» a fin de evitar este tipo de agresiones.

20 Torralva Mendiola, E., «El metaverso: dónde está y quién es», en GA-P, *Guía jurídica del metaverso*, 2022, p. 57, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Cata%CC%81logo-Metaverso_2022-3.pdf

21 Serrano Acitores, A., *Metaverso y Derecho*, cit., p. 246.

22 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (DOUE 4.5.2016).

dos Digitales[23] y el Reglamento europeo de Servicios Digitales[24]) y otras futuras (como la propuesta de Reglamento por el que se establecen medidas armonizadas en materia de Inteligencia Artificial[25] o la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales[26]), sin olvidar otros instrumentos, como la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales de 15 de diciembre de 2022[27], el Reglamento MICA (aplicable a los mercados de criptoactivos), el Reglamento relativo a la seguridad general de los productos (aplicable en lo relativo a la protección de los consumidores en estos nuevos entornos inmersivos), la Directiva sobre derechos de autor en el mercado único digital (incorporada al Derecho español a través del RDL 24/2021) además del Reglamento de marca de la UE y la Directiva sobre la protección de secretos empresariales (traspuesta en España por medio de la ley 1/2019), o, para garantizar un pleno acceso a este tipo de plataformas a todo tipo de usuarios, la Directiva 2019/882 (conocida como *European Accessibility Act,* traspuesta en España por medio de la Ley 11/2023, de 8 de mayo) y la Directiva 2016/2012 sobre accesibilidad de los sitios web y apps de los organismos públicos (incorporada al ordenamiento español por medio del RD 1112/2018, de 7 de septiembre), que se están convirtiendo en el modelo a seguir y servirán, sin duda alguna, para embridar jurídicamente los posibles excesos que se quieran cometer en el metaverso[28]. En el ámbito interno, ya tenemos un primer avance en la Carta de derechos digitales (junio 2021), donde se indica que la naturaleza rápidamente cambiante del entorno digital hace necesario asegurar la existencia de un proceso abierto de reflexión que permita mejorar la adecuación del marco jurídico a las nuevas realidades[29].

En todo caso, será preciso determinar, llegado el momento, si esa regulación específica del metaverso debe servir para resolver todos los conflictos planteados en dicho entorno o

23 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (DOE 12.10.2022).

24 Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales) (DOUE 27.10.2022).

25 COM (2021) 206 final, de 21 de abril de 2021.

26 COM (2021) 762, de 9 de diciembre de 2021.

27 Esta Declaración carece de valor normativo, pero posee un alto significado político y previsiblemente será utilizada como canon interpretativo por los tribunales de la UE, comenzando por el TJUE. Por cierto, buena parte de los derechos y principios contenidos en esta Declaración ya se encontraban recogidos a nivel nacional en la pionera *Carta de Derechos Digitales* publicada por el Gobierno de España en el año 2021.

28 En la UE no hay una intención por parte de la Comisión Europea de regular de manera expresa el metaverso, por lo que serán las regulaciones europeas ya en vigor o en tramitación las llamadas a ofrecer soluciones a los problemas surgidos en el contexto de los metaversos en la UE. Así se recoge en el Estudio del Consejo de la UE sobre el Metaverso, hecho público el pasado 9 de marzo de 2022 (analizado en Cuatrecasas, Actualidad Jurídica, 7 de junio de 2022). En la Comunicación de la Comisión Europea sobre la Web 4.0 y Mundos virtuales, hecha pública el 11 de julio de 2023 (analizada en Cuatrecasas, Actualidad jurídica, 13 de julio de 2023), la Comisión identifica las normas básicas que deben entenderse aplicables a entornos de Metaverso.

29 Bueno De Mata, F., «Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas», *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 7, núm. 27 (julio-septiembre), 2022, p. 25.

únicamente aquellos que lo traspasan y tienen proyección en el mundo real, de modo que lo ocurrido en el metaverso, pero sin transcendencia fuera de él, podría confiarse, en los metaversos con sistema de gobernanza descentralizado, a la ordenación que de forma autónoma y democrática se doten los usuarios del mismo.

En definitiva, podemos llegar a la conclusión de que la extensión al mundo *online* trae consigo que los conflictos también se extiendan y que necesiten una respuesta, y que caso de judicializarse, estarán implicados todos los órdenes jurisdiccionales, ya que dicha extensión hace que se genere un entorno inmersivo en el que pueden ocurrir las mismas cosas que en el plano físico. Las funcionalidades están por descubrir, ya que muchas de ellas dependerán de la capacidad inmersiva que se le dé al metaverso, pero el avance tecnológico terminará conformando un espacio híbrido en el que cada vez más nos costará separar lo virtual de lo real[30].

III. RELACIONES LABORALES EN EL METAVERSO Y DERECHO DEL TRABAJO

Aunque al escribir estas líneas nos encontramos todavía en un momento de fuerte incertidumbre sobre la verdadera trascendencia y contenido del metaverso y, en consecuencia, las opiniones deberán entenderse circunscritas a una plano meramente hipotético y especulativo, no parece discutible que el Derecho del Trabajo será uno de los principales campos socio-jurídicos que en el futuro se verán afectados por la revolución de las realidades digitales asociadas al desarrollo del metaverso[31]. Ello implica que los juristas debemos estar preparados e informados para recibir esta nueva realidad que se proyectará en numerosas parcelas del ordenamiento jurídico, y concretamente impactará directamente en el mundo de las relaciones laborales[32].

En la actualidad, no existe una legislación laboral específicamente diseñada para el metaverso y tampoco es previsible que aparezca en un breve plazo, pero sí contamos con normas centradas en la regulación de los aspectos laborales de nuevas realidades tecnológicas, como el trabajo a distancia y por medio de plataformas digitales, que llegado el momento pueden servir como orientación y modelo para resolver muchos de los interrogantes que genere el desarrollo de las relaciones laborales en y para el metaverso.

De cara a este nuevo paradigma socio-laboral, y sin ánimo de agotar las posibles vicisitudes que pueden plantearse en torno a la ejecución del contrato de trabajo en el metaverso, cabe hacer referencia a algunos supuestos y situaciones cuyo tratamiento puede resultar problemático.

30 Bueno De Mata, F., «Del metaverso a la metajurisdicción…», *cit*., p. 41.

31 Nisa Ávila, J.A., «EL Derecho del Trabajo en el Metaverso», 19 de septiembre de 2022, disponible en: https://elderecho.com/el-derecho-del-trabajo-en-el-metaverso-2

32 González Sánchez, M., «El impacto del metaverso en el Derecho del Trabajo», *Bufete Barrilero y Asociados*, p. 2/4, disponible en: https://www.barrilero.com/el-impacto-del-metaverso-en-el-derecho-del-trabajo/

3.1. El metaverso y su impacto en el empleo

Si en relación con la Inteligencia Artificial y la robotización, la mayoría de estudios vaticinan un impacto ambivalente sobre el mercado de trabajo, con empleos que se destruirán a cambio de otros que se crearán y otros muchos que se transformarán, en el ámbito del metaverso todo parece indicar que, a medida que este fenómeno siga avanzando, irá precisando de más y más profesionales formados en competencias digitales que contribuyan al desarrollo de este nuevo paradigma. Desde programadores, pasando por diseñadores 3G, ingenieros de *software*, desarrolladores de sistemas, expertos en marketing, profesionales de las telecomunicaciones o expertos en ciberseguridad, serán profesiones cada vez más demandadas en los años venideros[33]. Serán de crucial importancia los creadores de contenido que diseñen y pongan en marcha las experiencias, los eventos, los contenidos de lo publicado en línea y los bienes y servicios comercializados del metaverso.

En esta nueva dimensión virtual, las personas jóvenes tendrán mayores facilidades que las personas de mediana y mayor edad para afrontar los desafíos; de ahí que tan importante como la formación de las nuevas generaciones en el desarrollo de competencias que permitan ser eficiente en la interacción digital, será el diseño y la puesta en práctica de planes de reconversión profesional para recualificar a personas trabajadoras con una edad superior a los 45 años, para quienes la transición al trabajo en el metaverso podrá representar un obstáculo en el desarrollo de sus carreras o —directamente— determinar la pérdida de su empleo y la expulsión del mercado laboral[34].

Por otro lado, el desarrollo del metaverso puede generar nuevas oportunidades de inserción laboral y aumento de empleabilidad para las personas con discapacidad, las cuales pueden trabajar a través de un avatar en un mundo virtual. Como ya sucede con el teletrabajo, la tecnología inmersiva puede proporcionar un entorno laboral más favorable para las personas con discapacidad.

3.2. Del teletrabajo al «metatrabajo»

El metaverso es una versión avanzada del teletrabajo. Ambos tienen en común que necesitan el concurso de varias tecnologías, pero mientras que el teletrabajo supone que la persona trabajadora se conecta a la plataforma desde el exterior, colocándose detrás de la pantalla, revirtiendo el producto de su actividad en una empresa que se encuentra a kilómetros de distancia (trabajo *on-line*), en el metaverso la persona usuaria (*metaworker*) se introduce en la red, vive una experiencia inmersiva, fusionándose el mundo físico con el virtual. Esa inmersión posibilita la interacción en tiempo real con otras personas usuarias (jefes, compañeros, clientes…) por medio de avatares que las representan. La inmersión en el metaverso puede realizarse desde un puesto de trabajo designado por la empresa (trabajo presencial + metaverso) o desde el lugar libremente elegido por la persona trabajadora (teletrabajo + metaverso).

33 Según un informe de PwC, hacia el año 2030 más de 23 millones de puestos de trabajo mejorarán con la realidad virtual y aumentada.

34 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *Informática y Derecho*: *Revista Iberoamericana de Derecho informático (segunda época)*, n.º 12, 2022, pp. 134-135.

Muchos de los problemas del teletrabajo se trasladarán al metaverso, pero en este último caso hay «una vuelta de tuerca más»[35]. En el teletrabajo, se produce el contacto entre dos realidades físicas «deslocalizadas»; la oficina y el lugar desde el que se trabaja; el lugar de residencia del emisor y el del receptor de los servicios. Por el contrario, en el metaverso, el sujeto vive una experiencia inmersiva que le permite entrar en un mundo paralelo: emisor y receptor «conviven» en un mismo espacio, no se perciben deslocalizados uno de otro. En el metatrabajo, las tareas se realizarán en ese lugar tridimensional, y no en el mundo real como sucede con los teletrabajadores.

Las firmas asiáticas Samsung y Hyundai ya se valen de la realidad aumentada en sus procesos de selección de personal. La Cervecería y Maltería Quilmes utiliza una experiencia de realidad virtual para que las personas que empiezan a trabajar en la organización conozcan las instalaciones y experimenten cómo se trabaja en el área de producción. DHL también recurre a la realidad virtual para capacitar al personal de nuevo ingreso. La cadena hotelera Hilton emplea los servicios de *Oculus for Business* para formar a sus empleados en el trabajo con los huéspedes. Este es el panorama en que determinadas corporaciones aplican algunas de las tecnologías que, si bien componen el metaverso, no lo son aún estrictamente, en las diferentes etapas del contrato de trabajo[36].

3.3. El metaverso como espacio de trabajo

En una realidad cada vez más próxima, el metaverso será un lugar de trabajo para muchas personas. En esa nueva dimensión podremos reunirnos en espacios colaborativos, realizar actividades que practicábamos por teletrabajo como compra-venta, finanzas, telemedicina, etc[37]. El objetivo es crear una experiencia de trabajo más interactiva y colaborativa para los trabajadores remotos.

Ahora bien, no todas las empresas que utilicen el metaverso tendrán el control sobre este espacio virtual. En muchos casos, será un lugar «alquilado» a grandes corporaciones, que serán las propietarias de las plataformas que desarrollen los distintos metaversos disponibles. Se plantea entonces un problema de dominio y control sobre el «espacio» de las relaciones laborales y la accesibilidad al mismo. De ahí la necesidad de evitar un sistema de metaverso gestionado por gigantes tecnológicos (Meta, Amazon, Google, Apple…), que podrían dominar los nuevos espacios de relaciones laborales, con capacidad para limitar el acceso al metaverso a una persona, a los integrantes de una organización, o a todo un país.

A este respecto, es una buena noticia la aprobación por la UE del Reglamento de Mercados Digitales (en vigor desde el 1 de noviembre de 2022) y el Reglamento de Servicios Digitales (aplicable desde el 16 de noviembre de 2022), con el propósito de proteger mejor a los usuarios y sus derechos fundamentales en línea, establecer un marco de transparencia y rendición de cuentas claro y sólido para las plataformas digitales, así como impulsar la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único[38].

35 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit*., p. 133.

36 Nieto Longhin, M.ªE., «Metaverso, relaciones laborales y Derecho del Trabajo», *cit*., p. 9/12.

37 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit*., p. 133.

38 https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es#ref-¿cuáles-son-los-objetivos-clave-de-la-ley-de-servicios-digitales

3.4. Identidad y caracterización del avatar

El acceso al metaverso se realiza por medio de un avatar, que es la representación gráfica que simboliza a un usuario en entornos digitales, con el fin de identificarlo. Como curiosidad, la palabra «avatar», como tal, proviene del sánscrito avatâra (religión hindú), que significa 'descenso o encarnación de un dios'.

En el metaverso laboral, el avatar es la representación virtual de la persona biológica o real que compromete la prestación de sus servicios con una empresa, sea como persona trabajadora asalariada o por cuenta propia. Aunque la forma de trabajar en el metaverso se presta a la «deslaboralización», pudiendo darse estrategias que pretendan la huida de los estándares protectores que proporciona la legislación laboral (como ya se ha intentado con el trabajo en plataformas digitales), lo cierto es que nada obsta a que el *metaworker* sea sujeto de un contrato de trabajo si en su actividad confluyen las notas que caracterizan a este negocio jurídico, esencialmente la ajenidad y la dependencia. Pero también sabemos que otro rasgo tipificador del contrato de trabajo es el *intuitu personae* de la prestación de servicios que se ejecuta, lo cual supone que las especiales características personales y profesionales de la persona trabajadora han sido relevantes y definitorias a la hora de su contratación. Ello significa que el trabajador está implicado personalmente (como persona física) en la ejecución del contrato, en tanto que la actividad laboral es emanación de la persona. Aunque, más allá de esta importante cuestión, la identidad es sumamente importante si se pretende dotar al avatar de responsabilidad en sus derechos y obligaciones laborales. Surgen entonces una cascada de interrogantes:

– ¿Cómo se garantiza que el avatar que está desarrollando una tarea en el metaverso se corresponde con la persona humana que ha sido contratada por el empleador, y no es otra persona, no autorizada, que está usando ese mismo avatar? ¿El uso de la tecnología blockchain (cadena de bloques) podría ser una opción adecuada para garantizar la autenticidad del avatar?

– ¿Es posible que una misma persona trabajadora disponga de un avatar distinto por cada empresa para la que preste servicios?

– ¿Cabe que un mismo avatar recoja la prestación de servicios de varias personas trabajadoras, o que sean varios los avatares que representen a una misma persona?

– Si un avatar trabaja para distintas empresas en el metaverso, y existe una relación mercantil entre ellas, ¿surgirá un «grupo laboral» entre las mimas con responsabilidades laborales compartidas, aunque alguna de esas empresas no exista como tal en el mundo real?

– ¿Qué aspecto debe tener el avatar? ¿Debe representar lo más fielmente posible las características externas del sujeto biológico? ¿Es posible que al configurar su avatar la persona física se presente con un sexo distinto del que tiene en el mundo real? ¿o con una raza distinta? ¿o con una edad que no se corresponde con la propia? ¿o mediante un avatar no embarazado cuando la trabajadora real sí lo está? Quizás sea interesante hacerlo para prevenir cierto tipo de comportamientos discriminatorios, dado que en el metaverso los otros usuarios solo ven al avatar, no a la persona que le da soporte biológico.

– En el ejercicio de sus facultades directivas, las empresas pueden imponer códigos de vestimenta a sus empleados en el mundo físico. ¿Podrá la empresa ejercer esa misma potestad en el metaverso? ¿Quién se hará cargo del coste de configurar y vestir al avatar? Más aún ¿será posible reconocer un nuevo derecho al empleador, consistente en otorgar a cada persona trabajadora el avatar con el que se identificará dentro de su organización?

– ¿Cómo garantizar la identidad del avatar a efectos de evitar prácticas ilícitas, como el trabajo prohibido a menores?

– ¿Cómo afecta a las ayudas públicas el empleo de avatares mujeres, personas con discapacidad, etc.? Si la empresa contrata en el mundo real a un colectivo protegido pero su avatar no lo es, porque, p. ej., tiene la apariencia de un varón joven sin discapacidad ¿pierde la empresa la ayuda? Y en caso contrario, si la contratación en el mundo real se hace con una persona que no pertenece a un colectivo protegido pero el avatar sí, ¿devengará la empresa la ayuda correspondiente?

– Hoy por hoy, los avatares son representaciones gráficas carentes de personalidad jurídica y, por tanto, de derechos y obligaciones. El avatar no tiene vida propia, solo se activa cuando su gemelo biológico se conecta a la plataforma, siendo este responsable por los comportamientos de aquel (pudiendo incluso ser despedido). Ahora bien, ¿sería posible en un futuro reconocer derechos laborales y exigir responsabilidades a avatares autónomos, generados por sistemas de inteligencia artificial, sin asociación a ninguna persona humana? ¿Será posible constituir relaciones laborales enteramente virtuales entre un bot de inteligencia artificial[39] como metaempleador y un avatar automatizado? En la actualidad existen normas que reconocen derechos a ecosistemas naturales o a los animales («seres sintientes»). ¿Será descabellado reconocer en el futuro derechos a los productos de la IA?

3.5. Metaverso laboral y derechos fundamentales

Se ha señalado que entre los principales retos que ha de afrontar, en materia de derechos fundamentales, la era digital están el desdoblamiento de la perspectiva, al surgir junto al «yo analógico» un «yo digital»[40]. Entre las áreas de potencial afectación del metaverso, algunos estudios han destacado su impacto sobre los derechos laborales fundamentales y, en particular, sobre la propia imagen, la dignidad, la intimidad y el honor, en relación con actuaciones que puedan desarrollar los avatares que interactúan en el metaverso. Estamos hablando de tratos discriminatorios infligidos, no directamente al sujeto real, sino al avatar; o en la posibilidad de que un avatar sufra *mobbing* o acoso sexual por parte de otro u otros avatares, pudiendo el avatar acosador ser la representación virtual de un compañero de trabajo, del propio empleador o de un tercero relacionado o no con la empresa del avatar acosado.

39 El bot de inteligencia artificial es un software o programa informático de inteligencia artificial que funciona de manera autónoma, siendo capaz de desarrollar tareas imitando a los seres humanos.

40 Pérez Del Prado, D., «Metaverso y derechos laborales fundamentales», *El Foro de Labos*, 15 de diciembre de 2022, p.1/3, disponible en: https://www.elforodelabos.es/2022/12/metaverso-y-derechos-laborales-fundamentales/

Mobbing, acoso, violencia, abuso… constituyen riesgos que pueden sufrir los avatares en el metaverso y que pueden ser percibidos por la persona trabajadora ¿Son punibles estos comportamientos en el mundo físico? ¿Podrían ser causa de despido disciplinario o, en su caso, de rescisión indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores?

La clave para la resolución de los problemas derivados de estas situaciones radicará en la posibilidad de poder establecer una conexión, directa o por asociación, con el sujeto biológico-real, dado que, en nuestro ordenamiento jurídico, la titularidad de los derechos fundamentales requiere de personalidad y capacidad jurídica, por lo que no cabe más titularidad que la del yo real, por más que las consecuencias se observen en el avatar o yo digital[41]. Por otro lado, será preciso, para probar el elemento intencional, establecer una directa conexión entre el sujeto acosador digital y el real, mientras que el elemento menoscabo y el elemento vejación se deberán seguir manifestando, lógicamente, en el sujeto real. En fin, como las conductas que potencialmente pueden menoscabar el derecho al honor y a la integridad moral se producen en el ámbito digital y en relación a un sujeto digital, no solamente habrá que probar la relación existente entre este y el real, sino que las conductas allí realizadas y sobre el sujeto digital (avatar) producen los mencionados efectos en el sujeto real[42]. *A priori*, tras un avatar estará la persona trabajadora correspondiente. Según la inmersión en el metaverso haya sido más o menos sensorial, el avatar podrá percibir conductas que pueden alterar su entorno laboral y causarle un perjuicio[43].

Por otro lado, las posibilidades que ofrece técnicamente el metaverso para fiscalizar la actividad laboral podrían derivar, sin los debidos controles, en un exceso del ejercicio del poder de dirección, que colisionaría con los derechos fundamentales de las personas trabajadoras y, muy especialmente, con el derecho a la intimidad, aspecto que se encarga de recordar el art. 17 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia.

De la misma manera, el metaverso supondrá, con toda probabilidad, la obtención de datos biométricos de la persona trabajadora (expresiones faciales, gestos, reacciones a determinados estímulos, etc.), lo que reabre el debate sobre si, siempre y en todo caso, las empresas gozan de un interés legítimo para la obtención y el tratamiento de esos datos. No resulta claro que el ejercicio del poder de dirección, o la simple voluntad del empresario de convertir el centro de trabajo virtual en una experiencia que resulte lo más parecida posible a una actividad presencial, sean motivos suficientes para justificar ese interés[44].

Esta realidad alternativa genera una gran cantidad de datos, todo el diseño de cualquier entorno virtual está *datificado* y esto «permite tratar un espectro más amplio de información relativo a actividades humanas»[45]. Las experiencias inmersivas hasta ahora conocidas se nutren de abundantes datos personales de las personas, por lo que resulta de la mayor importancia el escrupuloso cumplimiento de la normativa sobre protección de datos.

41 Pérez Del Prado, D., «Metaverso y derechos laborales fundamentales», *cit*., p.2/3.

42 Pérez Del Prado, D., «Metaverso y derechos laborales fundamentales», *cit*., p.3/3.

43 López Cumbre, L., «Relaciones laborales «por», «para» y «en» el metaverso», en GA-P, Gómez- Acebo & Pombo, *Guía jurídica para el metaverso*, cit., p. 17.

44 García, A., «Del teletrabajo al metaverso; un desafío para la regulación de las relaciones laborales», 21 de abril de 2022, en: https://bloglaboral.garrigues.com/del-teletrabajo-al-metaverso-un-desafio-para-la-regulacion-de-las-relaciones-laborales

45 AEPD, «Metaverso y privacidad», *op. cit.*

3.6. Problemas de derecho internacional privado del trabajo

Como hemos señalado, el metaverso es un espacio de trabajo virtual, al que gracias a las posibilidades que otorga el teletrabajo podrán sumarse personas trabajadoras residentes en cualquier parte del mundo. Si bien el fenómeno ya era evidente en el teletrabajo, el metaverso profundizará la idea de la globalización del vínculo laboral, con un riesgo añadido: la competencia laboral será más agresiva, pues si las empresas pueden tener oficinas virtuales que imitan de forma convincente las físicas y, al mismo tiempo, acceder a una fuerza laboral mundial de posibles trabajadores a distancia, su capacidad para externalizar el trabajo de oficina hacia países con salarios mucho más bajos y una protección laboral más débil aumentará enormemente[46]. Cabe plantearse entonces si no sería conveniente que todos las personas trabajadoras que prestan sus servicios para una misma empresa en el metaverso vinieran sujetas a una misma regulación (estatal/convencional), para de ese modo evitar las situaciones de *dumping social* que indefectiblemente se plantearán al poder contratar las empresas metaverso personas trabajadoras en cualquier parte del mundo, con tendencia a formalizar la contratación en aquellos Estados con estándares de protección laboral más bajos para así mejorar su competencia vía reducción de costes laborales.

Además de los problemas de dumping social descritos, la facilitad existente para reclutar mano de obra en cualquier parte del mundo plantea un clásico problema de derecho internacional privado, que obligará a responder la pregunta acerca de qué legislación se aplicará a los conflictos que se susciten en el metaverso y, más ampliamente, a qué regulación se someterán las relaciones laborales que se desarrollen en dicho entorno: ¿será la legislación del país donde tenga su sede la empresa propietaria de la plataforma que da soporte técnico al metaverso? ¿qué ocurre entonces si la plataforma es compartida? ¿será la legislación del Estado donde se encuentran los servidores de la empresa? ¿o la legislación del Estado donde tenga su sede o domicilio social la empresa? ¿o la legislación del lugar desde el que la persona trabajadora se conecte al metaverso?

En relación con lo dicho, y al propio tiempo, habrá que afrontar el problema relativo a la determinación de qué jurisdicción será competente territorialmente para resolver los conflictos que se planteen en el metaverso. ¿Qué juez entenderá en un conflicto laboral entre un trabajador español contratado a través de una agencia intermediaria de mano de obra a distancia con sede en Amsterdam, para trabajar en el metaverso de una empresa norteamericana?

3.7. Dinámica de la relación laboral individual

No se ocultan las enormes posibilidades de transacción laboral que pueden existir entre empresas y personas trabajadoras en torno al metaverso[47].

46 Aloisi, A., Countouris, N. y De Stefano, V., «El metaverso es una cuestión laboral», *Social Europe*, 1 de febrero de 2002, disponible en: https://www.socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue

47 López Cumbre, L., «Relaciones laborales «por», «para» y «en» el metaverso», *cit*., p. 18.

De entrada, los procesos de selección podrán llevarse a cabo con entrevistas y pruebas en el metaverso. Por otro lado, el uso de avatares en esta fase de selección puede evitar discriminaciones en el acceso al empleo.

Además, nada impedirá concertar y firmar contratos de trabajo en el propio metaverso. La pregunta es: ese contrato que ha sido firmado por avatares en una oficina virtual ¿debe formalizarse también por escrito y cumplir con el resto de exigencias procedimentales, informativas y de transparencia que prevé la normativa aplicable al trabajo que se ejecuta en el mundo real? Dependerá de que lo establezca la legislación laboral aplicable. En nuestro caso, parece que sí, dado que el artículo 8 del ET no contempla excepciones en razón del «lugar» en que se formaliza la contratación laboral. La misma solución habrá que aplicar a los despidos «virtuales» que se produzcan en el metaverso, al exigir el legislador comunicación escrita.

Por otro lado, por la modalidad «líquida» de ejecución de los servicios en el metaverso, es previsible que surjan dificultades similares a las que ya se constatan en el teletrabajo para garantizar el riguroso cumplimiento de las normas que regulan las condiciones básicas del trabajo (horarios de trabajo, jornadas máximas, vacaciones, descansos, desconexión digital…).

Existen otros aspectos de la relación laboral que también exigirán adaptación en la ejecución de los servicios por cuenta ajena en el metaverso.

Así, la persona física podrá percibir su salario por los servicios prestados en el metaverso en moneda de curso legal o a través de criptomonedas (tokens)[48]. Las criptomonedas no constituyen actualmente dinero de curso legal[49], de modo que, si resulta de aplicación la legislación laboral española a la relación, el salario en metálico no podrá abonarse por este medio, pero aquellas pueden ser conceptuadas cono salario en especie (en cierta medida equiparadas al concepto de *stock options*), no pudiendo representar una parte de la remuneración superior al 30 % del total devengado, y debiéndose garantizar un cobro en metálico igual al menos al salario mínimo interprofesional. Por otro lado, se ha advertido del riesgo de que es

48 Las criptomonedas son, según definió el Banco Central Europeo en 2012, «un tipo de dinero no regulado, digital, que se emite, por lo general controlado por sus desarrolladores, utilizado y aceptado entre los miembros de una comunidad virtual específica». Los tipos de criptomoneda Bitcoin o Ether son de las más conocidas y con mayor capitalización. La naturaleza jurídica de las criptodivisas no corresponde con la del dinero electrónico, este sí reconocido legalmente (Ley 21/2011, de 26 julio, de dinero electrónico). La única referencia legal de nuestra legislación sobre monedas virtuales aparece en el artículo 1.5 de la Ley 10/2010 de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Este precepto legal se introdujo por el Real Decreto Ley 7/2021 de 27 de abril, que vino a trasponer las directivas comunitarias en esta materia. En esta normativa se define la moneda virtual como aquella representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central o autoridad pública, no necesariamente asociada a una moneda legalmente establecida y que no posee estatuto jurídico de moneda o dinero, pero que es aceptada como medio de cambio y puede ser transferida, almacenada o negociada electrónicamente.

49 Según la STS/Penal 326/2019, de 20 de junio, rec. 998/2018, «el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología». Sobre la naturaleza jurídica de los criptoactivos, *cfr.* Miras Marín, N., *El régimen jurídico-tributario de los criptoactivos*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2023, pp. 75 y ss.

probable que se utilice el pago en criptomoneda (otra característica prevista del metaverso) para crear confusión sobre la situación laboral y la protección del empleo[50].

Por otro lado, será preciso determinar quién asume los mayores costes derivados del trabajo realizado en el metaverso: costo de las propias tecnologías (visores especiales, sensores, ropa werable, chips., etc.), coste de configurar y vestir al avatar, gastos de conexión, entre otros. La regulación que destina a cuestiones similares la legislación sobre el trabajo a distancia puede representar una directriz interpretativa bastante segura, imponiéndose el recurso a la analogía en efecto de regulación específica para el metaverso.

En otro orden de consideraciones, la interoperabilidad entre mundos virtuales permitirá que el avatar pueda ser trasladado a otro metaverso, pero ello no debería activar las normas sobre movilidad geográfica porque las mismas están diseñadas para cambios geográficos en el mundo real que provoquen en la persona trabajadora la necesidad de cambiar su domicilio.

Finalmente, se plantea la cuestión de quién estará habilitado para fiscalizar el cumplimiento de las normas y obligaciones laborales en el metaverso. Por las propias características de los objetivos de las inspecciones de trabajo, parece que serán competentes aquellas que estén instaladas en los países en los que se efectúa la prestación del trabajo, habiéndose preguntado algunos autores si será posible que «avatares» de una Inspección de Trabajo ingresen en el metaverso para cumplir allí con sus tareas y responsabilidades[51].

3.8. La dimensión colectiva de las relaciones laborales

Finalmente, y sin ánimo de agotar todos los problemas de posible consideración en torno al futuro desarrollo de la relación laboral en el metaverso, cabe apuntar una valoración sobre los derechos y obligaciones de naturaleza colectiva.

Claro está que el mundo real cuenta con instituciones laborales (huelga, representación unitaria, libertad sindical…) que, con las adaptaciones oportunas, pueden resultar, en principio, idóneas para canalizar la defensa colectiva de los intereses profesionales de las personas que trabajen en el metaverso. No es descartable que en el metaverso pueda existir un avatar que actúe como representante sindical que asista a los demás avatares; del mismo modo que sería factible la negociación de un convenio colectivo específico para el trabajo en el metaverso; y hasta puede convocarse y tener lugar una huelga de avatares (más bien, de *metaworkers* que renuncien a sumergirse en el metaverso en su horario de trabajo). Estos fenómenos podrán tener la misma consideración que en el mundo real, salvo el espacio físico de desarrollo[52].

El verdadero problema vendrá dado por que el metaverso supone un auténtico *handicap* para la socialización, no siendo tarea fácil generar y organizar la solidaridad y promover la acción colectiva entre una fuerza de trabajo dispersa por todo el mundo, que solo puede

50 Aloisi, A., Countouris, N. y De Stefano, V., «El metaverso es una cuestión laboral», *Social Europe*, 1 de febrero de 2002, disponible en: https://www.socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue

51 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit.*, p. 140.

52 López Cumbre, L., «Las relaciones laborales…», *cit.*, p. 21.

reunirse a través de plataformas propiedad de la empresa[53]. La fragmentación y la dispersión del trabajo que se desarrolla en el marco de la economía de plataformas —previsible modelo laboral del metaverso—, donde *a priori* los trabajadores son habitualmente contratados como falsos autónomos y además están separados físicamente, no es terreno propicio a la implantación de estructuras representativas y a la promoción de actividades que supongan colectivización de intereses[54]. Si bien la dimensión digital y el espacio del metaverso exigirán acciones sindicales globales, la realidad muestra que los sindicatos tienen serias dificultades para unirse fuera de los territorios de sus países, porque siguen anclados en ideologías, estructuras y regulaciones nacionales muy marcadas, lo cual tendrá inevitables consecuencias negativas en la nueva realidad del metaverso[55].

3.9. Metaverso y prevención de riesgos laborales

No es descartable que los avatares puedan sufrir accidentes laborales en el metaverso (el caso extremo sería su desconfiguración), pero este incidente previsiblemente no afectará a la persona trabajadora. En cambio, sí tendría sentido un planteamiento a la inversa.

La persona metatrabajadora puede experimentar trastornos físicos (fatiga, mareos, desorientación, dolores musculares, migrañas, problemas de visión, alteraciones del sueño…) y psicosomáticos (tecnoestrés, tecnoansiedad, tecnofobia, tecnoadicción…), asociados a la experiencia inmersiva y al hecho de estar sujetos a formas cada vez más invasivas e implacables de vigilancia algorítmica, muchos de ellos ya experimentados por los trabajadores a distancia, que exigirán reglas específicas sobre vigilancia de la salud, evaluación de riesgos y medidas preventivas adaptadas a la especificidad del trabajo en el metaverso. En particular, deberán moderarse los tiempos de inmersión en el mundo virtual y de uso de ciertas tecnologías —gafas virtuales (tipo *Oculus*), chips subcutáneos, audífonos, mandos, sensores…— que provocan efectos nocivos sobre la salud del usuario, debiéndose incrementar las pausas o acortar la duración de la jornada, con posibilidad incluso de cambiar de modalidad de trabajo (pasando de virtual a presencial) si el estado de salud de la persona trabajadora lo requiere y el sistema de organización del trabajo en la empresa lo permite.

Por otro lado, pensemos en la situación de una persona trabajadora que desarrolla sus servicios en el metaverso y que físicamente se encuentra trabajando desde su domicilio, en el que ha habilitado una sala o un despacho para desempeñar sus funciones, dotando ese espacio de la infraestructura necesaria. Una vez entra en la realidad virtual en la que trabaja, se sumerge en el metaverso y percibe todo su ser en otro lugar distinto al que se encuentra realmente, es decir, su avatar se encontrará en un entorno virtual pero será controlado por esa persona física ubicada en el mundo real. Todo esto supone un aumento del riesgo exponencial dentro de su hogar[56], por lo que quizás haya que pensar en acondicionar dicho espacio

53 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit.*, p. 140.

54 Aloisi, A., Countouris, N. y De Stefano, V., «El metaverso es una cuestión laboral», *Social Europe*, 1 de febrero de 2002, disponible en: https://www.socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue

55 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit*., p. 141.

56 Algunos expertos han añadido incluso que las personas que trabajen en el metaverso podrían acostumbrarse a realizar acciones que no tienen consecuencias en el metaverso, como saltar desde un segundo piso o caminar hacia el tráfico, con lo que podrían volverse insensibles a los riesgos del mundo real. *Cfr.* Orellana, R., «¿Es seguro el metaverso? Los 5 riesgos asociados a

de modo que, por ejemplo, las paredes tengan ángulos redondos (evitando las esquinas), las ventanas o balcones (caso de existir) permanezcan cerrados, o las paredes estén recubiertas con acolchado o con un material especial, todo ello a fin de evitar accidentes mientras la persona trabajadora se mueve por la habitación estando dentro del metaverso[57].

En cuanto a la caracterización de los accidentes ocurridos mientras se trabaja en el metaverso, no habrá dificultad para caracterizarlos como laborales si la inmersión se produce desde un puesto de trabajo designado por la empresa, al tener lugar en tiempo y lugar de trabajo. Si la conexión a la plataforma del metaverso se produce desde el domicilio de la persona trabajadora u otro lugar libremente elegido por esta, estaremos ante un supuesto de trabajo en remoto o a distancia, en relación con el cual ya existe doctrina judicial en nuestro país que admite la caracterización como accidentes laborales de incidentes ocurridos en el domicilio de la persona teletrabajadora, durante el horario de trabajo, aun cuando no se estuviera trabajando en el momento del accidente (p. ej., al ir o al salir del baño, o al hacer una pausa para beber agua o prepararse un café), pues nadie pondría en tela de juicio la oportunidad de considerar accidente de trabajo el sufrido por un empleado en idéntica circunstancia si trabajase en una oficina, fábrica o tienda[58]. Entendemos que esta doctrina se puede extrapolar a la misma situación en el metaverso.

IV. CONCLUSIONES

El teletrabajo, como forma de organización de la prestación de servicios, nace a finales del siglo XX y se consolida en el primer tercio del siglo XXI, en buena medida como respuesta a la necesidad de mantener viva la actividad productiva en las condiciones de aislamiento impuestas por la pandemia del COVID-19. Junto a él, una nueva prestación de servicios a través de la realidad virtual, propia del siglo XXI, se está abriendo paso como consecuencia del progreso tecnológico, si bien, como es obvio, no se acompaña aún de una regulación que sea socialmente sostenible y aplicable desde un punto de vista práctico: el metaverso como lugar de trabajo vinculado a la realidad virtual[59].

Aunque los últimos desarrollos en nuevas tecnologías muestran que las potencialidades aplicativas de la Inteligencia Artificial aventajan en el momento presente a las del metaverso,

esta tecnología», Santiago de Chile, 2 de marzo de 2022, disponible en: https://es.digitaltrends.com/sociales/es-seguro-el-metaverso-cinco-riesgos/

57 Gómez Romero, M.J., «El metaverso como forma de trabajo. Riesgos, y oportunidades. Una mirada al derecho internacional», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, núm. 2, 2023, p. 118. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/respublica/article/view/8223.

58 SJS Cáceres n.º 1, de 26 de octubre de 2022 (proc. 273/2022); SJS Santander n.º 3, de 8 de marzo de 2023 (proc. 663/2022).

59 Sierra Benítez, E.M., «Repensando la disciplina jurídico laboral: del teletrabajo al metaverso», en VV.AA., *Laborum et scienciae: libro homenaje al Profesor Dr. Juan Raso Delgue*, Madrid, Alma Mater, 2022, p. 180. Disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/140752/Repensando%20la%20disciplina%20juridico%20laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

la transformación que comportará el desarrollo del metaverso para el mundo empresarial y el sistema de relaciones laborales, al igual que en otros múltiples ámbitos, es irrefutable. El nuevo «avance» tecnológico promoverá nuevas formas de trabajo y de organización de la producción, en la que la propia estructura empresarial perderá su dimensión real y «física» para pasar a un formato virtual[60].

A la pregunta de si es necesario, o al menos conveniente, regular las relaciones laborales en el metaverso, cada vez son más las voces (academia, despachos jurídicos, sindicatos) que responden afirmativamente, sobre todo si, como parece, los mundos virtuales y laborales paralelos al real se convierten en tendencia[61].

Como toda transformación, la progresión del metaverso exigirá una adaptación del ordenamiento jurídico, que tendrá que definir las nuevas reglas ordenadoras de las relaciones laborales en entornos cada vez más diversificados y complejos. Considerando que las características que definen el metaverso son la transversalidad, la universalidad y la ausencia de fronteras nacionales, estos rasgos no casan bien con el principio de territorialidad (*lex loci laboris*) característico de las legislaciones laborales y de Seguridad Social. De ahí que sea necesario articular una regulación transnacional con una amplia base territorial, a distintos niveles (Unión Europa, Consejo de Europa, OIT), que siente las bases de un nuevo marco normativo mínimo y cogente, centrado principalmente en proteger los derechos y libertades fundamentales de las personas que trabajan en y para el metaverso[62]. A la postre, necesitamos una disciplina jurídica «nueva», una regulación multinivel (internacional, comunitaria y nacional) que por su carácter dinámico pueda dar respuesta a todos los interrogantes que plantean los avances tecnológicos, pero desde un ámbito que supere las barreras territoriales de los Estados[63]. La mejor doctrina aboga por un derecho «principista», que no solo tenga en cuenta los principios propios de la disciplina jurídico-laboral (entre los que destaca la protección del trabajador como parte débil de una relación asimétrica como la laboral) sino también aquellos vinculados a criterios más modernos que atienden a la protección de datos y a los principios generales de tutela de los derechos humanos (privacidad, intimidad, salud, libertad, etc.)[64].

El problema es que las normas las tienen que aprobar, no los usuarios de estas tecnologías, sino quienes están investidos de potestad para alumbrarlas (Estados, organismos inter-

60 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit.*, p. 146.

61 Aloisi, A., Countouris, N. y De Stefano, V., «El metaverso es una cuestión laboral», *cit*., sostienen que el Metaverso «no debe convertirse en otro 'salvaje oeste' para la protección laboral», resultando crucial «encajar los nuevos modelos con la regulación existente y ajustar la legislación para dar cabida a nuevas iniciativas». Disponible en: https://www.socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue. Por su parte, las organizaciones sindicales reclaman regular las relaciones laborales en el «mundo meta» para evitar que se convierta en un nuevo foco de precarización (como ocurrió con las plataformas digitales). «Los sindicatos se mueven para regular las relaciones laborales en el metaverso», *La Información*, 21 de febrero de 2022, disponible en: https://www.lainformacion.com/economia-negocios-y-finanzas/sindicatos-regular-relaciones-laborales-metaverso/2860237/).

62 González Sánchez, M., «El impacto del metaverso en el Derecho del Trabajo», *cit*., p. 2/4.

63 Sierra Benítez, E.M., «Repensando la disciplina jurídico laboral: del teletrabajo al metaverso», *cit*., p. 195.

64 Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *cit*., pp. 143 y 146.

nacionales, agentes sociales) y, de momento, nadie se atreve a dar el primer paso, quizás porque consideran aún al metaverso como algo incipiente o embrionario, con aspectos que presentan muy difícil precisión.

La precipitación con la que en tiempos de pandemia hubo que abordar la regulación del trabajo a distancia es una prueba más de que los avances en la transformación digital y el derecho llevan velocidades distintas, pues siempre habrá un intervalo de tiempo en que las lagunas legales dificultarán la resolución de conflictos laborales por nuestros tribunales, generando incertidumbre e inseguridad jurídica sobre la forma de actuar.

En este sentido, si ya esta nueva forma de trabajar en remoto fuera del centro de trabajo ha puesto sobre la mesa importantes dudas sobre los derechos y obligaciones de empresas y personas trabajadoras, pensar en el metaverso supone un desafío sin precedentes para el marco legal existente[65]. Como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este estudio, son numerosas las cuestiones que surgen en relación con la actividad laboral en el metaverso y para las que todavía no existen respuestas claras, ya que ni siquiera se conoce cómo va a funcionar realmente el metaverso y el impacto que vaya a tener en el mundo del trabajo y en su regulación; pero lo que no puede obviarse es que el desarrollo tecnológico va a cambiar —lo está haciendo ya— la forma habitual de trabajar, dando paso a experiencias laborales en entornos virtuales que exigirán nuevas perspectivas de análisis de la digitalización para poder afrontar los conflictos que vayan surgiendo con la implantación del metaverso, asumiendo que las normas avanzan a menos velocidad que la realidad y sus retos.

V. BIBLIOGRAFÍA

Adsuara, B., «El reverso perverso del metaverso: ciberdelitos e identificabilidad», *La información*, 11 de febrero de 2022, disponible en: https://www.lainformacion.com/opinion/borja-adsuara/reverso-perverso-metaverso-ciberdelitos-identificabilidad/2859627/.

Aloisi, A., Countouris, N. y **De Stefano, V.**, «El metaverso es una cuestión laboral», *Social Europe*, 1 de febrero de 2002, disponible en: https://www.socialeurope.eu/the-metaverse-is-a-labour-issue

Bueno De Mata, F., «Del metaverso a la metajurisdicción: desafíos legales y métodos para la resolución de conflictos generados en realidades virtuales inmersivas», *Revista de privacidad y derecho digital*, vol. 7, núm. 27 (julio-septiembre), 2022, pp. 19-59.

Di Pietro, R. y **Cresci, S.**, «Metaverse: Security and Privacy Issues», *IEEE TPS*, December 12-15, 2021, disponible en: https://arxiv.org/pdf/2205.07590.pdf

65 Millán, P., «La normativa laboral frente a su último desafío: el metaverso», 6 de mayo de 2022, disponible en: https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/mujeres-por-derecho/la-normativa-laboral-frente-a-su-ultimo-desafio-el-metaverso-2022-05-06/

Estévez, M., «El metaverso también tendrá implicaciones legales», *Economist & Jurist*, 2 de enero de 2022. Puede consultarse en: https://www.economistjurist.es/premium/la-firma/el-metaverso-tambien-tendra-implicaciones-legales.

Gallén, P., «La quinta revolución industrial se abre paso: IA 5G, robots, metaverso… sostenibles», 01-11-2022, disponible en: https://www.estrategiasdeinversion.com/analisis/bolsa-y-mercados/informes/la-quinta-revolucion-industrial-se-abre-paso-ia-n-56

García, A., «Del teletrabajo al metaverso; un desafío para la regulación de las relaciones laborales», 21 de abril de 2022, disponible en: https://bloglaboral.garrigues.com/del-teletrabajo-al-metaverso-un-desafio-para-la-regulacion-de-las-relaciones-laborales

García González, G., «La nueva regulación del trabajo a distancia y el teletrabajo: entre lo simbólico y lo impreciso», en *Trabajo y Derecho*, núm. 72, 2020.

Gómez Abelleira, F.J., «¿Hacia un principio de neutralidad del lugar personal de trabajo en el teletrabajo transnacional?», *El Foro de Labos*, 23 de febrero de 2023, disponible en: https://www.elforodelabos.es/2023/02/hacia-un-principio-de-neutralidad-del-lugar-personal-de-trabajo-en-el-teletrabajo-transnacional/

Gómez Romero, M.J., «El metaverso como forma de trabajo. Riesgos, y oportunidades. Una mirada al derecho internacional», *Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología*, núm. 2, 2023, disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/respublica/article/view/8223.

González Sánchez, M., «El impacto del metaverso en el Derecho del Trabajo», *Bufete Barrilero y Asociados*, disponible en: https://www.barrilero.com/el-impacto-del-metaverso-en-el-derecho-del-trabajo/

López Cumbre, L., «Relaciones laborales «por», «para» y «en» el metaverso», en GA-P, Gómez-Acebo & Pombo, *Guía jurídica para el metaverso,* 2022, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Cata%CC%81logo-Metaverso_2022-3.pdf

López Jiménez, J.M., Sebastián Castañares, L., Sales Ibáñez, A., «El metaverso y las relaciones laborales. Una aproximación», *Revista Jurídica Valenciana*, núm. 40, 2022, pp. 103-119.

Martheyn Carrillo, L.E. y **Martínez Sepúlveda, F.S.**, «Incidencia y tendencias del Metaverso en el derecho laboral en Colombia», p. 5, disponible en: https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/24539/Articulo%20de%20Investigacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Miras Marín, N., *El régimen jurídico-tributario de los criptoactivos*, Cizur Menor (Navarra), Ed. Aranzadi, 2023.

Nieto Longhin, M.ª E., «Metaverso, relaciones laborales y Derecho del Trabajo», *Revista IDEIDES- UNTREF*, núm. 83, Abril 2023, pp- 1-12, disponible en: http://revista-ideides.com/metaverso-relaciones-laborales-y-derecho-del-trabajo/

Nisa Ávila, J.A., «EL Derecho del Trabajo en el Metaverso», 19 de septiembre de 2022, ElDerecho.com, disponible en: https://elderecho.com/el-derecho-del-trabajo-en-el-metaverso-2

Nogueira Guastavino, M., «Metaverso y legislación aplicable al contrato de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 471, 2022, pp. 17-53.

Orellana, R., «¿Es seguro el metaverso? Los 5 riesgos asociados a esta tecnología», Santiago de Chile, 2 de marzo de 2022, disponible en: https://es.digitaltrends.com/sociales/es-seguro-el-metaverso-cinco-riesgos/

Pérez Del Prado, D., «Metaverso y derechos laborales fundamentales», *El Foro de Labos*, 15 de diciembre de 2022, disponible en: https://www.elforodelabos.es/2022/12/metaverso-y-derechos-laborales-fundamentales/

Raso Delgue, J., «Metaverso y Derecho del Trabajo», *Informática y Derecho*: *Revista Iberoamericana de Derecho informático (segunda época)*, n.º 12, 2022, pp. 127-150.

Raya, A., «La verdadera razón por la que Facebook se ha cambiado el nombre a Meta», *el Economista.es*, 1 de noviembre de 2021, disponible en: https://www.eleconomista.es/tecnologia/noticias/11459464/11/21/La-verdadera-razon-por-la-que-Facebook-se-ha-cambiado-el-nombre-a-Meta.html

Sierra Benítez, E.M., «Repensando la disciplina jurídico laboral: del teletrabajo al metaverso», en VV.AA., *Laborum et scienciae: libro homenaje al Profesor Dr. Juan Raso Delgue*, Madrid, Alma Mater, 2022, disponible en: https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/140752/Repensando%20la%20disciplina%20juridico%20laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torralva Mendiola, E., «El metaverso: dónde está y quién es», en GA-P, Gómez-Acebo & Pombo, *Guía jurídica del metaverso*, 2022, disponible en: https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Cata%CC%81logo-Metaverso_2022-3.pdf

Vego Angulo, S., «La meta-jurisdicción», 18 de mayo de 2022, disponible en: https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/sofia-vega-angulo-3234283/la-meta-jurisdiccion-3365324.

Vicente Del Olmo, L.I., Núñez, J.L., Kuchkovsky, C. y **Matinero, J.,** «Historia del metaverso», en VV.AA., *Aspectos jurídicos del metaverso* (coords. Vicente Del Olmo, L.I. y Amat, J.L.), Madrid, La Ley, 2022, pp. 25-67.

LA TRANSICIÓN DIGITAL EN LAS ACTUACIONES DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE EMPLEO TRAS LA PANDEMIA COVID-19[1]

THE DIGITAL TRANSITION IN THE EU'S POST-PANDEMIC COVID-19 EMPLOYMENT POLICIES

Carlos de Fuentes G.ª-Romero de Tejada
Profesor Contratado Doctor (interino)
Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
Investigador en el Instituto Complutense de Ciencia de la Administración

Enviado el 17 de mayo de 2024; aceptado el 17 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA DIGITALIZACIÓN EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO. 2.1. Las orientaciones comunitarias para las políticas de Empleo de los Estados miembros. 2.2. Los Informes Conjuntos sobre el Empleo tras la COVID-19. 2.3. Últimas recomendaciones del Consejo a España sobre los Programas Nacionales de Reforma. III. OTROS DOCUMENTOS EUROPEOS CON IMPACTO EN EL EMPLEO POSTERIORES A LA PANDEMIA COVID-19. 3.1. El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. 3.2. La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital. 3.3. Comunicación de la Comisión para aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo. 3.4. La Resolución del Consejo sobre un nuevo plan de aprendizaje de adultos 2021-2030. 3.5. El Reglamento sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos. 3.6. Algunas resoluciones de interés del Parlamento Europeo. IV. VALORACIONES CONCLUSIVAS. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Palabras clave: Política de empleo; Unión Europea; transición digital; Estrategia Europea de Empleo; formación.
Keywords: Employment policy; European Union; digital transition; European Employment Strategy; training.

1 El presente artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación sobre «El impacto de la digitalización en las relaciones de trabajo: retos y oportunidades (FuWorkTech)» PID2019-104287RB-100.

Resumen: Se analiza cómo está afrontando la Unión Europea la transición digital para conocer qué medidas propone y en qué calendario. Para ello, se revisa, por un lado, la actuación comunitaria de coordinación de la Estrategia Europea de Empleo y, por otro, otra documentación de la Unión con impacto en el empleo. Se concluye que al no tener un diagnóstico claro, las medidas a adoptar que se proponen por las autoridades comunitarias son inconsistentes. A partir de diciembre de 2022 y primeros meses de 2023 se reconoce un cambio de ritmo a la hora de afrontar el impacto de la digitalización, sin embargo, en temas de cambios legislativos laborales queda mucho camino por recorrer.

Abstract: This article analyses how the European Union is tackling the digital transition in order to find out what measures it is proposing and in what timeframe. To this end, it reviews, on the one hand, the Community action to coordinate the European Employment Strategy and, on the other, other EU documentation with an impact on employment. It is concluded that without a clear diagnosis, the measures to be adopted proposed by the Community authorities are inconsistent. From December 2022 and the first months of 2023, a change of pace in tackling the impact of digitalisation is recognised, however, there is still a long way to go in terms of changes in employment legislation.

«Sin la técnica el hombre no existiría ni habría existido nunca. Así, ni más ni menos. (…) Lo que nadie puede dudar es que desde hace mucho tiempo la técnica se ha insertado entre las condiciones ineludibles de la vida humana de suerte tal que el hombre actual no podría, aunque quisiera, vivir sin ella»

José Ortega y Gasset[2]

I. INTRODUCCIÓN

La trascendencia de la transformación digital de la economía y de las formas de trabajo es incuestionable[3]. Son varios los estudios que se han encargado de tratar de anticipar cuál será el impacto en el mundo laboral de esta cuarta revolución industrial[4]. En 2020, un conocido informe del Foro Económico Mundial aventuraba que la revolución robótica crearía más

2 Ortega y Gasset, J., *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, Madrid, reimpresión en 2008, pp. 13-14.

3 Es elocuente la Declaración del Centenario de la OIT sobre el Futuro del Trabajo, cuando en su primera declaración afirma «el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas (…)», Ginebra, junio de 2019.

4 Monereo Pérez, J.L., «Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M., Perán Quesada, S., Directores), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI,* Comares, Albacete, 2021, p. 4, indica que nos encontramos en la cuarta revolución industrial o revolución 4.0 que «va a tener una incidencia en el empleo, tanto en lo relativo a los niveles de empleo como en las formas de empleo. Se producirán procesos contradictorios de creación y destrucción de empleo, pero también de desplazamiento de trabajadores desde las actividades en declive a las nuevas actividades en expansión (…). El tiempo indicará si prevalece el lado positivo del desarrollo o el lado negativo y su incidencia en la vida laboral y en los sistemas de protección social».

puestos de trabajo que aquellos que desaparecerían (si bien ciertos sectores de la población y determinados países y regiones iban a sufrir más las consecuencias negativas y precisarían un mayor apoyo de empresas y gobiernos). Más recientemente, este mismo organismo ha indicado que las predicciones son menos favorables con un importante efecto en el cambio de puestos de trabajo existentes[5]. Por su parte, si seguimos un trabajo publicado por la Organización Internacional del Trabajo en verano de 2023 sobre los efectos de la Inteligencia Artificial generativa en el ámbito laboral parece que el resultado es que no afectará tanto a la cantidad de empleos que puedan desaparecer (con la excepción de los puestos administrativos) como al impacto en la calidad del empleo y «los posibles efectos sobre la intensidad del trabajo y la autonomía cuando la tecnología se integre en el puesto de trabajo»[6].

El objeto del presente estudio es analizar en qué medida las políticas de empleo están atendiendo al desafío de la transición digital en un escenario de cambios no sólo por el espectacular desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), sino por las crisis climáticas y la evolución demográfica, fruto especialmente del incremento de la esperanza de vida y de la reducción de la natalidad en gran parte del planeta[7], a lo que se añade de forma más reciente la guerra de Ucrania, las crisis energéticas, la inflación, etc.

Como es sabido, la noción de política de empleo[8] (artículo 2 de la Ley de Empleo)[9] es aquella parte del Derecho Social que atiende la regulación de los instrumentos (servicios públicos, agencias de colocación y entidades colaboradoras) para el acceso al mundo laboral y la Gobernanza del Empleo (Sistema Nacional de Empleo, Conferencia Sectorial de Empleo y Consejo General del Sistema Nacional de Empleo) y que consta de dos facetas diferenciadas, pero con grandes dosis de interacción mutuas (políticas activas y pasivas de empleo). Las políticas activas hacen referencia tanto al conjunto de programas y servicios garantizados para la orientación, formación e intermediación de la población activa cuyas finalidades son tanto la empleabilidad como la reducción del desempleo, como a los estímulos e incentivos a la creación de oportunidades de trabajo. Sus objetivos son el desarrollo de un empleo digno, estable y de calidad y la consecución del pleno empleo (artículos 35 y 40 de la Constitución Española). Por su parte, por políticas pasivas se entiende la combinación de prestaciones

5 *Vid.* los informes *Future of Jobs 2020 y 2023* accesibles en: https://es.weforum.org/reports/ [último acceso, 07/09/2023].

6 Gmyrek, P., Berg, J., Bescond, D. *Generative AI and Jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*, ILO Working Paper, 96, Ginebra, 2023, https://doi.org/10.54394/FHEM8239, la cita en página 1.

7 En los últimos años es frecuente encontrar alusiones en documentos comunitarios a esta triple realidad (digitalización, desafío medioambiental y cambios demográficos) pero de ellos ya se hablaba en las primeras directrices comunitarias de empleo de 2010 y se hacía referencia a la inicial estrategia de empleo de Lisboa de 2000. *Vid.* el considerando 4: «La Estrategia de Lisboa, puesta en marcha en 2000, se basaba en el reconocimiento de que es necesario aumentar el empleo, la productividad y la competitividad de la UE, mejorando a la vez la cohesión social, frente a la competencia mundial, el cambio tecnológico, los desafíos medioambientales y el envejecimiento de la población».

8 Por la extensión de este trabajo, no abordaremos el concepto de política de empleo. Sobre ello, *vid.* el trabajo clásico de Martín Valverde, A., «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral*, n.º 9, 1983, p. 65. También, de manera más sucinta, Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y Castellano Burguillo, E., «La política de empleo en la Unión Europea», *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n.º 10, 2001, pp. 12-14.

9 Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (BOE de 1 de marzo de 2023).

y subsidios que protegen económicamente la contingencia del desempleo (en el marco del artículo 41 de la Constitución Española y los Sistemas de Seguridad y protección social)[10].

En la conformación de esta legislación la importancia de las instituciones internacionales y, señaladamente, comunitarias es crucial. Atendiendo a la realidad europea, desde finales de los años noventa del siglo pasado hay una coordinación de los Estados miembros de la Unión Europea en las políticas de empleo con resultados que tienden a un mayor refuerzo de la actuación conjunta[11]. Ello se lleva a cabo a través de actos jurídicos vinculantes, pero también de una pléyade de recomendaciones e iniciativas de «Derecho indicativo o soft law», cuya relevancia no es menor si hay el consenso político necesario para implementarlo.

Dado el volumen de las actuaciones comunitarias sobre empleo y las dimensiones del presente estudio, el objeto de análisis lo vamos a centrar en las intervenciones de algún organismo de la Unión posteriores a la pandemia COVID-19. En alguna medida este trabajo debe ponerse en relación con un estudio previo realizado por la profesora García Piñeiro[12] que se concentró en la revisión de la incidencia de las nuevas tecnologías en los instrumentos de política de empleo internacionales, comunitarios y nacionales hasta 2020. Este trabajo concluyó indicando que a pesar de tener presencia la digitalización en las políticas públicas de empleo, éstas no se habían adaptado para hacer frente al fenómeno de la transformación digital, salvo en indicaciones relativas a la necesidad de capacitación digital.

Hemos dividido el capítulo en dos partes diferenciadas. De un lado, el análisis de los documentos comunitarios del semestre europeo de coordinación de la Estrategia Europea de Empleo. De otro, el estudio de otros documentos comunitarios con impacto en el empleo. El trabajo culmina con las conclusiones pertinentes.

II. LA DIGITALIZACIÓN EN LA ESTRATEGIA EUROPEA DE EMPLEO

La Coordinación de las instituciones comunitarias de las políticas económicas y de empleo se realiza a través del denominado «Semestre europeo»[13] a través del cual, como es sabido,

10 Sobre la nueva Ley de Empleo, *vid.* las reflexiones de Pérez del Prado, D., «Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo de España» (I y II), *Revista Trabajo y Derecho*, n.º 102 y 103, junio y julio de 2023.

11 Un buen resumen de la Estrategia europea de empleo en: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/54/la-politica-de-empleo [última visita, 21/08/2023].

12 García Piñeiro, N., «Política de empleo y nuevas tecnologías», en AA.VV. (Monreal, Thibault y Jurado, Coord.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161-187.

13 Para una explicación detallada de las competencias de coordinación comunitarias de la política social, *vid.* Miranda Boto, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social,* Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 333-370. Más sucintamente, Fernández Prol, F., «Orientaciones y recomendaciones a debate: ¿cumple España los mandatos europeos en materia de empleo?, en AA.VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F., Coord.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 49-53.

se aplica la Estrategia Europea de Empleo y se articula a través de cuatro fases[14]: a) adopción del Consejo Europeo de las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros; b) Informe Conjunto sobre el Empleo (la Comisión emite el informe y el Consejo lo adopta); c) los programas nacionales de reforma, presentados por los Gobiernos nacionales y examinados por la Comisión y, en fin, d) publicación por la Comisión de los informes sobre los Estados miembros y recomendaciones específicas para cada país.

Revisaremos los informes de las instituciones europeas de las fases a, b y d y analizaremos la presencia de la digitalización en los mismos.

2.1. Las orientaciones comunitarias para las políticas de Empleo de los Estados miembros

2.1.1. Significado y evolución

Las orientaciones comunitarias de las políticas de empleo de los Estados miembros, en el marco de los artículos 145 y 148 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 3, 8 y 9 del Tratado de la Unión Europea, son dictadas como medio para aplicar la Estrategia Europea de Empleo; recogen las prioridades y objetivos comunes en materia de empleo propuestos por la Comisión, acordados por los Gobiernos nacionales y adoptados por el Consejo Europeo[15]. Se publican por Decisión de este último órgano.

La importancia de este documento se concentra en que, además de albergar las aspiraciones y metas de las autoridades europeas con respecto al mundo del trabajo, cumple un doble cometido. Por un lado, constituye el fundamento de cualquier recomendación específica que pueda presentar el Consejo a un Estado miembro y, por otro, sirve de base para elaborar el informe conjunto sobre el empleo que envían anualmente el Consejo y la Comisión al Consejo Europeo[16].

Como es sabido, las directrices actuales de la Unión sobre las políticas de empleo, publicadas en noviembre de 2023[17], son el resultado de las indicaciones incorporadas en las sucesi-

14 Al respecto, https://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=es&catId=101 [última visita, 18/08/2023].

15 Las primeras orientaciones, publicadas en 2010, ven la luz después que, en los diversos Consejos europeos monográficos sobre el empleo, celebrados desde 1997 hasta finales de la primera década de los años dos mil, establecieran una serie de objetivos principales y de directrices y criterios para alcanzarlos. Dichas orientaciones, sucesiva y reiteradamente formuladas por las autoridades comunitarias a los Estados para que pusieran en marcha reformas estructurales de diversas materias, cristalizan en el documento que ve la luz a finales de 2010. Sobre el tema, AA.VV. (Nogueira, Fotinopoulou y Miranda, Dir.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 278-279.

16 Considerando 18 de las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros de 2010, Decisión del Consejo 2010/707/UE, de 21 de octubre de 2010 (DOUE de 24 de noviembre de 2010).

17 Durante la revisión del presente artículo tuvo lugar la publicación de las Orientaciones de 2023 (Decisión 2023/2528, de 9 de octubre de 2023 que vieron la luz en el DOUE de 14 de noviembre de los corrientes, accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L_202302528) que prorrogan las correspondientes a 2022 que habían sido publicadas en la Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo, de 21 de noviembre de 2022 (DOUE 24 de noviembre de 2022).

vas versiones anuales que desde 2010 han sido elaboradas por las autoridades comunitarias con la finalidad de desarrollar una estrategia coordinada para el empleo en toda la geografía comunitaria. En concreto, son seis las orientaciones que se han dictado por la UE (2010 —prorrogadas hasta 2014—, 2015 —extendidas también durante 2016—, 2017, 2018 —con prorroga durante 2019—, 2020 —prorrogadas durante 2021 por la pandemia— y las últimas hasta el momento en 2022 que se han extendido para 2023).

En 2010 las primeras orientaciones fueron prolijas y detalladas. No obstante, era necesario una mejor ordenación y, por ello, a partir de las segundas directrices europeas, elaboradas en 2015, se llevó a cabo una reordenación en los cuatro ámbitos que han continuado hasta nuestros días (demanda de mano de obra; oferta de trabajo y su acceso al empleo, cualificaciones y competencias; funcionamiento del mercado de trabajo y diálogo social y, en fin, integración social, igualdad de oportunidades y combatir la pobreza). En efecto, en 2015 se modificaron los enunciados de los títulos de las cuatro orientaciones y ello conllevó que se incluyeran los diversos temas de una forma un poco más ordenada, lo cual facilitó en alguna medida su comprensión. Con todo, aunque ha mejorado algo, la redacción sigue adoleciendo de claridad y las orientaciones son un conglomerado de enunciados de asuntos relevantes cuya principal característica es la falta de concreción; se siguen añadiendo temas sin el debido orden y la necesaria profundidad y ello puede redundar con total seguridad en que sean seguidas en menor medida por los diferentes Estados miembros[18]. La gran mayoría de los temas se repiten desde hace más de una década por lo que debe hacer pensar que, quizá, podría modificarse la estrategia. Si en todas las versiones de las orientaciones europeas de políticas de empleo se trata un nutrido número de asuntos, más de cincuenta en las últimas publicadas, sin apenas detalle, quizá sería recomendable centrarse sólo en algunos aspectos de cada temática que sean abordados con determinación para implementar las reformas necesarias en un espacio temporal acotado. También podrían dedicarse indicadores para su consecución, a modo del Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales como luego se verá.

2.1.2. La digitalización en las directrices comunitarias de políticas de empleo de los Estados miembros

Desde las primeras directrices elaboradas en 2010, la UE estableció como prioridad que los Estados miembros promovieran «conocimientos y competencias adecuadas para responder a la demanda actual y futura del mercado laboral», dado que las necesidades de los mercados laborales modernos «cambian a gran velocidad». Ésta es la vía para mejorar la capacidad de inserción profesional y para incrementar la productividad, en una «economía basada en el conocimiento». Sin nombrar la transformación digital ni los avances tecnológicos relacionados con las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, lo cierto es que desde el inicio se observa una especial sensibilidad de las autoridades europeas con la sociedad del conocimiento y el mundo empresarial basado en las innovaciones, que son el germen de la transformación digital.

18 Sobre «la sordera selectiva» del caso del Estado español «cuando escucha solo parcialmente las recomendaciones que proceden de los órganos de la Unión Europea», *vid.* Cabeza Pereiro, J., «Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo», en AA.VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F., Coord.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 28.

Esta idea se completó en 2015 introduciendo ya las nociones de una economía cada vez más digital y los cambios tecnológicos. Así, se estableció que los Estados miembros debían realizar las inversiones necesarias en todos los sistemas educativos y de formación, a fin de aumentar su eficacia y eficiencia en la mejora de la cualificación y las competencias de la mano de obra para que, de este modo, los trabajadores pudieran «anticipar y responder mejor a la rápida evolución de las necesidades de unos mercados de trabajo dinámicos en una economía cada vez más digital y en el contexto de los cambios tecnológicos».

El contexto de cambio tecnológico se indica expresamente ya en 2017 al inicio de la Orientación número seis. En este escenario se establece que los Estados miembros deben promover la productividad y empleabilidad de los trabajadores mediante una oferta adecuada de conocimientos, capacidades y competencias pertinentes a lo largo de la vida laboral que respondan, además, a las necesidades actuales y futuras del mundo laboral.

Como se observa, la presencia de los avances de la digitalización va teniendo una mayor presencia en cada nueva versión de las directrices europeas de las políticas de empleo. Ahora bien, ésta sigue siendo escasa y siempre asociada a la obtención por parte de los trabajadores de nuevas competencias o cualificaciones que le permitan hacer frente a los cambios en el empleo.

Sobre la conexión entre el mundo laboral y el educativo de cara a identificar las cualificaciones y competencias que permitan responder mejor a las nuevas necesidades emergentes del mundo del trabajo ya se hablaba en las primeras orientaciones comunitarias de empleo de 2010. Se reiteró en 2017, cuando las orientaciones de la UE hablaban de la necesidad de «mejorar el seguimiento y la elaboración de previsiones respecto de las capacidades», senda mantenida en 2018 y que continúa en la actualidad.

Ya desde 2010 se apostó por «mejorar la formación de las mujeres en los ámbitos científicos, matemáticos y tecnológicos». Luego, esta idea se dejó de lado hasta retomarse años más tarde. En efecto, en 2020 es un asunto prioritario el incremento de personas tituladas en disciplinas CTIM o STEM (acrónimo en inglés de ciencias, tecnologías, ingeniería y matemáticas), tanto en la educación y formación profesionales de nivel medio como en la superior, especialmente de las mujeres. Esta idea se mantiene en la última versión de 2022.

La noción de «transición digital» aparece en las orientaciones de la UE a las políticas de empleo de los Estados miembros de 2020. Se habla expresamente de «las transiciones tecnológicas y medioambientales, así como del cambio demográfico». Ya en 2022 se hace alusión a «la doble transición ecológica y digital». Esta idea de las transiciones se completa con la visión comunitaria de lograr «transiciones justas y equitativas». De ello ya se habla en 2020 cuando se indica que la educación y formación «Deben permitir una mejor anticipación y adaptación de todos a las necesidades del mercado de trabajo, en particular a través de la formación complementaria y el reciclaje profesional continuos, a fin de apoyar unas transiciones justas y equitativas para todos, reforzar los resultados sociales, abordar la escasez de mano de obra y mejorar la resiliencia general de la economía frente a las perturbaciones». El concepto de transición justa de Europa hacia una economía digital se mantiene en el Considerando sexto de las últimas directrices europeas de 2022[19].

19 Sobre el concepto de transición justa, *vid.* Chacartegui Jávega, C., «El concepto de 'Transición Justa' para la OIT», en *Revista Trabajo y Derecho*, 103/2023, julio de 2023.

En 2022, además de la transición digital justa, se incorpora una idea de aprovechar el potencial relacionado con las transformaciones ecológica y digital (primer párrafo de la Orientación quinta) y del potencial de creación de empleo de las nuevas formas de trabajo (antepenúltimo párrafo de la Orientación séptima). Por tanto, a partir de las directrices actualmente vigentes parece traslucir una visión más positiva del cambio tecnológico.

La situación actual es la siguiente: cuando uno se acerca a las orientaciones comunitarias a las políticas de empleo de los Estados miembros publicadas en 2022 y prorrogadas en 2023, la sensación es que la digitalización y la transformación digital están muy presentes en todo el documento. En efecto, son múltiples, casi constantes, las referencias a la importancia que tiene en el momento actual las transiciones digital y ecológica y el cambio demográfico. El tema se nombra en los considerandos cuarto, sexto, noveno, undécimo y en el segundo párrafo del decimotercero. También en las cuatro orientaciones, quinta (en dos oportunidades), sexta (en cinco momentos), séptima (dos ocasiones) y octava (una vez). Lo más habitual es que aparezca al referirse a la transición digital pero también podemos ver el aprendizaje digital, la digitalización de los servicios públicos, competencias digitales (del profesorado y del alumnado), capacidades digitales y aspectos más concretos como la Inteligencia Artificial, la gestión algorítmica en las empresas, la vigilancia de datos, el teletrabajo (sobre todo permanente o semipermanente), la economía de plataformas y las plataformas digitales.

En el considerando séptimo se trata la digitalización como un reto que está transformando profundamente las economías por efecto de la inteligencia artificial, el incremento del trabajo y la economía de plataformas.

No obstante, a pesar de la multiplicidad de momentos en que se habla de la revolución TIC y su omnipresencia en las directrices europeas, lo cierto es que hay muy poca concreción de qué hay que hacer para afrontar este reto de la transformación digital.

En la orientación quinta se insta a los Estados miembros a modernizar sus sistemas de educación y formación con vistas a proporcionar el acceso al aprendizaje digital. En la sexta se establece la obligación de proporcionar a las personas desempleadas y a las personas inactivas una asistencia eficaz, oportuna, coordinada e individualizada, prestando especial atención a los grupos y personas vulnerables afectados en particular por la transición digital. En esta misma orientación sexta se indica la necesidad, por un lado, de invertir en las competencias digitales del profesorado y las personas formadoras y, por otro, de «dotar a todos los alumnos de competencias clave, incluidas las competencias básicas y digitales».

Por su parte, en la orientación séptima se hace referencia a la digitalización como medio de facilitar la gestión de servicios públicos basada en el rendimiento.

En esta misma orientación se trata de las nuevas formas de trabajo y las plataformas digitales. Se pide a los Estados miembros que creen las condiciones adecuadas para las nuevas formas de trabajo, aprovechando su potencial de creación de empleo, pero garantizando el cumplimiento de los derechos sociales. Deben proporcionar asesoramiento y orientación en el trabajo en plataformas digitales y se hace una llamada al papel fundamental que pueden jugar los interlocutores sociales para llegar a las personas con contratos atípicos y representarlas. Asimismo, se establece que los Estados miembros deban considerar la posibilidad de prestar apoyo, con formación específica para los organismos de la inspección, en relación

con los retos derivados de estas nuevas formas de organización del trabajo, la gestión algorítmica, la vigilancia de datos y el teletrabajo permanente o semipermanente.

El tema de la economía de plataformas se introdujo en las directrices de 2020 y se puede observar una concreción mayor en 2022. Ya no sólo se trata de luchar contra los falsos autónomos y evitar relaciones laborales que den lugar a condiciones de trabajo precarias, también en el caso de los trabajadores de plataforma, como se decía en 2020; ahora se insta a los Estados miembros a asesorar a los trabajadores, a apoyar a los interlocutores sociales para que puedan representar a los trabajadores de las plataformas y, más aún, se apuesta por formar a la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social sobre los retos de estas nuevas formas de trabajo (gestión algorítmica, vigilancia de datos y teletrabajo permanente).

En relación con el teletrabajo, se incorpora por primera vez en 2020, fruto de la experiencia de la pandemia cuando se indica «es importante fomentar el uso de fórmulas de trabajo flexibles, como el teletrabajo, para mantener los puestos de trabajo y la producción en el contexto de la crisis de la COVID-19». En la actualidad, hay tres alusiones al teletrabajo: en el considerando séptimo al indicar el aumento del teletrabajo como uno de los retos actuales del mundo del trabajo y en la orientación séptima, en dos ocasiones, cuando se indica, de un lado, que la «promoción del uso de fórmulas de trabajo flexibles, tales como el teletrabajo, puede contribuir a que los niveles de empleo sean más elevados y a que los mercados de trabajo sean más inclusivos»; de otro, en la posible formación a los organismos de inspección sobre el teletrabajo permanente o semipermanente antes comentada. Por tanto, la presencia de este importante tema es muy residual.

También es sorprendente el escaso —casi nulo— interés por un tema muy importante en la digitalización como es la protección de datos. Únicamente se nombra una única vez dentro de los aspectos a los que se podría formar a la Inspección de Trabajo.

En definitiva, a pesar de que la transformación digital está presente en las vigentes orientaciones europeas a las políticas de empleo, sólo hay cinco directrices con cierta concreción para regular sus efectos y lograr una transición digital justa, como en tantas ocasiones reitera la Unión. La presencia del teletrabajo, la protección de datos, la inteligencia artificial y la gestión algorítmica de la relación laboral es anecdótica y ello tendrá su efecto en las normativas nacionales. Es cierto que en las vigentes orientaciones (como se hizo por primera vez en 2020) se habla del reto de abordar la escasez de mano de obra, pero se hace sin concreción y, por ejemplo, ya no se habla en todo el documento de la «fuga de cerebros» como un asunto de interés europeo[20].

20 El tema de atender la fuga de cerebros, que no sólo están relacionados con la tecnología digital, pero en los que entran, sin duda, el problema de personas con cualificación digital que pueden abandonar o no trabajar en la geografía comunitaria, se introdujo en 2015, se mantuvo en 2017 y 2018 y en las directrices de 2020 se introduce la idea de que «deben abordarse las causas subyacentes de la fuga de cerebros de algunas regiones, también mediante medidas adecuadas de desarrollo regional». Como hemos indicado, en las orientaciones de 2022 que se han prorrogado para 2023 se ha eliminado la referencia a este tema.

2.2. Los Informes Conjuntos sobre el Empleo tras la pandemia COVID-19

El Informe Conjunto sobre el Empleo, publicado por la Comisión europea y adoptado por el Consejo Europeo, analiza la situación del empleo en Europa, la aplicación de las orientaciones para el empleo, la evaluación del cuadro de indicadores claves sociales y de empleo y, en fin, ofrece un resumen de las evoluciones más importantes en materia social y de empleo en Europa. Se trata de un documento extenso y exhaustivo de publicación anual.

El *informe de 2021*[21] está muy condicionado por la repercusión de la pandemia COVID-19 que aún persistía y, lo más relevante, no se sabía cuánto iba a durar. En este escenario se invita a los Estados miembros para que identifiquen los sectores y ámbitos donde tienen que hacer las reformas y la inversión. Se identifica el desempleo juvenil como uno de los mayores riesgos y se pone de relieve cómo la pandemia ha incrementado el número de ninis (jóvenes que ni estudian, ni trabajan) en la Unión. En cuanto a la incidencia del teletrabajo[22], fórmula utilizada para hacer frente a las consecuencias de la COVID-19, varía considerablemente según perfiles, sectores o, incluso, del lugar de residencia. Así mientras que el 61 % de las personas que vivían en grandes ciudades podían acceder al teletrabajo, este porcentaje se reduce al 41 % cuando hablamos de ciudades pequeñas. Asimismo, los trabajadores del sector de la educación y los servicios administrativos fueron los que utilizaron el teletrabajo en mayor medida. Lo más preocupante es la brecha existente de acceso al teletrabajo entre trabajadores con alta y baja cualificación que se calcula en sesenta puntos porcentuales de diferencia. Se reconoce que las políticas activas de empleo son fundamentales para lograr un crecimiento inclusivo, para apoyar transiciones fluidas de entrada y salida del mundo laboral y para evitar los riesgos de una mayor polarización de las capacidades de las personas desempleadas[23]. Ello unido a prestaciones económicas de desempleo y el refuerzo de los sistemas públicos de empleo, sobre todo en tecnología y en formación de los profesionales de estos servicios, son la fórmula escogida para hacer frente al incremento de desempleo provocado por la pandemia[24]. De particular interés son los mensajes decimonoveno a vigesimoprimero[25], dedicados a las reformas del sistema educativo y formativo por su señalada trascendencia para la cohesión social, que detallan la necesidad de apoyar en mayor medida a los colectivos vulnerables e impulsar la educación y capacidad digitales, con reformas e inversiones, en especial en el aprendizaje de personas adultas, dada la brecha de capacidades digitales existente en la actualidad que se registra en el informe[26]. Por lo que respecta a los colectivos vulnerables, el informe reconoce que la pandemia ha afectado con mayor virulencia a las personas con discapacidad, personas inmigrantes y familias con menores, para los que se promueve su inclusión económica a través de servicios sociales de calidad (estrategia de la

21 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0274_ES.html [último acceso, 31/08/2023].

22 Mensaje número 14, pp. 14-15.

23 Mensaje número 15, p. 16.

24 Mensajes número 16 y 17, pp. 16-17.

25 Páginas 19-24.

26 El 46 % de las personas de entre 16 y 74 años no tenía capacidades digitales básicas en 2019; 13,5 millones de puestos vacantes requerían capacidades relacionadas con las TIC en 2018 y 2019; 57 % de las empresas señaló que tuvo dificultades para contratar a especialistas en TIC en 2019 y, en fin, el 50,9 % de los profesores no recibió formación en TIC durante su educación formal (p. 24).

inclusión activa)[27]. Eso sí, se llama la atención del bajo nivel de las rentas mínimas que se sitúan por debajo del umbral de la pobreza, lo que provoca que sólo logren reducir la pobreza en uno de cada tres casos y, además, se reclama una mayor tasa de cobertura, que se sitúa en el 64 % de las personas en riesgo de pobreza que reciben una de estas prestaciones[28].

Como se observa, salvo lo previsto en materia de mejora de las capacidades digitales, nada se indica sobre cómo hacer frente a la transición digital de la economía.

Por su parte, el *Informe Conjunto sobre el Empleo de 2022*[29], elaborado una vez superada la pandemia de la COVID-19, centra sus esfuerzos en implementar el Pilar Europeo de Derechos Sociales y su plan de acción de marzo de 2021 de los que hablaremos en el epígrafe siguiente. Llama la atención sobre el impacto de la crisis sanitaria en los jóvenes, los retos del empleo de las mujeres, centrando esfuerzos en la conciliación de la vida familiar y profesional y el incremento de los trabajadores pobres. Asimismo, identifica riesgos elevados de pobreza y exclusión social para determinados grupos de población y, en particular, para las familias con hijos (especialmente para las familias monoparentales), las personas con discapacidad, las personas nacidas fuera de la UE y las de etnia gitana. Por ello, sobre estos últimos colectivos se han puesto en marcha ciertas medidas.

Las autoridades comunitarias también reclaman la vigilancia por el aumento del número de plazas vacantes lo que pone de manifiesto la escasez de mano de obra en determinados sectores y con ciertas capacidades.

Centrando el análisis a los aspectos relacionados con la digitalización, son tres los asuntos de interés: por un lado, en el informe se reconoce la ambivalencia del impacto de la transformación digital en el ámbito laboral pues crea oportunidades de empleo y puede contribuir a una mejor adecuación entre empleadores y empleados pero, a la vez, también puede entrañar riesgos para los puestos de trabajo existentes y para la calidad del empleo, «en particular para quienes realizan actividades altamente rutinarias y para las personas poco cualificadas». Asimismo, prevé que puede haber una «reasignación de trabajadores» hacia actividades relacionadas con las plataformas digitales, lo que pone de relieve la importancia de «aclarar el estatuto jurídico y mejorar las condiciones de los trabajadores de plataformas»[30], de ahí la mayor concreción que ya vimos en las directrices comunitarias antes analizadas sobre mejorar la regulación de la economía de plataformas[31].

Por otro lado, en relación con el teletrabajo[32], aparte de las bondades que tuvo esta fórmula de trabajo para la crisis sanitaria, lo cierto es que se reconoce que puede «reducir el tiempo de desplazamiento, aumentar la flexibilidad y las oportunidades de conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los empleados, así como mejorar la eficiencia y la productividad de las empresas». No obstante, no son todo aspectos amables pues el teletrabajo «puede a veces

27 Mensaje 24, pp. 26-27.
28 Mensajes 24-26, pp. 26-28.
29 Accesible en: https://www.mites.gob.es/es/sec_trabajo/analisis-mercado-trabajo/pnr/archivos/Semestre2022.htm [última consulta, 05/09/2023].
30 Página 15 del Informe UE Conjunto del Empleo 2022.
31 *Vid.* supra apartado 2.A.b).
32 Página 14.

difuminar las líneas existentes entre el trabajo y la vida privada» y dificulta «la representación colectiva y la participación en la toma de decisiones y la formación en el lugar de trabajo».

En tercer término, el informe apuesta por desarrollar capacidades digitales de los adultos para, entre otras cuestiones, hacer frente a la transformación digital. Específicamente, en el informe se establece la necesidad de hacer «esfuerzos adicionales significativos en materia de capacidades digitales avanzadas», dado que «en más del 90 % de los puestos de trabajo actuales y en casi todos los sectores de la economía se requieren capacidades digitales (al nivel adecuado)». El desfase existente en esta materia es enorme pues, según los últimos datos, sólo el 56 % de los adultos tenía, al menos, capacidades digitales básicas, de ahí que se haya establecido un nuevo indicador sobre este asunto para hacer un seguimiento exhaustivo de su impulso[33]. Es preciso contar con más especialistas en TIC y en los ámbitos CTIM (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas)[34]. En fin, las autoridades comunitarias llaman la atención del riesgo de brecha de digital «para que determinados grupos, en particular las personas poco cualificadas o las personas de edad avanzada, participen plenamente en el mercado laboral y en la sociedad» que puede conllevar riesgo de exclusión social, «de ahí la importancia de dotar a todas las personas de las capacidades digitales necesarias para beneficiarse de la transición digital»[35].

Además de lo anterior, en el informe Conjunto de Empleo de 2022 se estipula la exigencia de implementar políticas activas de empleo personalizadas y mejorar los servicios públicos de empleo «en particular invirtiendo en infraestructuras y servicios digitales (garantizando al mismo tiempo la accesibilidad)», trabajar sobre las capacidades que se prevén necesarias por las transiciones ecológica y digital y renovar los sistemas de elaboración de perfiles y la formación adecuada del personal[36].

Por consiguiente, haciendo balance de lo recogido en los últimos dos informes Conjuntos de Empleo (2021 y 2022), si en el primero nos encontramos con una Unión centrada en superar la crisis sanitaria, en el más reciente las autoridades comunitarias ya tienen más en cuenta otros aspectos y reformas necesarias. La digitalización ocupa un papel mayor, sin mucho menos ser la actriz principal del escenario laboral post-pandémico. La transformación digital sigue teniendo un papel secundario en el que las predicciones negativas (brecha digital, riesgo de pérdida de puestos de trabajo y peor calidad en el empleo) se vaticinan al alimón con aspectos positivos de creación de oportunidades laborales y beneficios del teletrabajo. Ahora bien, sí se concretan dos aspectos a tener en cuenta: de un lado, inversión en formación digital (para todas las personas, especialmente los adultos y en particular para los de edad avanzada para evitar brechas digitales que conllevarán riesgo de exclusión social) y, de otro, cautela con el trabajo en las plataformas digitales, pero sin recomendación concreta en este aspecto.

33 Los entrecomillados se encuentran en la página 23 del Informe Conjunto de Empleo 2022. Asimismo, el nuevo indicador se incorpora en el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales, que se desarrolla más adelante.

34 Página 20 del informe.

35 Página 14.

36 Páginas 10 y 29.

2.3. Recomendaciones del Consejo a España sobre los Programas Nacionales de Reforma

Como se sabe, la Comisión evalúa el Programa Nacional de Reformas y el de Estabilidad que presenta cada Estado Miembro. Dichos programas nacionales se revisan y las autoridades comunitarias formulan recomendaciones específicas para cada país. Vamos a analizar el último trienio (2021-2023) para detectar qué peso tiene la digitalización en las mismas.

Sin duda, este tiempo ha estado marcado por el impacto de la pandemia COVID-19 y sus consecuencias financieras, sobre todo por la necesidad de implementar el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y gestionar sus ayudas por los Estados miembros. A ello se añade en 2023 las secuelas de la guerra por la invasión rusa de Ucrania y el aumento de los precios de la energía.

Toda esta situación ha conllevado que la digitalización apenas encuentre espacio en ninguno de los tres documentos analizados. En efecto, en mayo de 2023 se ha publicado la última Recomendación del Consejo relativa al Programa Nacional de Reformas presentado por nuestro país[37] y no hay ninguna referencia a la digitalización. Es un documento presidido, por un lado, por la preocupación por lograr una política fiscal prudente, eliminando progresivamente las medidas de apoyo en materia energética y, por otro, por la reducción de la dependencia de los combustibles fósiles, además de mantener el impulso por la adecuada gestión del Plan de Recuperación y Resiliencia.

Por su parte, en 2022[38] las Recomendaciones del Consejo se centraban en evaluar fundamentalmente la utilización y cumplimiento del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia para concluir que España estaba «experimentando desequilibrios. En particular, las vulnerabilidades están relacionadas con el alto nivel de deuda exterior, pública y privada en un contexto de alto desempleo, y tienen incidencia transfronteriza» (Considerando 12 de la resolución). En este contexto, sólo una única referencia al ámbito de la digitalización y es, en concreto, en la primera Recomendación, de las cuatro existentes, en la que literal y escuetamente se indica «Aumentar la inversión pública en los ámbitos de las transiciones ecológica y digital» utilizando los fondos e iniciativas de la Unión. Sin más concreción ni detalle. Las otras recomendaciones se refieren a diversos ámbitos (garantizar política presupuestaria prudente; ejecutar el Plan de Recuperación y Resiliencia; aumentar tasas de reciclado y recogida selectiva de residuos; fomentar economía circular y, en fin, reducir la dependencia global sobre los combustibles fósiles). Por consiguiente, no sólo no hay referencias a la transformación digital y al impacto en el empleo, sino que las autoridades comunitarias realizan recomendaciones muy concretas en otros órdenes de la política económica por lo que se puede considerar que la digitalización no es una prioridad para nuestro país.

37 Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023DC0609 [último acceso, 30/11/2023].

38 Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022H0901(09) [último acceso, 05/09/2023].

Parecida situación la encontramos en la Recomendación del Consejo de 2021 para España relativa al Programa Nacional de Reformas. En ella se hace alusión a doble transformación medioambiental y por la digitalización, pero sin concreción práctica. En efecto, sólo hay una alusión a que España «dé prioridad a las inversiones sostenibles y favorables al crecimiento, en particular a aquellas que respalden la transición ecológica y digital». Bien es cierto que se trata de un documento marcado por los esfuerzos de las autoridades comunitarias y nacionales para la recuperación económica una vez que la pandemia se estabilizaba y tenía visos de finalizar, pero, claramente, no hay medidas de política de empleo ni económicas para afrontar la transformación digital.

III. OTROS DOCUMENTOS EUROPEOS CON IMPACTO EN EL EMPLEO POSTERIORES A LA PANDEMIA COVID-19

Para completar el análisis del impacto de la digitalización en las políticas de empleo comunitarias, además de los documentos de los semestres europeos vistos en el punto anterior, elaborados por las autoridades comunitarias en su coordinación de las actuaciones de los Estados miembros en los ámbitos social, laboral y económico, debemos hacer mención a un nutrido conjunto de normas, declaraciones y resoluciones, de distinto valor jurídico, que tienen relación con el ámbito del empleo. El número de estas disposiciones es muy elevado[39] lo que dificulta su exégesis. Compartimos el análisis indicado por algún autor[40] de la hiperactividad legislativa en el ámbito del empleo que dista de ser un aspecto positivo pues logra que los objetivos no se conozcan y las medidas no sean claras. Dado el espacio disponible, vamos a referirnos de forma sucinta a los que hemos considerado son los más importantes para poder tener un botón de muestra significativo, bien por la temática —muy vinculada al objeto de estudio (la transformación digital)—, bien por el valor del instrumento comentado (no sólo normativo pues puede ser estrictamente político, pero de interés para nuestra investigación)[41].

Por materias, encontramos disposiciones que tratan de forma pormenorizada el ámbito de la digitalización (así, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital[42], publicada en febrero de 2023 o la Comunicación de la Comisión para

39 En total, se han contabilizado más de cuarenta disposiciones y documentos comunitarios en 2021, 2022 y primeros seis meses de 2023.

40 García Quiñones, J.C., *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*, Editorial Reus, Madrid, 2015, especialmente, pp. 549-552. Este autor lo centra en la actividad legislativa nacional pero sus apreciaciones y comentarios pueden ser perfectamente aplicables a la actuación comunitaria.

41 No hacemos referencia a documentos normativos que no versan sobre la política de empleo, en su sentido amplio, analizados por otros autores en el marco del proyecto de investigación en el que se enmarca la investigación, como la propuesta de Reglamento de Inteligencia Artificial, de abril de 2021, o la propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo de las personas que trabajan a través de plataformas digitales, presentada en diciembre de 2021 y el Consejo adoptó su posición el 12 de junio de 2023.

42 Accesible en: https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/library/european-declaration-digital-rights-and-principles [última consulta, 05/09/2023].

aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo, de diciembre de 2021[43]); o bien que abordan un aspecto concreto como es la posible protección social a los afectados por la transformación digital [Reglamento UE 2021/691 relativo al Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG), publicado en mayo de 2021[44]]. Con respecto al aprendizaje de adultos, nos adentraremos en la Resolución del Consejo sobre un nuevo plan de aprendizaje de adultos 2021-2030 (2021/C 504/02), que vio la luz en noviembre de 2021[45]. Dada la importancia que está teniendo en la política social el Parlamento europeo[46], analizaremos brevemente tres resoluciones recientes de este organismo de carácter más bien genérico, una relacionada con la política social y de empleo en la zona Euro de 2021, publicada en mayo de 2022[47]; otra sobre una nueva estrategia industrial para las pymes europeas, de octubre de 2021[48] y, en fin, una tercera sobre una nueva Estrategia industrial para Europa, publicada también en octubre de 2021[49].

Por su importancia, añadimos también el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS), auténtica espina dorsal de la política social comunitaria en la actualidad por lo que comenzaremos con él[50].

3.1. El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales

Del Plan de Acción del PEDS hay que resaltar que hace referencia en al menos cinco ocasiones a aspectos relacionados con la digitalización. Encontramos llamadas a los interlocutores para encontrar soluciones de común acuerdo para hacer frente a las herramientas de gestión algorítmica (vigilancia y uso de los datos), al teletrabajo y al derecho a desconectarse[51]; también para mejorar el marco normativo de seguridad y salud laboral por los rápidos cambios tecnológicos[52]; se apuesta por la inversión en capacidades como medio de hacer frente a la

43 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Mejores condiciones de trabajo para una Europa social más fuerte: aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo». COM/2021/761 final, publicada el 9 de diciembre de 2021, accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0761 [último acceso, 10/09/2023].

44 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80566 [último acceso, 05/09/2023].

45 Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2021.504.01.0009.01.SPA [último acceso, 05/09/2023].

46 Al respecto, *vid.* Ficha técnica de empleo, Accesible en: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/54/la-politica-de-empleo [Última visita, 21/08/2023].

47 Resolución Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2021 sobre las políticas sociales y de empleo de la zona euro en 2021 (2021/2062 (INI)), accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021IP0426 [último acceso, 05/09/2023].

48 Resolución Parlamento Europeo, de 16 de diciembre de 2020 sobre una nueva estrategia para las pymes europeas (2020/2131 (INI)), accesible en:

49 Resolución Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020 sobre una nueva estrategia industrial para Europa (2020/2076 (INI)), accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020IP0321 [último acceso, 05/09/2023].

50 Accesible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/DOC/?uri=CELEX:52021DC0102&from=ES [último acceso, 11 de agosto de 2023].

51 Página 15 del documento.

52 Página 16 del Plan de Acción PEDS.

transformación tecnológica[53]; se reconoce que la inversión en infraestructuras, incluidas las digitales, «ayuda a prevenir la segregación espacial»[54] y, en fin, la Comisión se compromete a poner en marcha una solución digital que facilite la interacción entre los ciudadanos móviles y las autoridades nacionales, para mejorar la transferibilidad transfronteriza de los derechos de seguridad social[55] (pp. 28-29).

Para lograr todos estos propósitos, la Comisión Europea 1) aumentará las inversiones sociales a través de los Fondos de la UE; 2) movilizará fuerzas de todos los agentes, reforzando para ello el diálogo social nacional y en el ámbito de la Unión y 3) establece que los Estados miembros deben aprovechar al máximo el Semestre Europeo como el marco consolidado pertinente para coordinar las reformas e inversiones.

Llama la atención la apelación al Semestre europeo en el que, como vimos en el apartado correspondiente hay muy poca concreción de medidas y hay grandes lagunas como la protección de datos, la gestión algorítmica, la desconexión digital o el teletrabajo.

En fin, el Plan de Acción incluye un anexo con un calendario de las principales acciones y un nuevo cuadro de indicadores entre los que destacamos, a los efectos de nuestro estudio, el nivel de capacidades digitales de los ciudadanos, lo que pone de manifiesto el interés sobre la materia.

3.2. La Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital

Publicada en enero de 2023, se trata de una Declaración solemne y conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y la Comisión que consiste en el enunciado de veinticuatro principios y Derechos divididos en seis capítulos que, según se recoge en el propio documento, deben ser analizados y tenidos en cuenta de forma conjunta. En cada uno de ellos, además, se incluye un apartado de compromisos por parte de la UE para lograr hacerlos efectivos. Las ideas más reseñables a los efectos de nuestra investigación son las siguientes:

El primer capítulo reza que en el centro de la transformación digital deben estar las personas; incluye el primer principio en el que se reconoce que «las personas constituyen el núcleo de la transformación digital de la Unión Europea. La tecnología debe servir y beneficiar a todas las personas que viven en la UE y empoderarlas para que cumplan sus aspiraciones, en total seguridad y respetando plenamente sus derechos fundamentales».

Entre los compromisos destacamos el de «adoptar las medidas necesarias para que los valores de la UE y los derechos de los ciudadanos reconocidos por el Derecho de la Unión se respeten tanto en línea como fuera de línea».

El capítulo segundo versa sobre Solidaridad e inclusión. Hay un primer principio incluido en el punto dos y, a continuación, se dividen los preceptos en cuatro subapartados, dos de ellos de especial interés a nuestros efectos: conectividad; educación, formación y capacidades digitales; condiciones de trabajo justas y equitativas y servicios públicos digitales en línea.

53 Página 19 del documento que estamos analizando.

54 Página 25.

55 Páginas 28 y 29 del Plan de Acción del PEDS.

El punto dos declara que «la tecnología debe utilizarse para unir a las personas, no para dividirlas. La transformación digital debería contribuir a una sociedad y una economía equitativas e inclusivas en la UE». Entre los compromisos para hacer realidad este principio subrayamos, por un lado, la necesidad de asegurarse que las «el uso de soluciones tecnológicas respeten los derechos fundamentales, permitan su ejercicio y promuevan la solidaridad y la inclusión»; y, por otro, que la transformación digital no deje a nadie atrás. «Debe beneficiar a todos, lograr el equilibrio de género e incluir, en particular, a las personas de edad avanzada, las personas que viven en zonas rurales, las personas con discapacidad o marginadas, vulnerables o privadas de derechos, y quienes actúen en su nombre. También debe promover la diversidad cultural y lingüística»;

El apartado de conectividad reconoce que toda persona debería tener acceso a una conectividad digital asequible y de alta velocidad, incluyendo a las personas con bajos ingresos (punto tres).

El principio cuarto es especialmente importante para una política de empleo digital inclusiva. En él se reconoce que «toda persona tiene derecho a la educación, la formación y el aprendizaje permanente y debería poder adquirir todas las capacidades digitales básicas y avanzadas», para lo cual la UE se compromete a: 1. «promover una educación y una formación digitales de alta calidad, también con vistas a colmar la brecha digital de género» (apartado a); 2. «brindar a toda persona la posibilidad de adaptarse a los cambios provocados por la digitalización del trabajo mediante el perfeccionamiento y el reciclaje profesionales (apartado d).

Respecto a las condiciones de trabajo justas y equitativas son dos ideas básicas las que recogen los puntos quinto y sexto. De un lado, la proclamación del derecho de toda persona «a una protección adecuada en el entorno digital y en el puesto de trabajo físico, con independencia de su situación laboral y de la modalidad o la duración del empleo» (punto cinco). De otro, el reconocimiento del importante papel en la transformación digital de las organizaciones sindicales y patronales, «en particular en lo relativo a la definición de unas condiciones de trabajo justas y equitativas, también en lo que respecta al empleo de herramientas digitales en el trabajo» (punto seis).

Los compromisos de la Unión en este ámbito son, si cabe, aún más importantes. Abarcan diversos aspectos como:

1. La garantía de los derechos fundamentales en el entorno digital, incluido su derecho a la privacidad «así como la protección frente a una vigilancia ilegal e injustificada»;

2. Cuestiones de prevención de riesgos laborales para mantener un entorno de trabajo seguro y saludable, incluida la vigilancia del cumplimiento de la desconexión digital. Así, se mantiene la necesidad de salvaguardar «que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo»

3. El equilibrio entre vida privada y vida laboral en un entorno digital y,

4. El control del uso de la inteligencia artificial (IA) en el lugar de trabajo para que sea transparente, siga un enfoque basado en los riesgos, garantizando «en particular, que las decisiones importantes que afecten a los trabajadores cuenten con supervisión humana y que, en general, se los informe de que están interactuando con sistemas de inteligencia artificial».

Dentro del capítulo tercero (puntos del ocho al once), dedicado a la «libertad de elección», el primer subapartado regula la interacción con algoritmos y sistemas de inteligencia artificial. El punto ocho enuncia el principio general que considera que la IA «debe ser un instrumento al servicio de las personas y su fin último debe ser aumentar el bienestar humano» y el punto noveno proclama que «Toda persona debería estar empoderada para beneficiarse de las ventajas de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, especialmente a fin de tomar sus propias decisiones en el entorno digital con conocimiento de causa, así como estar protegida frente a los riesgos y daños a su salud, su seguridad y sus derechos fundamentales».

De especial interés es el compromiso de la UE de «garantizar que las tecnologías como la inteligencia artificial no se utilicen para anticiparse a las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud, la educación, el empleo y la vida privada». Aparte de ello, la UE apuesta por «velar por un nivel adecuado de transparencia en el uso de algoritmos y la inteligencia artificial y porque las personas estén informadas y capacitadas para utilizarlos cuando interactúen con ellos»; sistemas algorítmicos que «se basen en conjuntos de datos adecuados para evitar la discriminación» y por «permitir la supervisión humana de todos los resultados que afecten a la seguridad y los derechos fundamentales de las personas».

Por su parte, en relación con la participación en el espacio público digital, capítulo IV de la Declaración sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital, el punto trece recoge que «toda persona tiene derecho a la libertad de expresión y de información, así como a la libertad de reunión y de asociación en el entorno digital», lo cual puede tener su implicación en el ámbito laboral dada la amplitud de esta aseveración.

En la Declaración, capítulo quinto, se recogen otros aspectos de seguridad (entorno digital protegido, confidencialidad, integridad, disponibilidad y autenticidad de la información tratada), privacidad y control individual de los datos y protección y empoderamiento de los niños y jóvenes en el entorno digital (compromiso en la adquisición de competencias y capacidades necesarias, en particular la alfabetización mediática). También hay un apartado específico para la sostenibilidad, capítulo sexto y último, que recoge la necesidad de reducir los efectos negativos hacia el medio ambiente (entre otros, evitando la obsolescencia programando), promoviendo la economía circular e impulsando la información precisa y fácil de entender sobre los efectos ambientales, consumo de energía, reparaciones y vida útil de los productos y servicios digitales, para poder adoptar decisiones responsables al respecto. En este punto, hay una última declaración de interés para el mundo laboral cuando la UE se compromete a «incentivar alternativas para los consumidores y modelos de negocio que sean sostenibles, y fomentar un comportamiento sostenible y responsable por parte de las empresas a lo largo de las cadenas de valor mundiales de productos y servicios digitales, también con vistas a luchar contra el trabajo forzoso» (apartado b de los compromisos del capítulo sexto).

En definitiva, un elenco muy ambicioso de principios y derechos, sin valor jurídicamente vinculante pero que deben servir de guía tanto a los responsables políticos como a empresas y otros agentes en su implantación de las tecnologías de la información y las comunicaciones. Recogen un compromiso político conjunto de las tres instituciones de la Unión y, como tal, se supone que será seguido en futuros instrumentos normativos que puedan devenir de las autoridades comunitarias.

Esta Declaración demuestra cómo la Unión ha afrontado con valentía la transformación digital y tiene claro el camino a seguir que se asienta en tres ideas esenciales y cuatro metas

digitales (considerando sexto). Los principios claves son situar a las personas en el centro, empoderar a la ciudadanía e incentivar a las empresas innovadoras. Asimismo, en cuanto a las metas digitales: capacidades digitales, infraestructuras digitales, digitalización de las empresas y de los servicios públicos.

Sólo queda que todas estas ideas interesantes queden reflejadas en instrumentos normativos vinculantes. Mientras llega, es reseñable indicar que el Consejo y el Parlamento Europeo aprobaron una decisión conjunta, en diciembre de 2022, sobre el programa estratégico de la Década Digital para[56] 2030 que establece unas metas digitales concretas[57] cuyo interés es permitir a los países de la UE colaborar estrechamente y poner en común recursos para lograr avances en el ámbito de las capacidades y las tecnologías digitales que, de otra manera, los Estados Miembros no podrían alcanzar por sí solos. El fin último de todas las medidas es lograr una transformación digital que empodere a los ciudadanos y a las empresas. Establece un programa de trabajo por el cual la Comisión establecerá trayectorias a escala de la UE para cada uno de los objetivos digitales de la Unión, junto con los Estados miembros. Por su parte, cada Estado elaborará una trayectoria nacional y hoja de ruta estratégicas para alcanzar los objetivos comunes hasta su revisión, prevista en 2026. Los avances se supervisarán sobre la base del Índice de la Economía y Sociedad Digitales y se evaluarán en el informe anual de la Comisión sobre el «estado de la Década Digital».

La existencia de estas metas digitales, detalladas y exigentes, supone la demostración que la Unión pone los medios y los procedimientos para alcanzar aquello que considera pertinente. Entre las metas, existen temas relacionados con el mundo laboral (capacidades digitales de los adultos; especialistas en TIC que trabajen en la Unión; nivel de servicios de computación en nube de las empresas y digitalización de los servicios públicos). Ahora bien, ninguno de estos compromisos versa sobre las reglas jurídicas del teletrabajo, las plataformas digitales, la inteligencia artificial o la protección de datos de las personas trabajadoras, lo que denota que mucho camino hay aún por recorrer.

56 Accesible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81885 [última consulta, 12/09/2023].

57 Las metas digitales que deben alcanzarse en la Unión Europea de aquí a 2030 incluyen: i) que no menos del 80 % de las personas de 16 a 74 años tengan al menos competencias digitales básicas; ii) que un mínimo de 20 millones de especialistas en tecnologías de la información y la comunicación (TIC) estén empleados en la UE, fomentando el acceso de las mujeres y aumentando el número de titulados en TIC; iii) que cualquier ubicación fija suministrada por una red de gigabit y todas las zonas pobladas cubiertas por redes de alta velocidad sean como mínimo equivalentes a la 5G; iv) que la producción de semiconductores en la UE sea como mínimo el 20 % de la producción mundial (en valor) de conformidad con el Derecho de la Unión sobre sostenibilidad medioambiental; v) que el primer ordenador con aceleración cuántica se instale en la UE de aquí a 2025, allanando así el camino de las capacidades cuánticas para 2030; vi) que al menos el 75 % de las empresas de la UE hayan adoptado servicios de computación en nube, macrodatos o inteligencia artificial; vii) que no menos del 90 % de las pymes alcancen al menos un nivel básico de intensidad digital; viii) que el 100 % de los servicios públicos digitales sean accesibles en línea y los ciudadanos de la UE tengan el 100 % de acceso a sus datos sanitarios electrónicos y a medios de identificación electrónica seguros y reconocidos en toda la UE.

3.3. Comunicación de la Comisión para aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo

En diciembre de 2021 la Comisión publica una comunicación cuyo subtítulo es elocuente a los efectos de nuestro estudio. Aprovechar todas las ventajas de la digitalización para el futuro del trabajo y, de esta manera, mejorar condiciones de trabajo y hacer una Europa Social más fuerte.

El texto parte de la aseveración de que la digitalización posibilita automatizar gran parte del trabajo administrativo cotidiano y, específicamente, tareas repetitivas a las que los trabajadores suelen dedicar un número importante de horas. Esta ventaja competitiva plantea, no obstante, desafíos y se centra en los que existen en el sector de las plataformas digitales. Entre ellos, sobresale la gestión algorítmica de la empresa cuyas consecuencias negativas para los trabajadores son: la falta de autonomía y la vigilancia que induce en el trabajo que pueden tener un impacto negativo en las condiciones de trabajo, por ejemplo, incrementando el estrés psicosocial (sentimiento de control y evaluación constante sin justificación adecuada); riesgo de accidentes (posible incentivo de comportamientos potencialmente peligrosos para lograr mejor productividad) y el acceso a un mayor control de las tareas. Además de ello, está el problema de la falta de calificación jurídica como trabajador subordinado.

Frente a ello, la comunicación de la Comisión trata de ofrecer un nuevo haz de derechos (presunción ad hoc de laboralidad, derechos de la representación de los trabajadores bien de información (sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones) y de consulta (introducción o utilización de algoritmos).

En concreto, el documento plantea 1) una propuesta de Directiva para mejorar las condiciones en el trabajo en plataformas; 2) un proyecto de directrices para que el Derecho a la competencia comunitario no obstaculice la aplicación de la negociación colectiva de salarios y otros aspectos de condiciones laborales para trabajadores por cuenta propia sin asalariados y que se encuentren en situación de debilidad; 3) un llamamiento para que las autoridades nacionales, interlocutores sociales y partes interesadas adopten nuevas medidas complementarias a la Directiva para mejorar las condiciones laborales de los que trabajan para plataformas digitales.

En fin, la comunicación realiza, además, propuestas aplicables para «los autónomos verdaderos», para las plataformas digitales y para las autoridades nacionales.

Se trata, por tanto, de un instrumento completo que, sin duda, sirve de base para las orientaciones comunitarias de empleo del año 2022 en las que se concretan en alguna medida las directrices relacionadas con las plataformas digitales, pero sin llegar a asumir todas las propuestas de la comunicación de la Comisión que ahora comentamos.

3.4. La Resolución del Consejo sobre un nuevo plan de aprendizaje de adultos 2021-2030

En diciembre de 2021 el Consejo Europeo publicó en una resolución el nuevo plan comunitario de aprendizaje de adultos. Resulta necesario incrementar el nivel de formación y cualifi-

cación de las personas adultas como medio para cumplir con los objetivos establecidos en el Plan de Acción del PEDS. Asimismo, las cifras de participación de los adultos en actividades de aprendizaje son bajas y, además, las estadísticas educativas indican que una quinta parte de la población europea no ha completado la educación secundaria obligatoria y «una proporción sustancial de adultos en Europa se ve afectada por bajos niveles de alfabetización, aritmética y/o competencias digitales» (considerando decimoquinto)[58]. Entre las motivaciones existentes para que este documento vea la luz además de los números antes indicados, está, con particular relevancia, la transición digital y ello queda demostrado porque entre las cinco materias que se acuerda desarrollar se encuentra el impulso de las capacidades digitales necesarias «para trabajar y vivir proactivamente en un entorno digital». El aprendizaje digital de la población adulta también requiere «el desarrollo profesional de educadores y formadores (…), así como apoyo para el uso de herramientas digitales y la adaptación de materiales, enfoques y recursos de aprendizaje».

No cabe duda que el incremento de las competencias digitales de las personas adultas acelerará la transformación digital y, a su vez, ésta «debe mejorar el acceso al material digital en igualdad de condiciones para los estudiantes adultos de todas las edades». Por tanto, el aprendizaje de adultos de capacidades digitales será causa y efecto de la automatización, si se ordena adecuadamente. No obstante, no hay concreción de cómo lograr este impulso de la formación digital (no entra ni en los permisos formativos de las personas trabajadoras, ni en los planes de formación en las empresas, ni el papel que tienen que asumir los diferentes actores).

3.5. El Reglamento sobre el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos

El Reglamento de la Unión que renueva para el período 2021-2027 el Fondo Europeo para la Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos trata de atajar, como indica su considerando sexto, los efectos colaterales negativos del impulso del cambio tecnológico que, unido a la globalización, está generando un cambio en la demanda de mano de obra cualificada y reduciendo la creación de número de empleos que requieren bajas cualificaciones. Existe un riesgo evidente que debe ser contenido con medidas sociales como la que estamos analizando que combinan protección social y apoyo activo para acceder a oportunidades de empleo tanto asalariado como por cuenta propia.

La contribución de este Fondo europeo debe servir, según establece el considerando vigesimoprimero, para promover políticas activas de empleo: i) que promuevan trabajo por cuenta ajena y propia; ii) que den especial difusión a las capacidades necesarias en la era digital («elemento horizontal» que siempre debe contemplarse en todas las ayudas, según el considerando vigesimotercero); iii) que superen los estereotipos de género en el empleo; iv) que incluyan prestaciones económicas de servicios personalizados sin sustituir las medidas pasivas de protección social y, en fin, v) que animen a participar en la cofinanciación nacional de las medidas.

58 En la presentación del Itinerario hacia la Década Digital, en diciembre de 2022, el vicepresidente del Gobierno Checo de digitalización y ministro de Desarrollo Regional, indicó que sólo la mitad de la población europea detenta capacidades digitales básicas.

En la concesión de ayudas debe prestarse especial atención a ciertos beneficiarios (entre ellos personas con discapacidad, con familiares dependientes, desempleadas jóvenes y mayores, con un nivel de cualificación muy bajo, de origen migrante y aquellas que estén en riesgo de pobreza) «ya que estos grupos se enfrentan a problemas específicos al reincorporarse al mercado laboral» (considerando vigesimoquinto).

Todas estas consideraciones son reguladas en el artículo 7 del nuevo Reglamento publicado en abril de 2021. Por tanto, se observa cómo la tecnología está muy presente en esta normativa comunitaria que pretende paliar el riesgo que tiene la automatización de la actividad productiva de poder excluir del mundo del trabajo a personas trabajadoras (riesgo de despido por causas técnicas). La única cuestión es que este Fondo está previsto para despidos de un número muy relevante de personas [200 según dispone el art. 2.a) del Reglamento][59] que, aunque es sensiblemente menor que los 500 despidos previstos en el Reglamento precedente de 2013 a 2020, hace que su aplicación sea para casos muy contados, por lo menos en nuestro país.

3.6. Algunas resoluciones de interés del Parlamento Europeo

La posición del Parlamento europeo sobre la política de empleo la podemos recabar de algunas resoluciones recientes que, aunque no tienen valor normativo por sí mismas, sí encierran interés político. Además, son varias las ocasiones en las que la posición del Parlamento luego ha sido seguida por la Comisión y el Consejo por lo que pueden tener aún mayor valor como punta de lanza o guía de por dónde puede ir la Unión.

En su Resolución sobre las políticas sociales y empleo de diciembre de 2021 antes indicada, documento muy amplio de más de cincuenta puntos, sin recomendaciones ni conclusiones concretas, el Parlamento Europeo recoge algunas consideraciones de interés. Algunas son más generales como, por ejemplo, que otorga la misma importancia a las cuestiones económicas que a las sociales y medioambientales e insiste que así debería concebirse por el semestre europeo (puntos 3 y 17); también subraya la importancia capital tanto del Plan de Acción como de los objetivos establecidos en el PEDS (punto 4) y, en fin, apuesta porque en la Unión haya un compromiso para erradicar la pobreza en 2050 (punto 18) y se articule una estrategia integral contra ésta (punto 47).

Más centrado en la materia objeto de análisis, el Parlamento Europeo propone que las transformaciones digitales sean evaluadas desde una perspectiva social para, de esta manera, evitar la destrucción de empleo por ese motivo (punto 49). Asimismo, considera que deben aumentarse los recursos financieros y humanos de los servicios públicos de empleo, dotarles de soluciones tecnológicas que permitan la contratación de solicitantes de empleo de forma más eficaz y mejorar la evaluación de las capacidades de los desempleados (punto 29). Concibe, además, que tras la emergencia sanitaria debería pasarse de la protección a la creación de empleos ecológicos y de calidad para lo cual apunta como necesaria una agenda social ambiciosa que pueda crear empleo de calidad para trabajadores de baja y media cualificación (punto 25)[60]. A ello se añaden

59 En un período de seis meses, cuando los despidos operen en un mismo sector económico situado en una región o en dos regiones contiguas, siempre que los trabajadores afectados sumen en su conjunto 200 en dos de las regiones [art. 2.b) del Reglamento]; también puede ser en un período de referencia de cuatro meses cuando los despidos afecten a una misma región.

60 Dichos puestos de trabajo deben estar uniformemente distribuidos para evitar desequilibrios entre

las recetas sobre educación de calidad para una población activa bien instruida (punto 26)[61] y para hacer frente a la escasez de mano de obra considera fundamentales tanto aplicar la Agenda de Capacidades de la Unión como el reconocimiento mutuo de calificaciones.

Haciendo un balance de todas las estipulaciones podríamos indicar las siguientes seis ideas: para el Parlamento Europeo 1) existe una clara conexión entre las políticas de empleo y las estrictamente sociales, aún más evidente —apuntamos nosotros— para los colectivos vulnerables al empleo; 2) hay una muy escasa concreción de las medidas de creación de empleo que se resumen en un lacónico «hace falta más inversión»[62]; 3) queda evidenciada la importancia de las transiciones en el mundo laboral, la formación y la cualificación y atender a los retos de la digitalización y el envejecimiento; 4) se precisa una mejor atención personalizada de los servicios públicos de empleo; 5) hay una muy tímida atención específica a determinados colectivos (jóvenes, ninis, personas con discapacidad y sin hogar) y 6) pone el foco en la igualdad de género, para lo cual se conecta con una apuesta decidida por una política de cuidados, en especial de la infancia.

Por lo que respecta a la Resolución sobre una nueva estrategia industrial para las pymes europeas, de octubre de 2021, antes indicada, son tres las ideas claves más relevantes de un documento de mediana extensión, que recoge setenta y un puntos. De un lado, el interés del Parlamento europeo en que las pymes se digitalicen porque la experiencia de la emergencia sanitaria ha hecho ver que es un medio para ser más resiliente y para respaldar un crecimiento sostenible y a largo plazo. Ahora bien, en este punto es reseñable cómo a finales de 2021, bien avanzada la pandemia, en el texto se recoge que sólo «un 17 % de las pymes haya logrado por el momento integrar con éxito la tecnología digital en su actividad» (considerando G, H y punto 35). De otro, la constatación de la necesidad de mano de obra cualificada para que puedan afrontar con garantías el reto digitara lo cual propone la inversión en nuevos programas formativos que tengan en cuenta en mayor medida la necesidad de las pymes (punto 36). En este sentido, la resolución destaca la necesidad de «abrir la formación acelerada a través de cursos digitales intensivos para permitir a los empleados de microempresas y pymes la adquisición de competencias en ámbitos como la inteligencia artificial, la ciberseguridad y las tecnologías de registro descentralizado». Dichos cursos deberían ir precedidos de cursos subvencionados para propietarios y direcciones de pymes para identificar sus necesidades y oportunidades (punto 34). En tercer término, son varias las peticiones que el Parlamento realiza a la Comisión: apoyo a las pymes para modernizar sus («obsoletos») equipos

regiones, lo que considera esencial para ser una economía y sociedad más resilientes (punto 25).

61 En este punto, el Parlamento Europeo solicita un compromiso por la investigación y la innovación; subraya la importancia del perfeccionamiento y reciclajes profesionales (requisitos previos para la recuperación sostenible y la cohesión social); insiste en bridar posibilidades de prácticas profesionales de calidad y que deben ser una prioridad tanto la formación de los empleados como el aprendizaje permanente de los adultos. Asume que la recuperación económica requiere de inversión pública y privada sostenible en el tiempo para garantizar el acceso a la formación para las personas desempleadas y las que tengan una baja cualificación, para que adquieran capacidades básicas certificadas, capacidades profesionales y competencias clave que les permitan acceder a las cualificaciones necesarias y para realizar transiciones en su carrera profesional.

62 Los términos en los que se expresa el Parlamento Europeo son elocuentes de la necesidad de creación de empleos y de la absoluta inconcreción para lograrlo: «34. Destaca que, si la Unión quiere liderar una recuperación mundial sostenible e integradora, y con ello modernizar nuestras economías y garantizar puestos de trabajo de calidad, deben crearse millones de puestos de trabajo bien remunerados, incluso para trabajadores con baja y media cualificación (…)».

informáticos (punto 38); mejorar la infraestructura de Internet y condiciones de conectividad en beneficio de pymes situadas en zonas remotas (estableciendo objetivos vinculantes en materia de conectividad, punto 42) y, en fin, mayores inversiones en «economía de datos, la inteligencia artificial, la producción inteligente, el internet de las cosas (…) y la informática cuántica» y que garantice un fuerte componente de pymes en esos ámbitos (punto 47). Como se observa, puesta en evidencia de necesidades, pero con escasa concreción práctica.

Por su parte, también nos haremos eco de alguna consideración de la Resolución del Parlamento Europeo sobre una nueva Estrategia industrial para Europa, publicada en octubre de 2021. Al igual que las anteriores, se trata de un documento largo de más de cien puntos, sin conclusiones o recomendaciones concretas. Destacamos cuatro ideas: 1) el Parlamento Europeo insiste en la necesidad de determinar las competencias necesarias para el futuro digital y de una mayor inversión en educación y formación específicas, así como en reforzar la coordinación de las políticas educativas a través de la creación de un grupo de expertos «que se encargue de predecir las futuras carencias y déficits de cualificaciones industriales» (puntos 6 y 7); 2) petición de crear un respaldo financiero para pymes para modernizar equipos obsoletos y mejorar transferencia de conocimientos, dada la brecha existente entre grandes y pequeñas y medianas empresas (puntos 24, 26 y 27); 3) el Parlamento subraya el papel clave del sector digital para contribuir a la transformación del sector industrial, por ello, considera esencial tener una estrategia industrial innovadora que acelere la digitalización y pide a la Comisión inversiones en economía de datos, inteligencia artificial, internet de las cosas, movilidad, supercomputación, la nube, la tecnología cuántica, las redes 5G y 6G, etc. Reclama la importancia de un enfoque europeo en relación con la economía de los datos y de establecer «un marco jurídico europeo sobre inteligencia artificial, robótica y tecnologías afines que aborde los principios éticos y los derechos fundamentales en el desarrollo» (puntos 31 a 36). En fin, 4) el Parlamento Europeo apoya una transición justa con la creación de nuevos puestos de trabajo en nuevos sectores que compensen los perdidos por efecto de la digitalización y el cambio climático, a fin de garantizar que nadie se quede atrás y que ningún trabajador quede excluido del ámbito laboral y para ello, pide la creación de un Mecanismo para una Transición Justa que incluya un Fondo de Transición Justa (punto 73).

En este documento se vislumbra cómo la asamblea europea apuesta claramente por la automatización de la industria, pero con apoyos económicos a las pymes, inversiones para creación de puestos para los afectados por la transición digital y para formación digital, pidiendo incluso la creación de un grupo de expertos que se encarguen de detectar qué capacidades o cualificaciones serán necesarias en la economía digital.

IV. VALORACIONES CONCLUSIVAS

En los documentos analizados hay más espacio utilizado para enfatizar las posibles consecuencias (negativas en gran medida) de la digitalización que a concretar qué hacer, cómo hacer frente y poder remediar los problemas que efectivamente ya se están dando. No se concreta ni cuál será el impacto real ni cuándo se podrá ver de manera tangible[63]. Por ello, sin

63 Sobre el plazo en el cual veremos el impacto real de la digitalización y podremos trabajar de forma generalizada con robots en los centros de trabajo, el profesor Álvarez González, autor del informe *La*

tener un diagnóstico claro, las medidas a adoptar que se proponen por las autoridades comunitarias son inconsistentes. Hay una dimensión que sobresale sobre el resto: la necesidad de incrementar la capacitación digital de la población. Pero incluso en este mandato, tampoco observamos la concreción necesaria de medidas a adoptar y del papel de los actores implicados. Ni se revisan los permisos de formación de los trabajadores en la relación laboral, ni se da impulso a los planes de formación de las empresas, ni se establece quién debe (y en qué calendario) prever y anticiparse a las competencias digitales demandadas. Sobre ello, únicamente el Parlamento Europeo pide la creación de un grupo de expertos, pero no hay otra concreción al respecto. Únicamente es reseñable indicar que en el Plan de Acción del PEDS se ha puesto un indicador para ser reportado anualmente por los Estados miembros lo que denota un interés mayor y un primer paso necesario para hacer realidad esta pretensión.

A pesar de que en todos los instrumentos analizados la omnipresencia del desafío digital es evidente, nos encontramos con inexplicables olvidos. El espacio dedicado a la gestión algorítmica empresarial (únicamente se hace referencia en las plataformas sin tampoco detallarlo), a la protección de datos de las personas trabajadoras o al uso de inteligencia artificial en el acceso al trabajo o la selección de personal, es prácticamente inexistente. Las referencias al teletrabajo y la desconexión digital son muy escasas y no hay alusión a todos los problemas normativos que está suscitando. Por todo ello, entendemos que queda mucho camino aún por recorrer.

La pandemia aceleró la digitalización de la economía, el aumento del teletrabajo y el trabajo a través de plataformas pero, al mismo tiempo, ha resultado ser un freno para poner en marcha las reformas necesarias para hacer frente a la automatización de la industria y el empleo y al desafío de la inteligencia artificial. En efecto, la crisis sanitaria evidenció la dificultad de algunos grupos vulnerables en el mantenimiento y la incorporación al empleo; también la escasez de mano de obra en algunas profesiones por falta o inadecuación de la cualificación o capacidades. Ahora bien, el embate de la COVID-19 fue de tal envergadura que, de hecho, ha provocado —como hemos observado en los documentos analizados— que las autoridades comunitarias hayan estado durante 2021 y hasta diciembre de 2022 sin concretar qué debemos hacer con respecto a la transformación digital del mundo laboral.

A partir de diciembre de 2022 y primeros meses de 2023 con la aprobación tanto de la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital como el programa estratégico de la Década Digital para 2030, la Unión parece afrontar con determinación el reto de la transición digital: establece bases firmes que sirven de cimientos para la construcción posterior; determina metas concretas; aporta un calendario de actuaciones (hasta 2030) e identifica responsabilidades de los Estados miembros y de la Comisión para trazar una trayectoria europea para lograr los objetivos marcados. Ahora bien, faltan conside-

empleabilidad en el futuro del mundo del trabajo, OBS Business School, abril 2023, en una entrevista en Radio 5 el 15 de septiembre de 2023 indica que aún nos queda, aproximadamente, veinte años para verlo por lo que hay tiempo para tomar las medidas necesarias. Enlace a la entrevista: https://www.rtve.es/play/audios/la-entrevista-de-radio-5/entrevista-radio-5-rodolfo-alvarez/6968967/

raciones concretas de calado normativo (reformas legales necesarias), por lo que desde un punto de vista jurídico-laboral hay mucho todavía por hacer, pero el cambio de tendencia de la Unión es evidente.

Para terminar, debemos seguir la famosa frase del profesor Brynjolfsson cuando aseveró en 2017 que la inteligencia artificial no quitará los trabajos, sino que será un manager (un profesional) quien usando la IA el que tal vez sí lo hará. La clave está en adaptarse a los cambios tecnológicos provocados por las TIC. Hay tiempo y deben tomarse medidas para llevar a cabo. Tras superar la pandemia no parece que todavía las autoridades comunitarias tengan muy claro cuál es el camino a seguir, pero en los últimos meses se ha evidenciado un cambio de ritmo esperanzador y estaremos atentos a su evolución.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV. (Nogueira, Fotinopoulou y Miranda, Dir.), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

AA.VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F., Coord.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Cabeza Pereiro, J., «Disfunciones y retos del sistema nacional de empleo», en AA.VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F., Coord.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 28.

Chacartegui Jávega, C., «El concepto de 'Transición Justa' para la OIT», en *Revista Trabajo y Derecho*, 103/2023, julio de 2023.

Foro Económico Mundial, Informes *Future of Jobs* 2020 y 2023, accesibles en: https://es.weforum.org/reports/.

Fernández Prol, F., «Orientaciones y recomendaciones a debate: ¿cumple España los mandatos europeos en materia de empleo?, en AA.VV. (Cabeza Pereiro, J. y Fernández Prol, F., Coord.), *Políticas de empleo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

García Piñeiro, N., «Política de empleo y nuevas tecnologías», en AA.VV. (Monreal, Thibault y Jurado, Coord.), *Derecho del Trabajo y nuevas tecnologías. Estudios en Homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel,* Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 161-187.

García Quiñones, J.C., *Políticas activas de empleo durante la crisis económica (2010-2015)*, Editorial Reus, Madrid, 2015.

Gmyrek, P., Berg, J., Bescond, D. *Generative AI and Jobs: A global analysis of potential effects on job quantity and quality*, ILO Working Paper, 96, Ginebra, 2023, https://doi.org/10.54394/FHEM8239.

Martín Valverde, A., «La política de empleo: caracterización general y relaciones con el Derecho del Trabajo», *Documentación Laboral*, n.º 9, 1983.

Miranda Boto, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en Materia Social,* Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.

Monereo Pérez, J.L., «Derecho al trabajo y derechos profesionales ante la innovación tecnológica y las nuevas formas de empleo», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Vila Tierno, F., Esposito, M., Perán Quesada, S., Directores), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales. Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XXI,* Comares, Albacete, 2021.

Pérez del Prado, D., «Ley 3/2023 de empleo: un paso más en la modernización de las políticas de empleo de España» (I y II), Revista Trabajo y Derecho, n.º 102 y 103, junio y julio de 2023.

Rodríguez-Piñero Royo, M.C. y **Castellano Burguillo, E.**, «La política de empleo en la Unión Europea», *Trabajo: Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, n.º 10, 2001.

EL ACCESO ANTICIPADO A LA FUENTE DE PRUEBA DIGITAL Y SU ASEGURAMIENTO EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

EARLY ACCESS TO THE SOURCE OF DIGITAL EVIDENCE AND ITS SECURITY IN THE SOCIAL JURISDICTIONAL ORDER

Ainhoa M.ª Goñi Irulegui
Doctoranda de Derecho Procesal
Universidad Pública de Navarra
ainhoagoniirulegui@gmail.com

Enviado el 17 de mayo de 2024; aceptado el 17 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN; II. TUTELA JUDICIAL ANTICIPATORIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL; III. DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ACCESO ANTICIPADO A FUENTES DE PRUEBA DIGITALES. 3.1. Investigación sin injerencia constitucional y sin autorización judicial. 3.2. Acceso a datos y archivos electrónicos en poder de tercero con autorización expresa del juez (*ex* arts. 76.4 y 90.4 LJS). 3.2.1. Tramitación de la solicitud. 3.2.2. Cautelas en la práctica de la diligencia preliminar. 3.2.3. Consecuencias de la negativa a facilitar el acceso. IV. ASEGURAMIENTO DE LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL. 4.1. Los riesgos de manipulación, deterioro y pérdida de hechos electrónicos y aseguramiento de la prueba en el orden jurisdiccional social; 4.2. Solicitud de medidas de aseguramiento de la prueba ex arts. 297 y 298 LEC: 4.2.1. Sujetos legitimados y momentos; 4.2.2. Procedimiento. 4.2.3. Medidas de aseguramiento. V. CONCLUSIONES.

Palabras clave: Fuentes de prueba, información electrónica, auxilio judicial, obtención de pruebas, medidas de aseguramiento.
Keywords: Sources of evidence, electronic information, judicial assistance, obtaining evidence, assurance measures.

Resumen: En el presente estudio se abordan dos cuestiones de gran trascendencia con relación a la prueba electrónica en el proceso laboral: por un lado, si es posible acceder a datos e información electrónica en poder de la contraparte para proponer posteriormente como fuente de prueba en el proceso laboral; por otro lado, la posibilidad de adopción de medidas de aseguramiento de las pruebas obtenidas. Al respecto, se defiende que los artículos 76.4 y 90. 4 de la LJS permiten solicitar y obtener, mediante el auxilio judicial, el acceso a las pruebas electrónicas que, de otro modo, no se podrían obtener, y que, por su parte, el art. 78.2 LJS, si bien adolece de un contenido adecuado, ofrece, en consonancia con el art. 297.1 LEC, un cauce para garantizar la preservación de las informaciones electrónicas que pueden constituir prueba en el proceso laboral.

Abstract: This study addresses two issues of great importance in relation to electronic evidence in the labor process: on the one hand, whether it is possible to access data and electronic information held by the counterparty to subsequently propose it as a source of evidence in the labor process; on the other hand, the possibility of adopting measures to ensure the evidence obtained. In this regard, it is argued that articles 76.4 and 90.4 of the LJS allow for requesting and obtaining, through judicial assistance, access to electronic evidence that, otherwise, could not be obtained, and that, for their part, the art. 78.2 LJS, although it lacks adequate content, offers, in line with art. 297.1 LEC, a channel to guarantee the preservation of electronic information that may constitute evidence in the labor process.

I.- INTRODUCCIÓN

En virtud del principio dispositivo y de rogación de parte que rigen en el proceso laboral[1], la actividad de investigación previa de las pruebas y preparatoria del litigio corresponde casi en exclusiva a las partes, sin perjuicio de alguna limitada facultad judicial[2]. Son las partes quienes deben realizar por su cuenta y, en principio, sin colaboración alguna de la parte que en su día pueda ser demandada o del juez, la investigación de los hechos[3]. Disponen en este sentido de amplia libertad de «iniciativa probatoria»[4] para la realización de la investigación fuera del proceso en virtud del art. 282 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC).

Sin embargo, sucede que las partes se encuentran a menudo con dificultades para articular debidamente su demanda ante la imposibilidad de acceder a hechos o información por encontrarse en poder de la contraparte o de terceros. Se aprecia señaladamente en el ámbito laboral en que las evidencias se contienen en dispositivos electrónicos, bien de la empresa

1 El proceso laboral se rige asimismo por principios comunes con el proceso civil: Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J.M.ª; Sempere Navarro, A.V.; Cavas Martínez, F.; Luján Alcaraz, J.: *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 10.ª ed., 2014, p. 114.

2 Delgado Martín, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones,* 2.ª edic. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 226.

3 Puig Fura, S.*: La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2015, p. 211.

4 Aramendi Sánchez, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader)*: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 646.

o del trabajador, y la parte interesada no dispone de la prueba pretendida para aportarla al proceso. Ello suscita el problema de si es posible, y cómo, acceder a estos datos o fuentes de prueba para proponerlos posteriormente como fuente de prueba. Al igual que la LEC, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS), contempla alguna posibilidad de tutela judicial anticipatoria al proceso, especialmente a través de las diligencias preliminares. En la Sección 1.ª del Capítulo I del Título I del Libro II (artículos 76 y 77 LJS) se regulan los «Actos preparatorios y diligencias preliminares», cuyo objeto es la preparación de un futuro juicio, y es oportuno preguntarse si supone un cauce procesal para que una parte de modo legítimo pueda acceder a dispositivos electrónicos que contengan datos relevantes para el futuro proceso y que se hallan en poder de la contraparte.

De otro lado, la naturaleza fácilmente alterable de las fuentes de prueba electrónica determina que su incorporación al proceso presente especiales dificultades de preservación. En la prueba sobre el hecho electrónico existe un mayor riesgo de modificación, alteración e incluso de desaparición. Las partes quedan obligadas a la conservación y custodia de las fuentes de prueba, a fin de que llegado el momento puedan constituir prueba en el proceso laboral. En este sentido planea el problema de si es posible acudir a las medidas de aseguramiento previstas en el ordenamiento jurídico español. El legislador de la LEC lo regula en los artículos 297 y 298, pero la LJS, en el único precepto que se ocupa de la materia (art. 78 LJS), y pese a que la rúbrica de la Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro II es la «Anticipación y aseguramiento de la prueba», tan solo se refiere a la anticipación de la prueba y omite cualquier consideración del aseguramiento de la prueba. Se trata de saber si lo previsto en la LEC sobre el aseguramiento de prueba es de aplicación en el proceso social por ser la LEC de aplicación supletoria (art. 4 LEC y DF 4.ª LJS)[5] o si, en su caso, corresponde en exclusiva al interesado adoptar las medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba digitales.

Se ha creído conveniente reunir en un mismo estudio conjunto la reflexión sobre las dos importantes dudas expuestas por tratarse de actuaciones próximas que tienen lugar en un estadio previo al proceso, y en atención a que la normativa rituaria laboral permite obtener del juez una autorización judicial para la práctica de ambas diligencias con carácter previo a la demanda.

II.- TUTELA JUDICIAL ANTICIPATORIA EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL

En el ámbito laboral, la LJS contempla dos mecanismos de tutela judicial anticipatoria que permite a las partes recabar del juez datos o informaciones que se hallan en poder de la parte contraria o de terceros con la finalidad de lograr una adecuada preparación del proceso: una, en fase de diligencias preliminares; y otra, en fase del juicio.

Efectivamente, la LJS regula, como se ha señalado anteriormente, en la Sección 1.ª del Capítulo I del Título I del Libro II que comprende los artículos 76 y 77 LJS, los actos prepa-

5 Sobre la supletoriedad de la LEC respecto de la norma procesal laboral, véase un extenso y completo estudio de Gil Plana, J.: *La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 44 y ss.

ratorios y diligencias preliminares. Se trata de actuaciones previas al proceso, anteriores a la demanda, que permiten obtener del juez medidas necesarias para que la prueba pueda practicarse en el juicio. Son diligencias encaminadas a la averiguación y delimitación de los sujetos legitimados o a la facilitación de los integrantes del colectivo, es decir, a llamar o a interrogar al contrario para que preste declaración acerca de algún hecho relativo a la personalidad, capacidad, representación o legitimación de éste, o con igual finalidad aporte algún documento cuyo conocimiento sea necesario para el juicio (art. 76.1 LJS), o a fin de concretar los integrantes del grupo de afectados (art. 76.2 LJS). De igual modo, podrá formularse petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio de las previstas en el art. 256 LEC (art. 76.3 LEC)[6].

Por otra parte, la LJS prevé, en el art. 90.4, la posibilidad de solicitar al juez autorización para acceder a información o hechos de terceros que pueden afectar al derecho a la intimidad o a algún otro derecho fundamental como el secreto de las comunicaciones o la protección de datos personales. Prescribe la referida norma que «*cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso*». Esta actuación, aunque tiene lugar dentro del proceso, es previa al juicio oral y por tanto, de alguna manera, constituye también una tutela judicial anticipatoria, ya que va encaminada a favorecer la correcta instauración del proceso a través de la obtención de ciertos datos necesarios, que sin el auxilio del órgano judicial, el demandante no podría lograr. Es un segundo cauce de acceso a las fuentes de investigación y al esclarecimiento de los hechos que la parte interesada, solo si accede a ellas, podrá proponer posteriormente como prueba para su incorporación al proceso, a través del medio probatorio que considere más oportuno.

En ambos casos, estamos ante medios de investigación y de acceso a las fuentes de prueba (tutela judicial anticipatoria) que sirven para la preconstitución extraprocesal de la prueba, sin perjuicio de que en el segundo caso ya se haya constituido el proceso principal. En realidad, no se está propiamente ante un acto jurisdiccional, sino más bien ante una decisión judicial de auxilio o de facilitación del proceso[7].

Estas dos fases de investigación y de acceso a las fuentes de prueba han sido claramente reconocidas por la doctrina constitucional, en la sentencia STC 29/2013, de 11 de febrero, que resuelve sobre la validez de la prueba de la videovigilancia, y dicha doctrina se ve citada por las sentencias de los tribunales superiores de justicia en los conflictos entre nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores. En ella establece el TC que:

> «(...) *Debemos en este punto hacer referencia a las posibilidades de intervención judicial a instancia de cualquiera de las partes que se contemplan en la LRJS (Ley 36/2011,*

6 *Vid.* Blasco Pellicer, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. MERCADER*): Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 530 y ss

7 *Ibidem*, 531.

de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social) en orden a evitar posibles vulneraciones de derechos fundamentales, tanto en la fase de actos preparatorios y diligencias preliminares puesto que «Cuando la realización de la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90» (art. 76.4 LRJS), como en la fase del juicio, incluso como prueba anticipada, estableciéndose, en cuanto ahora más directamente afecta, que «Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso», que «Si como resultado de las medidas anteriores se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, se resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados», así como que «En caso de negativa injustificada de la persona afectada a la realización de las actuaciones acordadas por el órgano jurisdiccional, la parte interesada podrá solicitar la adopción de las medidas que fueran procedentes, pudiendo igualmente valorarse en la sentencia dicha conducta para tener por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de la práctica de dichas pruebas, así como a efectos de apreciar temeridad o mala fe procesal» (art. 90.4, 6 y 7 LRJS)».

III.- DILIGENCIAS PRELIMINARES Y ACCESO ANTICIPADO A FUENTES DE PRUEBA DIGITALES

Procede preguntarse, en primer lugar, si sirven las diligencias preliminares para que una parte pueda de forma legítima acceder a datos o información digital, bien para fundar una demanda, o bien para aportar a un proceso pruebas cuando dicha información se halla en poder de la contraparte o de un tercero. Pensemos, de un lado, en la situación del empresario, que en el marco de una investigación, desea analizar en un terminal del trabajador las páginas web, archivos o correos electrónicos corporativos o personales previamente leídos por el trabajador, a fin de obtener la prueba del incumplimiento para adoptar, en su caso, medidas disciplinarias.

Pero pongámonos también, de otro lado, en la situación del trabajador, que desconoce muchas veces los dispositivos utilizados por la empresa para el control y vigilancia del cumplimiento de sus obligaciones laborales, en esa prueba electrónica audiovisual o digital que previsiblemente será aportada al proceso para justificar, por ejemplo, el despido, sin posibi-

lidad de que el trabajador se asegure un conocimiento o control del mismo. La LJS abre el juego a la utilización de los medios electrónicos y soportes, como medio de prueba, pero, ciertamente, la mayoría de las veces la prueba electrónica o tecnológica está a exclusiva disposición de la empresa y el acceso a las misma por parte del trabajador resulta imposible[8].

3.1. Investigación sin injerencia constitucional y sin autorización judicial

En principio, el poder de dirección y control del art. 20.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) faculta al empleador para poder acceder a información que se halle en poder de los dispositivos digitales facilitados por la empresa al empleador, sin necesidad de autorización judicial, siempre que se desarrolle dentro de los límites constitucionales. No necesitará solicitud de autorización judicial si en su consecución no queda afectado algún derecho fundamental. En la obtención de las fuentes de prueba del ordenador o de cualquier otro medio utilizado por el empleador para el control del trabajador, deberá ponderar, en particular, los límites que marcan los arts. 18.1, 3 y 4 de la Constitución, y la legislación orgánica de desarrollo, a mayor concreción, los preceptos del Título X de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante, LOPDGDD), que inciden directamente sobre el poder de control del empresario, a fin de respetar, en todo caso, los estándares mínimos de protección de la intimidad de la persona del empleado, límites de los que se ha ocupado ampliamente la jurisprudencia[9]. Se recuerda que la propia LOPDGDD permite, en el art. 87.3, la posibilidad de acceso a los contenidos derivados de los usos de los medios digitales facilitados a los trabajadores con finalidad de control y del cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutaria y de garantizar la integridad de dichos dispositivos. El empleador, en legítimo ejercicio de sus facultades de control, puede realizar una investigación informático-forense y recabar las evidencias digitales para acreditar las infracciones laborales y justificar la medida sancionadora, y, en su caso, articular la defensa frente a una posible impugnación del trabajador[10]. Por tanto, no necesita acudir a las diligencias preliminares del art. 76 y art. 90.4 de la LJS para lograr una adecuada preparación de un futuro proceso.

Sin embargo, existe un cierto debate acerca de la necesidad de recabar autorización judicial cuando el empresario pretendiera monitorizar las comunicaciones mantenidas por el trabajador vía e-mail de la empresa accediendo al contenido de los mensajes enviados o recibidos. Dentro de la doctrina laboralista, un sector opina que, ante el tenor taxativo del art. 18.3 CE (se

8 Segalés Fidalgo, J.: *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 88-9.

9 Sobre la amplitud de los poderes de control y la obtención de la prueba por parte del empleador, vid por todas la STS 119/2018, de 8 de febrero.

10 Las SSTC 241/2012, de 17 de diciembre, y 170/2013, de 7 de octubre, analizan los límites del derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones en el control de los medios informáticos de titularidad empresarial.

garantiza el secreto de las comunicaciones …salvo resolución judicial) es imprescindible solicitar del juez la pertinente autorización con especificación de la causa motivadora y teniendo presente que, de no ser así, podría incurrir en el tipo del art. 197 del Código Penal[11]. En esta línea se mueve, también, la errática doctrina jurisprudencial penalista. Recuérdese que la Sala de lo Penal del TS, en la sentencia 528/2014, de 16 de junio, llegó a excluir cualquier supuesto de intervención de las comunicaciones que no contemple la intervención de juez, y, si bien empieza a modular sus posiciones en la STS de 23 de octubre de 2018, dando a entender que se autoriza la vigilancia y control cuando existe trasparencia (instrucción o advertencia previa en orden a limitar el uso de los dispositivos electrónicos a tareas profesionales), aún hoy sigue reiterando que para que las comunicaciones de los trabajadores interceptadas por el empresario tengan eficacia probatoria en la jurisdicción penal, se necesita recabar, bien el consentimiento del trabajador o, en su caso, la autorización judicial[12].

De todas formas, no puede desconocerse la posición flexible adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Gran Sala, en la sentencia de 5 de septiembre de 2017, conocida como caso Barbulescu II. En ella establece, frente al modelo fuerte de protección del secreto de comunicaciones basado en la autorización judicial, la doctrina de la intervención empresarial bajo determinados principios garantistas de la intimidad del trabajador, admitiendo la injerencia si se supera el test de conformidad Barbulescu II[13], y, en consecuencia, dejando abierta la posibilidad de intromisión empresarial en la correspondencia electrónica del trabajador sin la necesaria autorización judicial.

Con todo, esta doctrina no ha sido asumida plenamente por nuestros tribunales que siguen enrocados, cada cual, en sus posiciones: por un lado, el Tribunal Constitucional y la Sala de lo Social del Tribunal Supremo validan la prueba de la intromisión en las comunicaciones cuando se observa el requisito de la trasparencia y se supera el test de proporcionalidad; mientras, por otro lado, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo considera vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones cuando se accede al ordenador sin el consentimiento o renuncia por parte del trabajador o sin orden judicial y condenando a quien procede de esta manera. Está claro que el debate no puede darse por concluido.

11 Delgado Jiménez, A.F.: *La privacidad de la persona trabajadora y el control tecnológico de la actividad laboral*, UJA Editorial, Jaén, 2021, pp. 186 y ss.

12 Sobre la evolución interpretativa de la jurisprudencia en las distintas jurisdicciones en la potestad empresarial en la obtención de pruebas, *vid.* Alejandra Vargas, M.ª, y Agustina, J.R.: «Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones internas», AA. VV.: (Dir. Fortuny Cnedra, M.) *Las investigaciones internas en compliance penal. Factores clave para su eficacia*, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 96 y ss.

13 El test Barbulescu II de validez de los registros en las comunicaciones electrónicas de los empleados descansa sobre los siguientes criterios: a) la notificación previa al trabajador de la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada; b) grado de intromisión del empresario (durante cuánto tiempo, a qué archivos se accede y cuántas personas acceden al resultado; c) la existencia de una razón legítima empresarial que justifique la monitorización; d) la inexistencia de otras vías menos invasivas que el acceso directo a la correspondencia; f) la previsión de garantías para el trabajador, como la previa comunicación al trabajador.

3.2. Acceso a datos y archivos electrónicos en poder de tercero con autorización expresa del juez (arts. 76.4 y 90.4 LJS)

En el escenario señalado, no disponiendo de garantías suficientes para acceder con seguridad a los dispositivos digitales del trabajador por la incertidumbre generada por el dispar entendimiento de los distintos órdenes jurisdiccionales en torno a los límites legales que se han de observar en el acceso a los dispositivos del trabajador, o en el supuesto de haber omitido los requisitos esenciales de acceso legítimo, cabe preguntarse si sirve el mecanismo de las diligencias preliminares previstas en el art. 76 de al LJS para llevar a cabo la investigación y acceder a las fuentes de prueba digital que se hallan en poder del trabajador y que pueden ser relevantes para el proceso o un futuro proceso. La misma pregunta cabe formular del lado de la persona del trabajador, toda vez que, como se ha avanzado, la mayor parte de la información o datos sean o no electrónicos que presentan incidencia sobre la relación obligatoria, están en poder del empresario y el acceso a los mismos resulta muy difícil sin autorización judicial.

El art. 76 LJS recoge, como ya hemos analizado, algunos supuestos de tutela judicial anticipatoria, pero no contiene un supuesto específico de investigación de datos o hechos electrónicos en los dispositivos digitales con una finalidad preparatoria de demanda judicial. No obstante, es necesario examinar si alguno de los apartados del art. 76 LJS, redactado con gran generalidad, permite una interpretación extensiva y adaptada a la nueva consideración de documento en la jurisprudencia social, o comprensiva de la referida investigación en el hecho electrónico.

El apartado 1 del art. 76 prevé la posibilidad de que las diligencias preliminares se articulen con el objetivo de que aquel contra el que se dirija la demanda, «aporte algún documento cuyo conocimiento sea necesario para el juicio». A priori cabría pensar que dentro de la categoría de «documento», se incluyen aquellos que se encuentren en soportes digitales (documentos electrónicos). Sin embargo, no parece que quepa establecer tal asimilación, porque, aun cuando los términos («con igual finalidad») dan pie a cierta duda, al no saberse exactamente a qué fin se refiere, lo más razonable es interpretar que la referencia a la aportación de algún documento debe entenderse, «en línea con lo que dispone el art. 256.1.1.º LEC, referido a documentos relativos a la capacidad, representación o legitimación de quien vaya a ser demandado»[14]. La finalidad de estas diligencias es la de requerir al futuro demandado para que aclare mediante declaración o exhibición documental, su capacidad, representación o legitimación, y no permitir la búsqueda en los dispositivos digitales de unos datos cuyo conocimiento permita a las partes alegar o desistir de alegar, un hecho.

Por su parte, el apartado 3 del art. 76 de la LJS permite, también, formular la petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio, si bien añadiendo que deberán ser «de las previstas en el artículo 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Así las cosas, el inicial alcance ilimitado del precepto se ve recortado de inmediato al referirse exclusivamente a las hasta diez clases distintas de diligencias preliminares previstas en el art. 256 LEC. La práctica de la diligencia preliminar engloba, aquí, una serie de supuestos concretos y tasados, con muy poca aplicación en el ámbito laboral, puesto que se refieren, bien

14 Blasco Pellicer, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader*): Ley Reguladora de la Jurisdicción Social…*, *op. cit.*, p. 531.

a exhibición de documentos a los que presta cobertura el art. 77 LJS o bien a materias que, como la tutela de la propiedad industrial o intelectual (art. 256.1.7.º), «difícilmente podrán constituir el objeto de un futuro y eventual proceso laboral»[15]. La única diligencia susceptible de prestar asiento a la averiguación de datos o hechos en el ámbito electrónico sería la prevista en el art. 256.1.2.º LEC, que alude a la «*exhibición por la persona que se pretende demandar de la cosa que tenga en su poder a la que se haya de referir el juicio*». La locución «cosa que tenga en su poder» permite una interpretación comprensiva de cualquier formato electrónico puesto a disposición del empleado, de tal forma que bien podría referirse a las diligencias de comprobación de hechos o datos relevantes para el proceso contenidos en dichos dispositivos electrónicos.

La que adquiere, quizá una mayor relevancia, es la posibilidad prevista en el apartado 4 del art. 76 LJS, que abre el probable cauce para la solicitud de diligencias preliminares cuando «*la diligencia solicitada pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental*», estableciendo que «*el juzgado o tribunal, de no mediar el consentimiento del afectado, podrá autorizar dicha actuación en la forma y con las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90*». A tenor de la doctrina constitucional anteriormente expuesta (STC 29/2013), este precepto habilitaría una posibilidad, no recogida en la LEC, de solicitar al juez laboral autorización para poder acceder a información o datos en poder de otro, que puedan afectar al derecho a la intimidad o a cualquier otro derecho fundamental, con finalidad probatoria. Conviene recordar que el reseñado artículo 90 de la LJS, al cual se remite el art. 76 de la LJS, prevé que *«Cuando sea necesario a los fines del proceso el acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte, que pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juez o tribunal, siempre que no existan medios de prueba alternativos, podrá autorizar dicha actuación, mediante auto, previa ponderación de los intereses afectados a través de juicio de proporcionalidad y con el mínimo sacrificio, determinando las condiciones de acceso, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos, en su caso».* Nótese que en este artículo el legislador incorpora la posibilidad de practicar diligencias y averiguaciones de datos que pueden «*afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental*», lo que configuraría un supuesto de medida cautelar que consistiría en la posibilidad de pedir y obtener autorización judicial de acceso o investigación de hechos que se hallan en poder de otro, cuando ello suponga una injerencia en la intimidad o privacidad de dicha persona.

Asimismo, es importante subrayar que el art. 90.4 LJS, al regular las actuaciones que pone a disposición de los interesados y que podrán solicitarlas o no, a su conveniencia, y que, podrán ser llevadas a cabo o no, según decisión del órgano judicial, se expresa con enorme amplitud, permitiendo que quien pretenda demandar, solicite de la contraparte que se practiquen diligencias oportunas en orden a*l «acceso a documentos o archivos, en cualquier tipo de soporte».* Ello supone la posibilidad no solo de acceder a la información que se halle en poder de la contraparte y de pedir que exhiba el documento o el archivo en el que se encuentre, sino la de intervenir y llevar a cabo, consecuentemente, una investigación informático-forense de dispositivos electrónicos de la contraparte al objeto de la obtención de datos que le permitan alegar o desistir de alegar un hecho.

15 Garberí Llobregat, J.: *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 224.

Debe advertirse, además, que la posibilidad de solicitud de acceso a documentos y archivos queda condicionada a «*que no existan medios de prueba alternativos»,* por lo que la finalidad pretendida por la diligencia preliminar no parece ser solo la de obtener información para fundamentar una demanda, sino la de obtener una fuente de prueba, que se halla en poder de la adversa y a la que no podría acceder el interesado sin el auxilio judicial.

Con esta regulación, la LJS vendría a establecer la posibilidad no recogida en la LEC de solicitar al juez autorización para poder acceder a datos y elementos fácticos en dispositivos electrónicos para que una parte pueda fundar la demanda cuando dicha información se halla en poder de la contraparte y afecta a derechos fundamentales protegidos por la CE. No es descartable, por tanto, que, a través de la misma, pueda llevarse a cabo una investigación informático-forense en el dispositivo electrónico de la contraparte.

Por otra parte, hemos de recordar que el art. 90.4 LJS ha ampliado la posibilidad que contempla el art. 76.4 LJS estableciendo un segundo cauce para la investigación de informaciones en sede ya de proceso, permitiendo también solicitar el auxilio judicial una vez iniciado el proceso. Existe, por tanto, como ha quedado señalado por la STC 29/2013, un doble mecanismo o cauce procesal de acceso asistido a las fuentes de prueba que se hallan en poder de la adversa o de terceros, que permitirían la averiguación de datos o hechos en el ámbito electrónico, a través incluso de la intervención de expertos en informática-forense.

3.2.1. Tramitación de la solicitud

El procedimiento para la solicitud y práctica de estas diligencias preliminares adolece de contenido adecuado en la LJS, dadas las escasas referencias al mismo, de manera que se hace necesario estar a lo dispuesto en la LEC (art. 256 y ss), al ser de aplicación supletoria.

El procedimiento se iniciaría con la solicitud de diligencias preliminares, expresando las causas o razones que motivan la petición con referencia circunstanciada a hechos o datos contenidos en el tipo de soporte que se halle en poder de terceras personas y que formen parte de la esfera privada de las mismas, y cuyo conocimiento permita al interesado obtener datos para la preparación de un futuro juicio.

La solicitud se presentará ante el órgano judicial competente (art. 257 LEC), que, al decir del Magistrado GUILLÉN OLCINA[16], será el del domicilio de la persona que en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio, aunque la futura demanda se habrá de presentar ante el órgano jurisdiccional que hubiere de conocer en instancia.

En cuanto a los sujetos implicados, el único sujeto que podrá pedir será el que pretende incoar el proceso o el futuro demandante. Esto complica las posibilidades de petición anticipada de solicitud de diligencias por parte de la empresa, cuando necesita acceder a información que se halle en el ordenador o dispositivo digital del empleado y no puede acordarlo por sí mismo por no haber observado los requisitos legales (política de uso, información previa,

16 Guillén Olcina, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 67.

etc.) de acceso legítimo al dispositivo digital del empleador. La empresa como presumible demandada deberá esperar a que se inicie el proceso para solicitar el auxilio judicial porque una vez iniciado el proceso, podrá pedirlo indistintamente cualquiera de las partes, salvo que se interprete que el apartado 4 del art. 76 LJS se desvincula de los apartados precedentes y se considere como una medida de naturaleza distinta, o diligencia de autorización judicial que se pueda obtener cuando el acceso afectare a derechos fundamentales, y no como un acto preparatorio de juicio.

Si el juez aprecia la concurrencia de la justa causa, interés legítimo y su adecuación a la diligencia solicitada, dictará resolución aceptando la pretensión. Si no encuentra justificada la petición, la rechazará. En cualquier caso, la resolución deberá dictarse en el plazo de cinco días y habrá de estar fundamentada jurídicamente.

Contra la resolución denegando la petición no cabrá recurso alguno (art. 76.6 LJS), sin perjuicio de la posibilidad de introducir protesta en el acto de juicio y de interponer en su día el recurso contra la sentencia que se dicte.

De acceder a la petición, la persona requerida para cumplimentar lo acordado en la diligencia preliminar podrá oponerse a ella, en el plazo de cinco días siguientes a su notificación. En tal caso se citará a las partes para una vista por vía incidental. Celebrada la vista, el juez resolverá mediante auto, considerando la oposición justificada o injustificada, sin que contra la misma quepa recurso alguno (art. 260.4 LEC).

3.2.2. Cautelas en la práctica de la diligencia preliminar

Esta diligencia, en la medida que autoriza la posibilidad de acceder a datos o información de la contraparte que pudieran afectar a la intimidad u otro derecho fundamental, obliga al juez a adoptar las garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del art. 90 de la LJS. Esto es, de conformidad con lo expuesto en los indicados apartados, el juez deberá tomar su decisión tras adoptar las siguientes cautelas: primero, comprobar que no existe posibilidad de medios de prueba alternativos; y, segundo, en caso de no haber posibilidad alguna, ponderar los intereses en presencia, mediante el juicio de proporcionalidad, comprobando si el acceso está justificado, resulta idóneo y necesario al fin pretendido, y si resulta ponderado y equilibrado.

La resolución que dicte deberá determinar las condiciones de acceso al soporte donde se encuentre la prueba, garantías de conservación y aportación al proceso, obtención y entrega de copias e intervención de las partes o de sus representantes y expertos o peritos en su caso[17]. Si, como consecuencia de las diligencias practicadas, se obtuvieran datos innecesarios, ajenos a los fines del proceso o que pudieran afectar de manera injustificada o desproporcionada a derechos fundamentales o a libertades públicas, el juez resolverá lo necesario para preservar y garantizar adecuada y suficientemente los intereses y derechos que pudieran resultar afectados (art. 90.6 LJS).

17 *Vid.* Aramendi Sánchez, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader)*: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social …*, *op. cit.* p. 647; Blasco Pellicer, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader)*: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social …*, *op. cit.* p. 535.

3.2.3. Consecuencias de la negativa a facilitar el acceso

La persona requerida a llevar a cabo las diligencias preliminares acordadas judicialmente está obligada a colaborar con la administración de la justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 118 CE y art. 75.2 LJS[18]. Sobre el deber de colaboración, el Tribunal Constitucional tiene declarado, en la sentencia 7/1994, de 17 de enero, que «*cuando las fuentes de la prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, pueda repercutir en perjuicio de la contraparte*».

Consecuentemente, la negativa de la persona requerida a realizar las diligencias acordadas llevará aparejada ciertas consecuencias adversas, señaladamente las previstas en el apartado 7 del art. 90 LJS, sin perjuicio de lo dispuesto en otros preceptos de la LEC y LJS. En tales supuestos, se faculta a la parte interesada a solicitar del juez la adopción de las medidas que pudieran ser procedentes. Entre otras medidas, se considera que podrá proponer soluciones alternativas[19]. Asimismo, podrá pedir *la ficta confessio* consistente en que el juez tenga por probados los hechos que se pretendía acreditar a través de dichas pruebas (art. 90.7 LJS), lo que se aplicará tomando en consideración las restantes pruebas.

Por otra parte, en caso de negarse la parte a la exhibición de una cosa, el interesado podrá solicitar la entrada y registro del lugar, procediendo el juez, si aprecia la existencia de indicios suficientes de que puede hallarse en un lugar determinado, a ocuparlo y ponerlo a disposición del solicitante en la sede del Tribunal (art. 261.2.ª LEC)[20]. La negativa injustificada podría dar lugar, incluso, a la imposición de sanción por temeridad o multa procesal (art. 97.3 LJS).

IV.- ASEGURAMIENTO DE LAS FUENTES DE PRUEBA DIGITAL

Obtenidas las fuentes de prueba o evidencias digitales, bien por propia cuenta o bien con colaboración de alguna parte que en su día pueda ser demandada o con auxilio judicial, otro asunto de primordial importancia es el aseguramiento de las mismas. Un asunto de distinta

18 Art. 75.2 LJS: «*Quienes no sean parte en el proceso deben cumplir las obligaciones que les impongan los jueces y tribunales ordenadas a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y a asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales*».

19 Aramendi Sánchez, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader*): Ley Reguladora de la Jurisdicción Social …, op. cit.*, p. 647.

20 Art. 261.2.ª LEC: «*Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si se encontraren, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal*». Guillén Olcina, J.J.: .: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral …, op. cit.* p. 68.

naturaleza al del acceso asistido a hechos o datos en poder de terceros, pero muy próximo al mismo, por ser también una actividad en gran parte ajena a la actividad procesal, y en la que se precisa también del auxilio judicial.

4.1. Los riesgos de manipulación, deterioro y pérdida de hechos electrónicos y aseguramiento de la prueba en el orden jurisdiccional social.

Tratándose de evidencias informáticas, es imprescindible adoptar las debidas precauciones de conservación debido a que es materia probatoria susceptible de ser alterada con suma facilidad. En efecto, la prueba sobre el hecho electrónico está expuesto a riesgos de eliminación, deterioro, manipulación de hechos electrónicos e incluso de los propios soportes o dispositivos electrónicos, por lo que se hace necesario acudir a las medidas de aseguramiento para garantizar la autenticidad e indemnidad del hecho electrónico y la fuente de la que emana[21]. Cualquier manipulación de la evidencia informática o alteración en la preservación afecta a la fiabilidad de la prueba. En este sentido, ha advertido la STS (Penal) n.º 308/2013, de 26 de marzo, que «*cuando se comprueban deficiencias en la secuencia que despiertan dudas fundadas, habrá que prescindir de esa fuente, no porque el incumplimiento de alguno de esos medios legales de garantía convierta en nula la prueba, sino porque su autenticidad queda cuestionada, no está asegurada*». Por consiguiente, es fundamental garantizar la indemnidad de las evidencias desde que se recogen durante la investigación hasta que lleguen a concretarse como pruebas en el momento del juicio, a fin de poder ser introducidas en el proceso con todas las garantías de autenticidad e integridad.

En el proceso social, las medidas de conservación de las fuentes de prueba se hallan reguladas de forma confusa y deficiente en la LJS. Están contempladas sin nombrarlas en el art. 78.2 LJS[22], bajo la rúbrica de «Causas y normas aplicables a la anticipación de la prueba». Dicho precepto, al regular la anticipación de la prueba, hace referencia a los artículos 293 a 297 de la LEC y, dado que los dos artículos últimos (arts. 296-297 LEC) se ocupan de regular el aseguramiento y no se refieren a la anticipación de la prueba, se interpreta que el precepto da cobertura a las medidas de aseguramiento en el proceso social. En realidad, solo haciendo semejante cábala se puede llegar a tal conclusión. No obstante, es comúnmente admitida por la doctrina jurisprudencial que el referido art. 78.2 LJS ofrece cauce para garantizar el aseguramiento de las fuentes de pruebas.

21 Puig Fura, S.: *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, *op. cit.*, p. 225.

22 Art. 87 Causas y normas aplicables a la anticipación de la prueba (…)
2. Cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, podrá solicitar la práctica anticipada de pruebas que no puedan ser realizadas en el acto del juicio, o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento. El juez o tribunal decidirá lo pertinente para su práctica en los términos previstos por la norma que regule el medio de prueba correspondiente y con sujeción en lo demás, en cuanto resulte aplicable, a lo dispuesto en los artículos 293 a 297 y apartado 1 del artículo 298 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Contra la resolución denegatoria no cabrá recurso alguno, sin perjuicio del que, por este motivo, pueda interponerse en su día contra la sentencia.

El aseguramiento se concibe, en el art. 297.1 de la LEC, como la posibilidad de solicitar la adopción de aquellas «*medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales que puedan destruir o alterar objetos materiales o estado de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla*». Esta normativa acogería la posibilidad de garantizar la preservación y aseguramiento, a los efectos que aquí interesa, de aquellas evidencias informáticas que pueden con posterioridad constituir prueba en el proceso. No obstante, adolece la normativa del contenido adecuado para permitir solicitar y obtener las estrictas medidas de aseguramiento necesarias para garantizar la indemnidad de las evidencias.

4.1. Solicitud de medidas de aseguramiento de la prueba:

4.1.1. Sujetos legitimados y momentos

En el proceso civil, las medidas de aseguramiento se pueden pedir, bien antes de la iniciación de cualquier proceso, o bien durante el proceso. Ahora bien, no cualquiera de las partes puede solicitar la preservación de aquellas evidencias informáticas que pueden con posterioridad constituir prueba en el proceso. En el primer supuesto, el único sujeto legitimado es «el que pretenda incoar» el proceso, o futuro demandante, mientras que en el segundo caso, cuando se ha incoado el proceso, la facultad de formular petición se reconoce a «cualquiera de los litigantes».

Respecto del momento en que puede solicitarse el aseguramiento, se albergan dudas sobre si debe solicitarse antes de la demanda, o solo durante el proceso, porque el art. 78.2 LJS comienza indicando que *«Cualquiera de las partes una vez iniciado el proceso, pero en todo caso sin dar lugar a suspensión del acto de juicio, podrá solicitar la práctica anticipada de…»*. Cierto sector de la doctrina infiere de ello que el art. 78.2 LJS ha restringido las posibilidades de solicitud al momento posterior a la demanda; o, dicho de otra manera, que las medidas de aseguramiento las puede solicitar cualquiera de las partes, pero una vez iniciado el proceso[23]. Esto evidentemente tiene poco sentido desde el punto de vista del carácter instrumental de la medida de aseguramiento que trata de atender adecuadamente a la integridad de las evidencias, pues los riesgos están presentes tanto durante el proceso como antes de la incoación.

Entiendo, no obstante, que el art. 78.2 solo se está refiriendo a la «prueba anticipada», y que guarda completo silencio sobre las especialidades del aseguramiento. Respecto del aseguramiento lo único que hace es una implícita remisión genérica a la LEC. No hay razón para entender que la posibilidad de solicitud se ciña solo al momento ulterior a la incoación del proceso. Al contrario, dada su remisión genérica al art. 297.1 LEC, y tal como prevé el mismo («*Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento…*»), debe entenderse que es posible solicitar también en el momento previo al inicio del proceso[24]. Aquí lo único que se pone de manifiesto es una evidente deficiencia de regulación.

23 Guillén Olcina, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral … op. cit.*, p. 72.

24 En tal sentido, Blasco Pellicer, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social …*, *op. cit.* p. 547, tampoco parece limitar la posibilidad de aseguramiento a un momento ulterior a la interposición de la demanda.

4.1.2. Procedimiento

Así las cosas, y manteniendo la tesis de que la remisión genérica a la LEC permite la adopción de tales medidas en fase previa a la demanda, procede hacer una referencia a los requisitos que exige la LEC para que puedan acordarse por el juez las medidas de aseguramiento solicitadas. Es preciso anotar que no se trata de anticipación de la prueba sino tan solo de asegurar, con las medidas útiles para ello, que la prueba pueda practicarse en su día.

La adopción de la medida de aseguramiento se condiciona al cumplimiento de tres requisitos; a saber: justificación, pertinencia y proporcionalidad.

Ante todo, han de concurrir razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de dicha prueba (art. 298.1 2.º LEC). En el ámbito de las evidencias digitales, las razones se relacionarán con los riesgos existentes de desaparición, manipulación de los hechos electrónicos derivados de los dispositivos electrónicos. En particular, es evidente la necesidad de adopción de tales medidas respecto de los contenidos de las páginas Web o de redes sociales, que pueden ser eliminados en cualquier momento.

En segundo lugar, es preciso que la prueba que se pretende asegurar sea, al tiempo de proponer su aseguramiento, posible, pertinente y útil (art. 298.1.1.ª LEC). Sobre el interesado recae la complicada carga de convencer al juez sobre la utilidad y la pertinencia de la prueba sin haberse incoado aún el proceso y sin conocer el objeto cierto del proceso[25].

Por último, se requiere que la medida de aseguramiento que se propone, u otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal, pueda reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros (art. 298.1.3.º LEC).

La LEC prevé, en el art. 298. 3, la sustitución de la medida de aseguramiento por la de caución. De modo que, el juez podrá acordar, mediante providencia, en lugar de la medida de aseguramiento, la aceptación del ofrecimiento que haga la persona que habría de soportar la medida de prestar, en la forma prevista en el párrafo segundo del apartado 2 del art. 64, caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda. Sin embargo, en el caso de las evidencias digitales, esto no parece tener mucha lógica, toda vez que la caución difícilmente podrá sustituir a la medida de aseguramiento que trata de conseguir el evitar la destrucción o alteración de los objetos materiales o estado de cosas[26]. También, se establece que el juez, antes de tomar su decisión, deberá tomar en consideración y podrá aceptar el eventual ofrecimiento que el solicitante de la medida haga de prestar garantía de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar (art. 298.2 LEC). Tampoco se ve que sea una vía adecuada para garantizar la prueba del hecho electrónico o las fuentes de donde deriva.

25 Alba Cladera, F.: «Anticipación y aseguramiento de la prueba», en López Simó, Fr. y Alba Cladera, F.: *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil. Estudio breve de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 167, nota a pie de página 296.

26 *Ibidem*, p. 168.

El órgano judicial acordará la medida, mediante providencia, previa audiencia de la persona que haya de soportar la medida de aseguramiento. No obstante, se prevé que, pueda adoptarse *inaudita parte*, cuando «*sea probable que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables al derecho del solicitante de la medida o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica si así se solicita*» (art. 298.5 LEC). En el ámbito de las evidencias informáticas, tiene pleno sentido que las medidas de aseguramiento se acuerden *inaudita parte* dado el riesgo existente a que se destruyan o se alteren las pruebas antes del inicio del proceso si se pone en conocimiento de la contraparte. La providencia precisará, separadamente, los requisitos que la han exigido y las razones que han conducido a acordarla sin audiencia del demandado o de quien vaya a ser demandado. Esta providencia es irrecurrible y será notificada a las partes y a quien hubiera de soportarla sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas (art. 298.5 LEC). No obstante, si la medida de aseguramiento se hubiera adoptado sin audiencia previa, quien fuera a ser demandado o ya lo hubiera sido o quien hubiera de soportarla podrán formular oposición en el plazo de veinte días, desde la notificación de la providencia que la acordó (art. 298.6 LEC).

Las medidas deben acordarse en un tiempo muy breve, sin dar lugar a la suspensión del acto del juicio. Si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas, las medidas de aseguramiento de la prueba que se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto y el órgano judicial «acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas» (art. 297.4 LEC).

4.1.3. Medidas de aseguramiento

La Ley no precisa las medidas de aseguramiento que se pueden adoptar, señalando únicamente, en el art. 297.2 LEC, que consistirán «*en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad*». Se reconoce, así, un gran margen de discrecionalidad al interesado para pedir y al órgano jurisdiccional para adoptar las medidas que se consideren más oportunas[27]. Lo expuesto por la norma se reconduce a tres tipos: 1) medidas de preservación de las cosas o situaciones, 2) medidas para hacer constar la realidad de las cosas o situaciones; 3) medidas para requerir a la contraparte ciertos mandatos de hacer o no hacer. Todo ello sin perjuicio de la potestad reconocida en el art. 298.1.3.º LEC de adoptar «otra distinta que con la misma finalidad estime preferible el tribunal», si puede «reputarse conducente y llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas o a terceros».

27 Colmenero Guerra, J.A.: «Conceptos generales», AA. VV. (Dir. González Cano, M.ª I. y Romeros Pradas, M.ª I.) *La prueba (Tomo IV): La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 104.

Por lo que a la prueba electrónica se refiere, las medidas dirigidas a asegurar la práctica de una futura prueba deben ser adaptadas a las características que presenta la información digital. En este sentido, ABEL ha realizado un esfuerzo imaginativo de las posibles medidas técnicas que cabe adoptar para el aseguramiento del hecho electrónico o las fuentes de donde deriva la misma, enumerando las siguientes: 1) la preservación de los sistemas originales (mantenimiento de los recursos electrónicos del ordenador con el que han sido creados los documentos electrónicos); 2) la emulación; 3) la migración, consistente en convertir la información a los nuevos formatos, si bien con el riesgo de que se produzcan modificaciones en los datos informáticos; 4) el replicado (realización automática de copias de seguridad y almacenamiento en un lugar seguro) y rejuvenecimiento (trasferencia de los datos almacenados a nuevos soportes de almacenamiento); 5) copias de seguridad para proteger la información de infortunios como el apagón, el extravío o la sustracción de equipos informáticos; 6) arqueología digital, o la recuperación de la información a partir de fuentes de datos dañadas, fragmentadas o arcaicas[28].

Se trata de supuestos de aseguramiento a partir de los cuales se puede obtener información sobre la que pueda fundar una demanda cuando dicha información se halla en poder de tercero o de la contraparte. Ahora bien, debe anotarse que no todas las técnicas señaladas sirven a los fines de garantizar la autenticidad e integridad del hecho electrónico y, por tanto, para ser valoradas por el tribunal de forma adecuada. A tal efecto, es esencial que la evidencia guarde una regularidad y no presente deficiencias en el manejo, esto es, que la evidencia digital mantenga la indemnidad. Hace falta que desde que se recoge hasta que llega a concretarse como prueba en el momento del juicio, no sufra una alteración alguna. Para lo cual resulta necesario que, tanto en la extracción de la evidencia, como en su mantenimiento durante todo el ciclo vital de la prueba, se utilice algún protocolo de preservación de la cadena de custodia.

V.- CONCLUSIONES

El art. 76 LJS apartados 3 y 4 ha dejado abierta la posibilidad de formular petición de práctica de otras diligencias y averiguaciones necesarias para preparar el juicio, conforme a las medidas previstas en el art. 256 de LEC, cuyo párrafo 2.º alude a la exhibición de cualquier cosa que tenga en su poder. Añadiendo que cuando la solicitud pueda afectar a la intimidad personal u otro derecho fundamental, el juzgado o tribunal, de no mediar consentimiento, podrá autorizar dicha actuación en la forma y garantías establecidas en los apartados 4 a 6 del artículo 90 LJS. De lo anterior cabe deducir, el interés del legislador en facilitar el acceso previo a documentos o fuentes probatoria, que se hallan en poder de la parte contraria y sobre los que el demandante pretende sustanciar su reclamación. Ciertamente no se contiene una referencia explícita a la averiguación de los hechos electrónicos derivados de los dispositivos electrónicos, pero parece evidente que la LJS emplea una definición tan amplia del tipo de diligencia preliminar, que cabría integrar la averiguación de datos o hechos electrónicos. No resulta inadecuado, por tanto, que se pueda recurrir a este trámite de adopción de diligencias preliminares para obtener conocimiento, incluso con anterioridad a la demanda, de los hechos electrónicos, que se encuentran en poder del empresario.

28 Abel Lluch, X. Pico I Junoy, J.: *La prueba electrónica. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch Editor, 2011, pp. 146-147.

Por otra parte, con una finalidad distinta a las medidas anteriormente indicadas, el art. 78.2 LJS regula implícitamente las medidas de aseguramiento que tienen por objeto evitar la pérdida o destrucción de aquello que constituirá prueba en el proceso. La ley rituaria laboral es particularmente confusa y deficiente en este punto, porque la posibilidad de aseguramiento es algo que no está expresado explícitamente, sino que se sobreentiende. Entiendo, no obstante que, la alusión en la rúbrica del artículo 78 LJS a las medidas de aseguramiento y la remisión a los art. 293 a 297 de la LEC, permiten considerar que se abre también un camino para que cualquier persona que pretenda demandar pueda pedir del órgano jurisdiccional social la adopción de medidas de aseguramiento para «evitar que por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla» (art. 297.1 LEC).

VI. BIBLIOGRAFÍA

Abel Lluch, X. y **Pico I Junoy, J.**: *La prueba electrónica. Estudios prácticos sobre los medios de prueba*, Bosch Editor, 2011.

Alba Cladera, F.: «Anticipación y aseguramiento de la prueba», en López Simó, Fr. y Alba Cladera, F.: *Disposiciones generales sobre la prueba en el proceso civil. Estudio breve de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 149-172.

Alejandra Vargas, M.ª y **Agustina, J.R.**: «Obtención de evidencias digitales y privacidad en el correo electrónico en el marco de investigaciones internas», AA. VV.: (Dir. Fortuny Cendra, M.) *Las investigaciones internas en compliance penal*. Factores clave para su eficacia, Thomson Reuters/ Aranzadi, Cizur menor, 2021, pp. 95-137.

Aramendi Sánchez, J.P.: «Comentario al artículo 90 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Blasco Pellicer, A.: «Comentario al artículo 76 LJS», AA. VV. (Dir. J. Mercader): *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Comentada y con jurisprudencia*, Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Colmenero Guerra, J.A.: «Conceptos generales», AA. VV. (Dir. González Cano, M.ª I. y Romeros Pradas, M.ª I.) *La prueba (Tomo IV): La prueba en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

Delgado Jiménez, A.F.: *La privacidad de la persona trabajadora y el control tecnológico de la actividad laboral*, UJA Editorial, Jaén, 2021.

Delgado Martín, J.: *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, 2.ª edic. La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2018.

Garberí Llobregat, J.: *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

Gil Plana, J.: *La prueba en el proceso laboral. Disposiciones generales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

Guillén Olcina, J.J.: «Actos preparatorios. Anticipación de la prueba y su aseguramiento. Medidas cautelares», AA. VV. *La prueba en el proceso laboral*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Montoya Melgar, A.; Galiana Moreno, J.M.ª; Sempere Navarro, A.V.; Cavas Martínez, F.; Luján Alcaraz, J.: *Curso de procedimiento laboral*, Tecnos, Madrid, 10.ª ed., 2014.

Puig Fura, S.: *La prueba pericial informática en el procedimiento civil*, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2015.

Segalés Fidalgo, J.: *La prueba documental en el proceso de trabajo*, Editorial Comares, Granada, 2002.

EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA 140/2023, DE 26 DE MAYO

Nuria María Garrido Cuenca
Catedrática Derecho Administrativo UCLM

Carmen Delgado Garrido
Contratada Investigo UCLM I+D 2022-INVGO-11138 P

Enviado el 22 de mayo de 2024; aceptado el 22 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. El Trastorno del Espectro del autismo, las dificultades de una discapacidad de etiología variable en la participación social y el derecho al trabajo y la oportunidad de las recientes Estrategias políticas y normativas sobre su especial vulnerabilidad. II. LOS HECHOS: CONVOCATORIA DE PLAZAS POR TURNO DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y EXCLUSIÓN DE UNA ASPIRANTE DIAGNOSTICADA CON TRASTORNO DEL DESARROLLO POR NO ENCUADRARSE LA PATOLOGIA CLARAMENTE EN NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD. III. LA CONCESIÓN DE JUSTICIA CAUTELAR POSITIVA FRENTE A LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO SELECTIVO. El ejemplo del caso y la especificidad del trastorno del desarrollo como paradigma de medida cautelar positiva. IV. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIA PERSONAL DE DISCAPACIDAD. 4.1. Una causa de inadmisión diferente en la resolución definitiva respecto a la provisional no conlleva formalmente indefensión. 4.2. Las bases normativas para la convocatoria de procesos selectivos específicos con reserva de plazas para personas con discapacidad intelectual, como cupo específico distinto a la discapacidad general. 4.3. El trastorno del Espectro Autista y los segmentos de la discapacidad: física, sensorial, intelectual o mental. La discusión sobre su encaje y la necesidad del análisis de cada caso concreto. 4.4. La

discapacidad intelectual no implica en todo caso retraso mental o cociente intelectual menor a 85, ni mucho menos un trastorno del desarrollo. V. REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION NO DISCRIMINATORIA DE LA DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA. a) El avance normativo hacia la consideración de las personas con discapacidad por TEA como colectivo diferenciado por sus «especiales dificultades» en el acceso al empleo; b) Perspectiva de género y autismo; c) Perspectivas de futuro: El I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, la creación del Centro sobre trastorno del espectro del autismo y las carencias de tratamiento diferenciado en el Proyecto de Ley de reforma de la Función Pública

Palabras clave: discapacidad, trastorno del espectro autista, empleo público, brecha de género.

I.- INTRODUCCIÓN

El Trastorno del Espectro del autismo, las dificultades de una discapacidad de etiología variable en la participación social y el derecho al trabajo y la oportunidad de las recientes Estrategias políticas y normativas sobre su especial vulnerabilidad

El trastorno del espectro del autismo (en adelante, TEA), como trastorno generalizado del desarrollo, es una condición de origen neurobiológico que debuta a edades tempranas acompañando a la persona a lo largo de su vida y se asocia con cambios en el neurodesarrollo manifestados en dificultades en dos áreas clave del funcionamiento adaptativo: comunicación e interacción social, y flexibilidad del comportamiento y del pensamiento[1]. La percepción y el procesamiento de información conduce a limitaciones significativas en las interacciones sociales básicas, lo que dificulta la planificación, toma de decisiones, resolución de problemas, control de los impulsos, inhibición de reacciones, flexibilidad de acción y el pensamiento.

De acuerdo con la información actualizada sobre conceptualización y teorías explicativas del TEA, la quinta edición del Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) proporciona criterios estandarizados para diagnosticar el trastorno del espectro del autismo[2], destacando que es etioló-

1 Según la Clasificación Internacional de Enfermedades, la CIE-11 agrupa los síntomas del autismo en dos áreas principales:
Déficits persistentes en la capacidad para iniciar y mantener la reciprocidad en la interacción y la comunicación social.
Una serie de pautas de comportamiento e intereses restringidos, repetitivos y rígidos.
CIE-11. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.ª revisión. En: OMS [en línea] [consultado el 6/12/2023]. Disponible en https://icd.who.int/es

2 Donde se presentan las clasificaciones nosológicas que se emplean para clasificar el trastorno del

gicamente complejo por su heterogeneidad[3]. Quizás estas deben ser las primeras evidencias que debemos señalar para la reflexión sobre la cuestión de que trata este trabajo, donde se intentará responder, al hilo del comentario de una sentencia pionera sobre el acceso al empleo público de una persona con este trastorno, a la necesidad de clarificar los conceptos de la discapacidad cuando nos enfrentamos con este diagnóstico.

De acuerdo con los datos señalados en el recién aprobado I Plan de Acción de la Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027, acordado en el Pleno del Consejo Nacional de la Discapacidad de 5 de julio de 2023[4], en la última década se ha producido un crecimiento significativo de los casos identificados en la categoría de trastorno del desarrollo, pasando de 31.703 personas en 2013 a 127.612 en la actualidad. Como se advierte, en razón a los estudios e investigaciones de los últimos años, las personas con TEA conforman el colectivo con más dificultades en la participación social y en el empleo. Los datos de Autismo Europa reflejan que entre el 76 y el 90 % de las personas adultas con autismo están desempleadas y no desarrollan ninguna actividad productiva o laboral, lo que les convierte en el colectivo con discapacidad con la tasa más alta de desempleo. Aunque en España no se dispone de datos oficiales específicos sobre TEA, sin embargo, los datos oficiales sobre

espectro autista de acuerdo con criterios diagnósticos específicos, en https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelaspreguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf, recuperado en 6/12/2023

Una revisión reciente en García Cruz JM, González Lajas JJ. En: Guía de Algoritmos en Pediatría de Atención Primaria, *Trastorno del Espectro Autista*. Disponible en: https://algoritmos.aepap.org/algoritmo/94/sospecha-de-trastorno-del-espectro-autista, [consultado 6/12/2023]

3 Estos criterios son en la actualidad: A. Déficits persistentes en la comunicación y la interacción sociales en múltiples contextos: 1. Deficiencias en la reciprocidad socioemocional que oscilan, por ejemplo, desde un acercamiento social anormal y fracaso de la conversación normal en ambos sentidos; a la disminución de compartir intereses, emociones o afectos; o al fallo en el inicio o la respuesta a interacciones sociales; 2. Las deficiencias en las conductas comunicativas no verbales utilizadas para la interacción social; 3. Deficiencias en el desarrollo, mantenimiento y comprensión de las relaciones, que oscilan, por ejemplo, desde dificultades para ajustar el comportamiento a fin de encajar en contextos sociales diversos; a las dificultades para compartir juegos imaginativos o para hacer amigos; hasta la ausencia de interés por sus compañeras y compañeros. B. Repertorio de comportamientos, intereses o actividades restringidos y repetitivos, manifestando por lo menos dos de los siguientes criterios: 1. Acciones estereotipadas o repetitivas en los movimientos, el uso de objetos o el habla; 2. Insistencia en la invariabilidad, el excesivo cumplimiento de las rutinas o los hábitos ritualizados de comportamiento verbal o no verbal; 3. Intereses muy restringidos y fijos que son anormales en cuanto a su intensidad o foco de interés; 4. Reacción inusual a los estímulos sensoriales o interés inusual por los aspectos sensoriales del entorno. C. Los síntomas deben presentarse desde un periodo temprano del desarrollo, aunque pueden no manifestarse plenamente hasta que las capacidades limitadas ya no permiten responder a las exigencias sociales o ser encubiertos más tarde por estrategias aprendidas. D. Los síntomas suponen deficiencias importantes desde el punto de vista clínico en el ámbito social y profesional. E. La discapacidad intelectual (trastorno del desarrollo intelectual) o un retraso general del desarrollo no justifican mejor estos trastornos

4 Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de Discapacidad por la que se da publicidad al Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de acción Estrategia española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027, en línea en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf

discapacidad (INE, 2021) apuntan que la tasa de actividad de las personas con discapacidad es hasta un 41 % inferior a la registrada en la población general.»[5]. A ello se suma la brecha de género que también han revelado los estudios: por un lado, las mujeres tienen más limitado aún el acceso al mercado de trabajo, y por otro, las oportunidades de empleo que se ofrecen con más frecuencia a las mujeres con autismo están frecuentemente limitadas al desempeño de tareas domésticas o de limpieza.

Entre otros aspectos para garantizar la calidad de vida, el desarrollo personal y la participación en sociedad de este colectivo especialmente vulnerable, el empleo y, en particular el empleo en el sector público, puede suponer una enorme oportunidad para conseguirlo con estabilidad, mejorando las barreras propias de estas patologías y las derivadas del todavía precario acceso a la función pública, planteándose como una oportunidad real y efectiva.

Sin embargo, por su especificidad, muchas personas con autismo no pueden ejercer su derecho en igualdad al empleo público a través de los cupos de reservas de plazas para personas con discapacidad que las Administraciones Públicas deben contemplar en sus ofertas de empleo. Efectivamente, a pesar de disponer de certificado oficial de discapacidad, los problemas se presentan especialmente para aquellas personas que tienen discapacidad intelectual asociada, pero no recogida en su certificación de discapacidad, lo que las excluye directamente de este posible cupo de plazas; lo mismo sucede cuando la persona con autismo tiene reconocida la discapacidad, pero no presenta discapacidad intelectual asociada.

Este problema, íntimamente ligado a las enormes variables de expresión clínica o sintomatológica de este tipo de patologías, de etiología todavía desconocida, da lugar a una discriminación múltiple o multisectorial, largamente denunciada por el movimiento asociativo del autismo, que viene reclamando como demanda histórica la mejora en el acceso al empleo público. Un hito en este camino ha sido la aprobación del nuevo baremo para valoración y calificación del grado de discapacidad, que reconoce específicamente el trastorno generalizado del desarrollo (trastorno del espectro del autismo conforme a las clasificaciones diagnósticas internacionales actualizadas) de forma independiente y diferenciada del diagnóstico de discapacidad intelectual, lo que supone el reconocimiento normativo explícito de sus características peculiares en el funcionamiento adaptativo y una ventana abierta para hacer realmente efectiva la garantía de apoyos en su ciclo vital. La reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, contempla asimismo como colectivo de atención prioritaria a las personas con trastorno del espectro del autismo como colectivo de «especiales dificultades» señalando que, sin perjuicio de las medidas específicas contempladas por el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPD), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, se procurará particularmente el acceso al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

Al hilo de esta problemática, el objeto de las líneas que siguen es el análisis de una relevante Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, la número

5 Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de discapacidad por la que se da publicidad al acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de Acción Estrategia Española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027. *Vid.* Página 16 del documento.

140/2023, de 26 de mayo (Rec.559, 2021), que resuelve el recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales seguido a instancia de una joven diagnosticada con TEA y grado de discapacidad del 33 %, que es excluida de un proceso selectivo para la cobertura por el sistema general de acceso de personas con discapacidad, por el turno independiente para personas con discapacidad intelectual, en el Cuerpo de Auxiliar Administrativo y Escala Auxiliar de archivos y bibliotecas de personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades castellano-manchega.

Esta resolución judicial presenta un enorme interés en el momento actual ante los cambios normativos que están por venir en la reforma del empleo público, a propósito, entre otros, del Libro Blanco sobre Empleo y Discapacidad de julio de 2023[6], porque escenifica los problemas reales de acceso al empleo público de las personas con Trastorno del Desarrollo y la importancia de resolver las cuestiones administrativas que ligan patologías y diagnósticos de difícil o variada manifestación personal con la certificación de los distintos grados de discapacidad. El caso es demostrativo de las limitaciones, vulneraciones de derechos constitucionales y discriminación que puede llegar a sufrir una persona con este tipo de deficiencia en un procedimiento administrativo, donde la confusión reinante entre discapacidad intelectual, cociente intelectual ligado o no al retraso mental y la acreditación de la discapacidad no termina de estar definitivamente resuelta. La Sentencia, fundamentada impecablemente desde el punto de vista jurídico —e incluso científico—, terminó resolviendo la discriminación en que incurrió la Administración, con vulneración de los arts.14 y 23 CE, en atención a la discapacidad intelectual de la actora, anulando la exclusión de la participación en la convocatoria, en la que además pudo concurrir tras la aceptación por el mismo Tribunal Superior de Justicia de la medida cautelar positiva que se instó. En la actualidad, la demandante se encuentra trabajando en la Administración autonómica tras superar el proceso selectivo del que inicialmente fue ilegalmente excluida.

Como hemos señalado, esta sentencia resulta muy oportuna en la actualidad, cuando se acaba de publicar el Primer Plan de Acción de la Estrategia Española en Trastornos del Espectro del Autismo (aprobada por el Consejo de ministros el 6 de noviembre de 2015) para el periodo 2023-2027[7], que será el futuro marco de referencia para la definición de políticas y acciones en el ámbito estatal, autonómico y local, vinculadas a las personas con trastornos del desarrollo, especialmente el espectro del autismo. Este Plan pivota sobre la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, imperativo legal y marco preceptivo de las políticas públicas de España. En este sentido, el Plan busca la inclusión en la comunidad, la vida independiente, la igualdad de oportunidades, y la no discriminación de las personas con autismo, planteándose como una herramienta de empoderamiento que contempla entre sus prioridades el acceso al empleo y las líneas directrices para conseguir la igualdad en este terreno. Por ello, el objetivo de este trabajo es también analizar los puntos clave para el efectivo desarrollo de esta iniciativa política, planteando líneas futuras de actuación y, en su caso, propuestas de *lege ferenda,* a la luz del Proyecto de reforma de la Ley de Empleo Público que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria.

6 Disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/Libro_blanco_empleo_discapacidad_2023.pdf

7 Disponible en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf

II.- LOS HECHOS: CONVOCATORIA DE PLAZAS POR TURNO DE DISCAPACIDAD INTELECTUAL Y EXCLUSIÓN DE UNA ASPIRANTE DIAGNOSTICADA DE TRASTORNO DEL DESARROLLO, POR NO ENCUADRARSE LA PATOLOGÍA CLARAMENTE EN NINGUNO DE LOS SUPUESTOS DE DISCAPACIDAD

La actora en el proceso es una joven diagnosticada por la Unidad de salud mental infanto-juvenil del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete de Trastorno de Espectro Autista no especificado. Recibió terapia de atención temprana en el centro ADAPEI de Albacete, a donde fue derivada por el Centro Base de la Consejería de Bienestar Social y, posteriormente, desde 2007, es usuaria de la Asociación Desarrollo Autismo de la misma localidad, donde asiste actualmente a terapia de psicología.

Paralelamente, bajo la calificación de «alumna con necesidades educativas especiales», cursó la etapa de educación obligatoria con los apoyos educativos que la Consejería acordó (específicamente: logopedia y pedagogía terapéutica).

Mediante sucesivos dictámenes del Centro Base de Albacete se valoró la existencia de un Trastorno del Desarrollo, y se le atribuyó un porcentaje de discapacidad en porcentaje igual o superior al 33 %. En ellos, se precisaba que la etiología de la deficiencia evaluada era de naturaleza psíquica. En dictamen de 20 de mayo de 2020 se acordó por el citado Centro, con carácter definitivo, la siguiente calificación: «D./Dña. X, presenta: deficiencia de TRASTORNO DEL DESARROLLO (que es una de las denominaciones con las que los técnicos se refieren a los Trastornos del Espectro Autista); con diagnóstico SIN ESPECIFICAR; de etiología: SIN ESPECIFICAR; que supone un grado de las limitaciones en la actividad del 33 por ciento.

Mediante Resolución de 22 de marzo de 2021, de las Consejerías de Hacienda y Administraciones Públicas y de Educación, Cultura y Deportes, la Junta de Comunidades de Castilla la Mancha convocó los procesos selectivos para el ingreso por el sistema general de acceso de personas con discapacidad, turno independiente para personas con discapacidad intelectual, para acceder al Cuerpo de Auxiliar Administrativo y en la Escala Auxiliar de Archivos y Bibliotecas de personal funcionario de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha[8] (JCCM, en adelante). En dicha convocatoria, se determinan como requisitos

8 DOCM n.º 62, de 31 de marzo de 2021, [2021/3489].

para participar, en la Base 2.ª, algunos generales en todo proceso selectivo público (nacionalidad, edad, titulación…) y específicamente, en sus apartados d) y e):

> *d) Tener reconocida oficialmente una discapacidad intelectual, en grado igual o superior al 33 %, con efectos anteriores a la finalización del plazo de presentación de solicitudes.*
>
> *e) Poseer la capacidad funcional necesaria para el desempeño de los puestos a los que se aspira y las capacidades y aptitudes físicas y psíquicas que sean necesarias para el desempeño de las correspondientes funciones o tareas.*
>
> *Una vez finalizado el procedimiento selectivo deberá ser acreditada mediante la presentación de los documentos establecidos en la base 11.2».*

La propia base segunda establecía, en su punto 4.º, que «*para la admisión en las pruebas selectivas bastará con que quienes soliciten su participación declaren en su solicitud que reúnen todos y cada uno de los requisitos exigidos, que se acreditarán en el momento y con la documentación relacionada en la base 11 y haber abonado la correspondiente tasa*».

Dicha base 11, con la rúbrica «Presentación de documentos y solicitud de destinos», referida al momento en que las pruebas selectivas ya se hubieran realizado, el proceso selectivo finalizado y previa a los nombramientos de los aspirantes, determinaba que:

> «*1. La administración comprobará de oficio los requisitos exigidos. (…)*
>
> *2. Para los requisitos exigidos en la base 2 apartado 1, párrafos e) y f) deberá presentar, en el mismo lugar y plazo previstos en la base 11.1:*
>
> *a) Certificación de los órganos competentes, que acredite su compatibilidad con el desempeño de las tareas y funciones del puesto de trabajo correspondiente, así mismo, deberá expresar la tipología y porcentaje de la discapacidad*»

Para corroborar el cumplimiento del requisito referido a la tipología de su discapacidad, se contactó con el Centro Base de Albacete, a fin de confirmar que podía participar en las pruebas selectivas. Esta llamada fue atendida por una profesional psicóloga del Centro que afirmó rotundamente que el baremo que se aplicaba a la valoración y reconocimiento del grado de discapacidad (RD. aprobado mediante R.D. 1971/1999, de fecha 23 de diciembre, modificado por R.D. 1364/2012, de 27 de septiembre; más adelante nos referiremos a la derogación de este RD, entrando en vigor a partir de 18 de octubre del año 2022 el 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[9]) clasifica la discapacidad en física, psíquica y sensorial, de manera que, de los tipos de discapacidad del baremo, la discapacidad intelectual estaba equiparada a la psíquica. El Trastorno del Espectro Autista era tributario de la calificación de discapacidad intelectual, sin necesidad de que concurriera ningún otro tipo de incapacitación adicional (en concreto, retraso mental), porque, a su juicio, las dificultades de comprensión, interacción social y comunicación que llevaba aparejado eran suficientemente limitantes, pues cohíben intelectualmente la situación vital de aquellas personas que las padecen.

9 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, «BOE» núm. 252, de 20 de octubre de 2022. BOE-A-2022-17105. https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/10/18/888

El día 15 de junio de 2021 se publica la relación provisional de aspirantes admitidos y excluidos en los procesos selectivos del turno independiente[10]. La actora aparece como excluida en ambos procesos por no acreditar el requisito exigido en la Base 2.1, esto es, *«el Dictamen Técnico facultativo y/o la documentación aportada no acredita la discapacidad intelectual»*. El citado motivo es el único que aparece en la Resolución que acuerda la exclusión provisional de la demandante.

Nuevamente se contacta con el Centro Base, con otra profesional psicóloga del centro. La opinión técnica de esta es diametralmente opuesta a la primera, e informa que, en su opinión, era necesaria la concurrencia de retraso mental para poder obtener el certificado de discapacidad intelectual, corroborando así la decisión administrativa.

Ante la decisión excluyente adoptada por la JCCM, se presentó un escrito de subsanación frente a la inadmisión y, junto a él, aportó el dictamen facultativo, de fecha 20 de mayo de 2020 antes mencionado, en el que se confirma que presenta una deficiencia en el desarrollo y se le reconoce un grado de limitaciones en la actividad de un 33 %.

La Resolución de 12 de julio de 2021[11] aprueba la relación definitiva de personas admitidas y excluidas. En esta, la actora aparece definitivamente excluida, si bien al amparo del motivo G, esto es «no tener reconocido y/o acreditado un grado de discapacidad intelectual igual o superior al 33 %». Este era un motivo distinto del que aparece en el listado de exclusión provisional y, por tanto, sorpresivo, que la actora entiende ha conculcado, entre otros, su derecho de defensa. De ahí que la reclamante basará su recurso frente a esta Resolución en la vulneración del artículo 47. 1. a) de la Ley 39/2015, como motivo de nulidad formal, en relación con lo dispuesto en el artículo 14 y el 23.2 de la Constitución Española; y concretamente los arts. 50. 3, 41 y 42 de la Ley 4/2011 de 10 de marzo, de Empleo de Castilla La Mancha, que prevén la convocatoria de procesos selectivos específicos para personas con discapacidad, y en concreto, con discapacidad intelectual, y la remisión que se hace, respecto a su definición, al art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Entiende la actora que la Administración se aparta de forma manifiesta de la convocatoria que ella misma ha confeccionado y publicado, interpretando sus bases de forma restringida y extraña al contenido de estas, provocándole un claro perjuicio al impedirle su acceso a la función pública. Pues, en pocas palabras, la discapacidad reconocida del 33 %, si no es física, ni sensorial ni mental, necesariamente debe encajarse en la discapacidad intelectual, pues lo contrario supondría el «dislate» de que una persona con discapacidad por patología de espectro autista quedaría excluida de cualquier convocatoria de procesos selectivos por el cupo especial de discapacidad, intelectual u otras.

10 DOCM n.º 136, 19 julio, (2021/7039).
11 DOCM n.º 136, 19 julio [2021/8360]

III.- LA CONCESIÓN DE JUSTICIA CAUTELAR POSITIVA FRENTE A LA EXCLUSIÓN DE UN PROCESO SELECTIVO

El ejemplo del caso y la especificidad del trastorno del desarrollo como paradigma de medida cautelar positiva

En el escrito de demanda, la recurrente solicita la adopción de la medida cautelar positiva consistente en su inclusión provisional en la lista de admitidos a fin de poder participar en el proceso, fundamentando que, pese a la excepcionalidad de este tipo de medidas positivas, su petición no causaría perjuicio al interés público ni al resto de aspirantes admitidos, y en caso de prosperar tampoco provocaría consecuencias negativas. Mientras que su no adopción le provocaría el perjuicio irreparable de impedirle participar en el proceso y, en consecuencia, la exclusión definitiva de cualquier posibilidad de concurrir en igualdad al acceso a la plaza. La Administración se opuso a esta petición bajo el pobre argumento de poder solventar el problema adscribiendo a la actora a la plaza o con una indemnización alternativa si es que finalmente se diera una sentencia positiva que anulara la exclusión de la aspirante. El Ministerio Fiscal rechaza este argumento y considera que debe adoptarse la medida interesada pues, siendo claro que el interés público no resulta perjudicado, un hipotético resultado favorable del proceso sería irreparable a posteriori, mientras que permitir su concurrencia y evaluación siempre podría conllevar su exclusión si la sentencia fuera desfavorable.

Mediante Auto 451/2021, de 17 de agosto, el TSJCM estimará la medida cautelar, entendiendo además que se trata de un supuesto «paradigmático sobre la necesidad de adoptar este tipo de medidas», por dos razones: primero, rechazando las vías de resarcimiento propuestas por la Administración, por inadecuadas y complicadas cuando la denegación del acceso a las pruebas llevaría a la pérdida de la finalidad legitima del recurso si la sentencia definitiva fuera favorable a la demandante; y en segundo lugar porque permitirle participar en el proceso de forma cautelar no causa perjuicio alguno al interés público o a terceros.

La escueta, pero impecable y contundente resolución hace una aplicación al caso de Autos de la doctrina general del TS relativa a las medidas cautelares, contenida, entre otros recientes, en ATS de 9 de febrero de 2021 (Rec.36/2021). Como es sabido, estas se configuran como la acción que pretende asegurar la eficacia de la resolución que pueda recaer en el ulterior procedimiento judicial o administrativo. Y pretenden dar respuesta a la rémora en nuestro sistema del hecho de que los procesos judiciales se dilatan enormemente en el tiempo, haciendo peligrar el ejercicio legítimo de los derechos cuando se puedan derivar perjuicios de difícil o imposible reparación justamente por el retraso en una resolución judicial potencialmente favorable. Por ello, la construcción legal y, sobre todo, jurisprudencial, ha enmarcado las medidas cautelares como parte inescindible del efectivo derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE[12] .

12 *Medidas cautelares (derecho administrativo)* guiasjuridicas.es — Documento Relacionado (laley.es) Recuperado 6 de noviembre de 2023

Valga como muestra la STC 78/1996, de 20 de mayo, que tempranamente señaló que «*la posibilidad de acordar medidas cautelares adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso se vincula a la tutela judicial efectiva, pues la ejecución inmediata de un acto administrativo es relevante desde la perspectiva del art. 24.1 CE (SSTC 14/1992, 238/1992, 148/1993)*».

Los artículos 129 a 136 de la LJCA introducen la posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, positiva o negativa, atendiendo a las circunstancias de cada caso. Su fin es asegurar la efectividad de la sentencia, pero dado su carácter excepcional, únicamente podrán acordarse, «*previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición que se impugna pudieran hacer perder su finalidad legitima al recurso».*

Los requisitos generales para la adopción son los siguientes:

a) Cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso, el elemento básico, esto es el *periculum in mora*: el riesgo que corre el objeto del proceso durante su tramitación.

b) Ponderación del perjuicio al interés público y los intereses privados que se pretenden en el objeto del proceso.

c) Aunque no previsto de forma expresa en nuestra ley rituaria, la jurisprudencia en la práctica ha introducido la consideración del *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia de buen derecho, que corresponde probar al demandante.

La problemática en este caso es que lo que se pretende es la adopción judicial de una medida cautelar positiva, esto es, permitir la realización de las pruebas, cuando la Administración se lo había denegado. Y en este tipo de supuestos sigue resurgiendo el delicado debate entre las funciones de juzgar y administrar y la posible sustitución del juez en una actuación puramente administrativa[13].

El fin principal de las medidas cautelares es proteger la integridad de un derecho una vez ejercitada la oportuna acción ante los Tribunales. En el orden contencioso-administrativo se articulan para prevenir lesiones derivadas de la dilación del proceso. Es cierto que en la anterior regulación del orden jurisdiccional Contencioso-Administrativo solo se permitía, de un modo restrictivo, solicitar la suspensión del acto impugnado. Aunque incluso durante su vigencia la posibilidad de adoptar una medida cautelar positiva, ya era posible. Inspirada por el Derecho comparado y comunitario, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa introdujo nuevos mecanismos para evitar tales lesiones. Así, la reforma

13 Sobre las medidas cautelares positivas, sigue siendo lectura obligada el clásico de García De Enterría, E. «Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho», *Revista de Administración Pública,* n.º 126, sep-dic 1991, p.297.
Interesante es también González Varas Ibáñez, S., «La aparente bondad del sistema de *numerus apertus* de las medidas cautelares», Ministerio de Justicia, 2015, recurso on line en file:///C:/Users//Downloads/Dialnet-LaAparenteBondadDelSistemaDeNumerusApertusDeLasMed-5188581%20(1).pdf

posibilitó la adopción de medidas cautelares en sede contenciosa cuando el recurso fundamentara adecuadamente la existencia del riesgo de que el resultado del proceso terminara perjudicado en caso de no adoptarlas. Por otro lado, la LJCA ha ampliado las posibles medidas cautelares. Ya no se admite únicamente la suspensión del acto, sino cualquier medida que «*asegure la efectividad de la Sentencia*».

La cita jurisprudencial que avala esta nueva concepción de las medidas cautelares es importante[14]. A título ejemplificativo, ya la STS de 2 de marzo de 2012 (Rec. 52/2012) señaló:

> *«Desde la aprobación del nuevo régimen de medidas cautelares de la Ley 29/1998, la suspensión es una más, pero no la única de las medidas posibles. La Sala puede, para preservar los intereses en juego tras la ponderación que de ellos se ha hecho, adoptar otras medidas de carácter singular que se corresponden con la potestad —inherente a la justicia cautelar— de configurar provisionalmente las relaciones jurídicas objeto de litigio, más allá de lo que supone la estricta limitación de las medidas cautelares al ámbito de la suspensión general de la norma impugnada. Puede,* ***dentro del respeto al principio de congruencia procesal, adoptar aquellas cautelas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere****».*

Ejemplar también es la doctrina de la STS 1688/2020, de 09 de diciembre (Recurso: 7831/2018), que sintetiza perfectamente la plena virtualidad en nuestro sistema jurídico de las medidas cautelares positivas:

> *«No puede identificarse el ámbito objetivo del recurso contencioso administrativo con el tipo y alcance de las medidas cautelares, pues estas pueden y deben ser todas aquellas que impidan que se frustre la finalidad del recurso contencioso administrativo...no cabe limitar la medida cautelar de suspensión única y exclusivamente al acto impugnado en el proceso.*
>
> *Es cierto que normalmente esta cautela será la que asegure "la efectividad de la sentencia" (artículo 129.1 de la LJCA)… para garantizar la ejecución efectiva de la sentencia, su efectividad, puede y debe adoptarse cualquier medida —"cuantas medidas" señala el artículo 129.1 de la LJCA— que, aunque excedan de ese ámbito objetivo, tienen esa conexión esencial con el acto impugnado… De modo que no existen para ello especiales restricciones, dado el fundamento común a todas las medidas cautelares. Corresponderá al Juez o Tribunal determinar las que, según las circunstancias, fuesen necesarias».*

Y además esta doctrina está siendo de relevancia en supuestos similares al que aquí se plantea, hasta el punto de que el TS haya incluso admitido la suspensión cautelar de un reglamento, más poderoso y de efectos mucho más amplios que un mero acto administrativo, para garantizar el efecto útil de una medida cautelar positiva. Así, en el Auto de la Sala tercera de 28 de septiembre de 2021 (rec. 244/2021) dispone la suspensión cautelar de dos previsiones reglamentarias de causas de exclusión para el ingreso en la Policía Nacional, para dejar participar en el proceso selectivo a los candidatos excluidos por llevar lentes intraoculares,

14 Un análisis de la doctrina y jurisprudencia reciente en Delgado Garrido, C., «El permiso de reducción de jornada para cuidado de menores con enfermedad grave en el ámbito de la función pública: naturaleza jurídica y problemas de la falta de desarrollo reglamentario», Premio TFM Cátedra Clara Campoamor, de próxima publicación en Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha, https://institutomujer.castillalamancha.es/temasdeinteres

cuando en ninguna convocatoria anterior ello había sido causa de inadmisión en el proceso. Y es interesante lo que se señala por el Alto Tribunal para justificar la claridad del *periculum in mora*: «*de no otorgarse la suspensión cautelar de los puntos del Real Decreto 326/2021 que son objeto de este recurso contencioso-administrativo, la eventual estimación de éste no impediría que los recurrentes hubieran perdido al menos la oportunidad de participar en una oposición libre para el ingreso en la Policía Nacional. Y la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos de tiempo, energía e incluso motivación psíquica*»[15].

Incluso, en una pionera jurisprudencia, la Audiencia Nacional en Auto de 10 de marzo de 2023 (P.O. 452/2023), abrió la puerta, en plena ola de convocatorias de concurso y concurso-oposición al amparo de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, a la estratégica suspensión cautelar de los procesos selectivos de estabilización en el Cuerpo de Secretarios Judiciales, porque, en apariencia, existía una manifiesta ilegalidad en la misma. La clave para conceder la suspensión estará en la ponderación de intereses en conflicto, para señalar que: «*Es patente que son mayores los males que provocaría la ejecución, posibilitando accesos a la función de Letrados y posibles consolidaciones, al amparo del principio de buena fe, que la suspensión de un procedimiento destinado a terminar con la temporalidad de determinados puestos ocupados por interinos. Estos permanecerán, en su caso, en sus puestos sin mayores consecuencias, o bien reclutados por medio de los cauces legales*».

Interesante también es el Auto del TSJ Galicia de 17 de junio de 2022, que concede una medida cautelarísima para permitir a un aspirante excluido por incumplimiento de un requisito de la convocatoria —esto es, un asunto muy similar al que analizamos— para señalar que no es justificación administrativa suficiente «*el potencial riesgo de que un aspirante con mejor derecho —a la luz del resultado final del proceso judicial— resultare preterido frente al derecho del recurrente a poder participar en igualdad de condiciones con el resto de aspirantes*». La Sala entiende que no existe tal conflicto, o al menos no con carácter prevalente para la denegación de la medida cautelar: «*No existe tampoco razón de peso que implique dar mayor protagonismo a ese potencial riesgo de un tercer aspirante, que por otro lado tampoco tiene porque concretarse, con el perjuicio cierto de apartar al recurrente de la realización de dichas pruebas. Pudiendo señalar igualmente que la potencial retroacción del procedimiento, para el caso de estimación del recurso judicial no es tampoco una solución óptima, en el sentido de que la única posibilidad de baremar a todos los aspirantes en régimen de igualdad, es que realicen todos la misma prueba*».

Aplicando esta doctrina al caso de Autos, resulta evidente que la concesión de la medida cautelar positiva estaba plenamente justificada, como escueta, pero claramente, resuelve el Tribunal. Por añadir algún argumento, primero, haciendo la ponderación requerida, es obvio que el único perjuicio que podría causarse es a la propia aspirante, pues ni siquiera podría optar a examinarse (sin saber aún el resultado de la prueba). Así lo confirmaría además la ulterior sentencia recaída en el procedimiento, confirmando la legitimidad de la integración en el cupo reservado a la discapacidad intelectual de la patología autista de la aspirante. Además, vetarle el derecho a examinarse conlleva un seguro impedimento de acceso al

15 *Vid*. el atinado comentario de este importante Auto en Chaves, Blog «De la Justicia», recuperado en https://delajusticia.com/2021/09/29/avances-sensibles-del-tribunal-supremo-sobre-la-suspension-cautelar-de-disposiciones-generales/

empleo público, pues su exclusión *ab initio* solo podría tener ese efecto directo y seguro que difícilmente podría solventarse de una manera justa: la opositora debería esperar al siguiente concurso, con la pérdida efectiva e irrecuperable del tiempo que ha dejado o hubiera podido dejar de desempeñar el empleo al que tenía derecho a concurrir, y la pérdida a la percepción del salario correspondiente. Plantear, como hace la Administración demandada, una potencial indemnización, desde luego que ni es la solución apropiada, ni la más justa ni ética, si se nos permite la apreciación.

Es más, tomando como ejemplo la doctrina del TS en casos similares, desde luego que «*la pérdida de esta oportunidad comportaría, sin duda, un perjuicio en términos… incluso de motivación psíquica».* Y nos parece muy importante este razonamiento en aplicación a nuestro caso, por la especial importancia que cobran los daños morales y psicológicos para algunas personas especialmente vulnerables. En este colectivo se encuentran, sin lugar a duda, las personas con trastornos como el TEA, puesto que sus deficiencias en la reciprocidad socioemocional varían desde un acercamiento social normal en ambos sentidos, pasando por la disminución en intereses, emociones o afectos compartidos, hasta el fracaso en iniciar o responder a interacciones sociales. De modo que su reacción, asunción y respuesta a la exclusión de una prueba o examen seguramente no es igual que la de una persona sin esta discapacidad.

Un estudio de la Fundación General de la Universitat de València, Centro Universitario de Diagnóstico y atención temprana[16], nos muestra que los tratamientos más efectivos para esta patología fundamentalmente se dirigen a: i) Fomentar las habilidades de socio-comunicativas que están afectadas; ii) desarrollar las habilidades sociales y de autonomía personal, para favorecer la inclusión y la participación en la sociedad; iii) facilitar la adaptación de la persona a los cambios y flexibilizar su conducta y su pensamiento; iv) prestar apoyo a la familia ayudándoles a afrontar las dificultades que vayan surgiendo. De ahí que, entre las medidas más efectivas, para conseguir la mejora de la sintomatología se encuentre en un lugar destacado el acceso al mercado laboral, especialmente al empleo público, que garantiza la estabilidad. De ahí que la resolución e interpretación de la Administración resulte más cercana a la discriminación prohibida que a la obligación de fomento y colaboración en la inserción de los colectivos especialmente vulnerables.

Pero es que, además, las personas con este cuadro patológico muestran patrones de conducta poco frecuentes, no asumen la realidad o perciben situaciones cotidianas o no (como puede ser nuestro caso) de la misma manera que una persona que no padece este tipo de trastorno. Un interesante artículo de Autismo en vivo[17] muestra que» *aproximadamente el 40 por ciento de los niños con un trastorno del espectro autista (TEA) también tienen un trastorno de ansiedad (Steensel, Bögels y Perrin, 2011). La ansiedad puede exacerbar los síntomas del TEA haciendo que la comunicación y las interacciones sociales sean cada vez más difíciles».* Por ende, está científicamente demostrado que la gestión de las emociones es

16 *Trastorno del Espectro Autista (TEA)* Fundación General de la Universitat de València, Centro Universitario de Diagnóstico y atención temprana https://www.uv.es/fundacion-general-cudap/es/documentacion-recursos/trastornos-del-desarrollo-mas-comunes/trastorno-espectro-autista-tea.html [Recurso en línea recuperado el 6 de noviembre de 2023]

17 *Ansiedad y autismo: las mejores formas de aliviar los efectos de la ansiedad*, Autismo en Vivo AEV, https://www.autismovivo.org/post/ansiedad-y-autismo-las-mejores-formas-de-aliviar-los-efectos-de-la-ansiedad [Recurso en línea recuperado el 10 de noviembre de 2023]

diferente. En el caso de la ansiedad, el miedo, el enfado, la decepción, el nerviosismo, afectan porcentualmente en un grado mucho mayor a las personas con trastornos del comportamiento. Por tanto, como después se encargará de corroborar la sentencia, el alcance que puede tener la decisión restrictiva de derechos que podía haber propiciado la Administración, difícilmente va a poder ser recompensada en términos estrictamente económicos, como se desprende de su escueta fundamentación para el caso de que la decisión judicial final reconociera el derecho de la recurrente a poder siquiera examinarse.

En definitiva, como aviso a navegantes —especialmente en patologías como la del autismo y otras similares relacionadas con los trastornos del comportamiento—, creemos que la opción de la demandante instando la medida cautelar positiva fue la decisión más acertada del proceso que terminó resolviéndose en la sentencia que comentamos. Si se hubiera esperado, sin esa solicitud de justicia cautelar, a la sentencia que avaló su derecho a la opción de examinarse, la actora habría perdido todas las oportunidades de acceso a la función pública y además se habrían generado unos daños morales difícilmente recompensables con una indemnización monetaria.

IV.- LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA ESTIMATORIA: UNA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN EN ATENCIÓN A LA CIRCUNSTANCIA PERSONAL DE DISCAPACIDAD

La STSJCM debe resolver las dos cuestiones planteadas por el recurso: una formal y otra de fondo. La primera solicitaba la nulidad de la resolución por contradicción en sus bases provocadora de indefensión al excluir a la demandante en la resolución definitiva de admitidos y excluidos por motivo distinto de la exclusión en la resolución provisional. La segunda, si la misma, diagnosticada del TEA, con grado de discapacidad reconocido del 33 % y sin constancia de limitación a nivel cognitivo (retraso mental) reúne el requisito de participación de tener reconocida una discapacidad intelectual. La respuesta de la sentencia es que no ha existido indefensión, pero sí reúne el requisito en lid para participar en la convocatoria.

4.1.- Una causa de inadmisión diferente en la resolución definitiva respecto a la provisional no conlleva formalmente indefensión

Aunque el Tribunal reconoce que existe una aparente contradicción en las bases de la convocatoria, pues una de ellas avala la admisión automática con la presentación de la solicitud, para regular en otra posterior un procedimiento con examen de documentación, periodo de

subsanación y resolución definitiva de admitidos y excluidos, entiende la sentencia que la secuencia de actuaciones ha sido correcta, pudiendo la actora en su extenso y fundamentado escrito de subsanación entrar en la cuestión de fondo: que la discapacidad reconocida era —y solo podía ser— intelectual. Por ello, anudando el examen de las bases desde el punto de vista formal con la cuestión esencial del proceso el Tribunal entiende que no ha habido indefensión y que el auténtico debate del proceso es el objeto material de dilucidar la concurrencia o no de un diagnóstico de discapacidad mental asociado al TEA, como requisito habilitante para la participación en la convocatoria.

4.2.- Las bases normativas para la convocatoria de procesos selectivos específicos con reserva de plazas para personas con discapacidad intelectual, como cupo específico distinto a la discapacidad general

La sentencia entra en la cuestión de fondo, esto es, si la recurrente reúne el requisito de participación establecido en las bases del proceso selectivo: «tener reconocida oficialmente una discapacidad intelectual, en grado igual o superior al 33 %», con un exhaustivo y sistemático análisis de la normativa de aplicación.

En primer lugar, de la Ley 4/2011, de 10-3 de Empleo Público de Castilla La Mancha, que prevé la posibilidad de convocar procesos selectivos, específicamente para personas con discapacidad intelectual, como un cupo específico al margen de las convocatorias de la discapacidad general, atendiendo a las grandes dificultades del colectivo, y a la desigualdad cognitiva respecto a personas con plena capacidad intelectual (art. 42). En concreto, se permite a las Administraciones autonómicas la creación de puestos de trabajo singulares para «*personas con un grado de limitaciones en la actividad intelectual de, al menos, un 25 %;*» y además dentro de este grupo «*se pueden establecer diferentes subgrupos en razón al tipo de limitaciones en la actividad, de tal modo que las personas que participen en ellos concurran exclusivamente con otras con limitaciones en la actividad similares*». Destacamos que el Tribunal resalta ya en este punto la importancia del precepto, pues las Bases controvertidas no distinguían tipos o grupos de discapacidad intelectual.

Concretamente, el artículo 41 establece en su apartado primero que *«en las ofertas de empleo público se debe reservar un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración pública de Castilla-La Mancha»*. El párrafo segundo añade que *«la reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad»*.

Como puede apreciarse, la Ley no incorpora una definición de «personas con discapacidad», remitiéndose a la definición del art. 1.2 de la Ley estatal 51/2003, de 2 de diciembre, de

igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Tampoco define qué ha de entenderse por «discapacidad intelectual», aunque reconoce que este es uno de los posibles tipos de discapacidad. Esta segunda norma de aplicación al caso dispone que *«son personas con discapacidad aquellas que presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás»*. Aunque esta Ley fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, su art. 4.1 reproduce literalmente aquel concepto. Esta definición de discapacidad coincide sustancialmente con la contenida en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006[18] (art. 1.2).

En este punto, resultan esenciales las normas que disciplinan la valoración del grado de discapacidad, que en el momento de inicio de la disyuntiva planteada tenía su procedimiento específico de fijación y un Baremo para cuantificar su reconocimiento, aprobado mediante R.D. 1971/1999, de fecha 23 de diciembre, modificado por R.D. 1364/2012, de 27 de septiembre, y que se traslada en el ámbito propio autonómico por Orden de 21-03-2000 de la Consejería de Bienestar Social. Ahora bien, el citado baremo sólo se ocupa de las discapacidades físicas, las sensoriales y las denominadas enfermedades mentales. No hace referencia explícita a la discapacidad intelectual. Como veremos más adelante, el nuevo Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, modifica esta clasificación, actualizando el procedimiento, y definiendo, ahora sí, la incapacidad intelectual en su Anexo: «*1.5. Según lo propuesto por la American Association on Intellectual and Developmental Disabilities, se adopta el término discapacidad intelectual (DI) que se define como: Una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiestan en habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas».*

Con esta nueva normativa puede que la interpretación de la Administración hubiera sido distinta, pero lo cierto es que la normativa aplicable seguía siendo la establecida en 1999, referida al «retraso mental» y a la «enfermedad mental». En su capítulo XV se establecen las normas generales para la valoración de la discapacidad derivada del Retraso Mental, definido como «*capacidad intelectual general significativamente inferior al promedio, que se acompaña de limitaciones de la capacidad adaptativa referidas a cómo afrontan los sujetos las actividades de la vida diaria y cómo cumplen las normas de autonomía personal esperables de su grupo de edad, origen sociocultural y ubicación comunitaria».* La norma distingue entre la capacidad intelectual límite, retraso mental leve, moderado y grave y/o profundo.

Y el Capítulo XVI, cuyo Título es la «*Enfermedad Mental*», establece esta definición: *«Partiendo del hecho reconocido de que no existe una definición que especifique adecuadamente los límites del concepto «trastorno mental» entendemos como tal el conjunto de síntomas psicopatológicos identificables que interfiere el desarrollo personal, de manera diferente en intensidad y duración».*

18 Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Publicado en: «BOE» núm. 96, de 21 de abril de 2008.
Referencia: BOE-A-2008-6963. Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/ai/2006/12/13/(1)

La Administración, en base a los informes solicitados a su Direccion General de Discapacidad y el Centro base de la Delegación Provincial de Albacete, interpretará que la discapacidad intelectual viene anudada de forma acumulativa con un cociente intelectual menor de 85 junto a las limitaciones significativas en la conducta adaptativa. Y en tanto aquellos informes constatan que la recurrente no presenta limitaciones en el funcionamiento intelectual y su capacidad a nivel cognitivo no se encuentran afectadas, en este caso no existe discapacidad intelectual: *«Las limitaciones en las personas afectadas por diagnóstico del espectro del autismo pueden cursar con una capacidad intelectual normal o, por el contrario, ir acompañadas de discapacidad intelectual. En este último caso, la persona debe obtener una puntuación en su cociente intelectual de la menos una desviación típica por debajo de la media (CI menos de 85), así como limitaciones significativas en la conducta adaptativa»*; y en el caso, *«a lo largo de todas las revisiones que se mantuvieron, en todo momento se han tenido en cuenta los datos e informes aportados, donde no hay constancia ni evidencia de una limitación a nivel cognitivo».*

En consecuencia, la recurrente tiene una discapacidad psíquica (Resolución 13-4-2011), pero no reúne las características para calificar la discapacidad de intelectual y, por tanto, no ostenta el requisito esencial de la convocatoria. Con esta interpretación, las personas con trastornos como el TEA o similares que no llevan aparejada un limitación intelectual —lo que ocurre en no pocos supuestos, como el del caso—, se encontrarían excluidas de las convocatorias con cupo reservado a personas con discapacidad intelectual, quedando en el limbo de una discapacidad sin encaje en ninguna otra categoría normativa (física, sensorial, mental o intelectual).

4.3.- El trastorno del Espectro Autista y los segmentos de la discapacidad: física, sensorial, intelectual o mental. La discusión sobre su encaje y la necesidad del análisis de cada caso concreto

En el análisis lógico del Tribunal, la siguiente disyuntiva es resolver la ecuación sobre el encaje de la recurrente diagnosticada con TEA en alguno de los tipos normativos de la discapacidad, de acuerdo con el art. 4 LGDPCD: física, sensorial, intelectual o mental. Recordemos que la calificación de su grado de discapacidad fue «psíquica». Y que, de acuerdo con los informes solicitados por la Administración, en algún caso contradictorios, no se termina de definir el concepto de discapacidad intelectual. Salvo para ligarlo al índice de deficiencia cognitiva. En ello se escudará la Administración demandada, para concluir que no es que haya interpretado erróneamente el concepto de discapacidad intelectual —como le achaca la demandante—, es que ni lo ha interpretado, *«ni tan siquiera ha llevado a cabo una interpretación de la situación individual de la demandante, sino que se ha limitado a solicitar al órgano competente en la materia, la DG de Discapacitados de la Consejería de Bienestar Social, la información relativa a dicho requisito»*.

Desde luego, el argumento de la Administración convocante no es asumido por el Tribunal, que se mostrará muy crítico, aun desde el reconocimiento de lo confuso del concepto de discapacidad intelectual y la falta de una definición técnico-médica comúnmente aceptada. La sentencia emplea tres argumentos sucesivos que nos parecen impecables: en primer lugar, que si el requisito de la discapacidad intelectual es básico para acceder a la convocatoria es

precisamente a la Administración convocante a la que corresponde interpretarlo. En segundo lugar, la Administración se limita a excluir la discapacidad reconocida de la recurrente de los tipos que resultan de la normativa, pero se abstiene de calificar el tipo de discapacidad que sería, en una corta interpretación literal, donde parece que la discapacidad «psíquica» que reconocieron los técnicos no encaja en la normativa de modo explícito; en tercer lugar, «*por lógica deductiva, y dado que objetivamente no es una discapacidad física ni sensorial, sólo podría ser mental o intelectual, y si dice que no es intelectual, solo podría ser mental; sin embargo, ni la Administración ni los informes en los que se apoya califican esta discapacidad 'psiquica' como mental*». O, en otros términos, como decía la demanda: «*la discapacidad que tiene la recurrente solo es posible incluirla en la citada categoría, so pena de incurrir en la contradicción de que, a pesar de tener reconocido un porcentaje de discapacidad del 33 %, no concurre sintomatología de etiología física, ni mental, ni sensorial ni intelectual. Lo cual es un dislate».*

Por ello el tribunal entiende que le corresponde dar una respuesta *ad hoc,* atendiendo a las particulares circunstancias de la recurrente de acuerdo con la prueba practicada, en el entendido que, de otro modo, quedarían desprotegidos los derechos de una persona con discapacidad del 33 % y diagnosticada con un TEA sin disminución de coeficiente intelectual. Lo cual, a nuestro juicio, ha abocado a una actuación administrativa de discriminación múltiple y sectorial en el acceso al empleo público: primero por no haber atendido su condición de discapacidad; segundo por dejar huérfana a una patología que específicamente no encajaba desde una interpretación estrictamente literal en la normativa, al menos hasta la entrada en vigor del RD 8/2022, que sí contempla sin lugar a duda la discapacidad intelectual. Este va a ser el eje para estimar la demanda, con apoyo en un Informe de la psicóloga coordinadora de la Asociación Desarrollo Autismo de Albacete, que viene tratando a la recurrente desde el año 2007, y que fue ratificado en la vista oral.

Nos parece importante que, frente a los informes de los órganos administrativos, el Tribunal otorgue «*especial relevancia a este Informe*», que será la clave de la resolución judicial. Pues, como señala, en este se ha realizado una descripción personalizada profunda y detallada de la discapacidad de la recurrente, señalando sus carencias y dificultades de tipo «intelectual», excluyendo que supongan una «discapacidad mental». El Informe de esta psicóloga se adapta en la conceptualización y aplicación al caso, dirá el tribunal, *«como un guante»* al RD 888/2022, de 18 octubre, que, aunque sea norma posterior, servirá para proporcionar los elementos interpretativos medulares para concretar la discapacidad intelectual de la demandante. Puesto que sus limitaciones significativas en la conducta adaptativa se manifiestan en las habilidades adaptativas conceptuales, sociales y prácticas que se reflejan en el Informe y coinciden absolutamente con la norma. Llama la atención la sentencia sobre el hecho de que este Informe pericial fuera previo al RD 888/2022, pero es que justamente la norma se adapta a la última actualización del concepto de discapacidad intelectual de la AAIDE, antes mencionado. Luego la Administración podría haber utilizado perfectamente, en caso de duda o de discrepancia en los informes —como sucedió— este nuevo criterio interpretativo, mucho más acorde con el tipo de discapacidad intelectual que puede plantearse en una persona con TEA, que el antiguo concepto de enfermedad o retraso mental.

Por ello la sentencia concluye que: «*si la discapacidad del 33 % reconocida deriva no solo de su diagnóstico de TEA, sino también de las limitaciones a la conducta adaptativa, la conclusión debe ser que la recurrente tiene discapacidad intelectual, y que por tanto reúne el requisito de la participación».*

4.4.- La discapacidad intelectual no implica en todo caso retraso mental o cociente intelectual menor a 85, ni mucho menos en un trastorno del desarrollo

La última cuestión que resuelve la sentencia se refiere a si la discapacidad intelectual del 33 % exigida en la convocatoria debe ligarse necesariamente con el retraso mental o cociente intelectual menor a 85. Al faltar este, la Administración excluye a la recurrente, entendiendo la discapacidad intelectual como un conjunto de requisitos acumulativos que exigirían en todo caso esa deficiencia añadida a las limitaciones significativas en la conducta adaptativa.

Sin embargo, el Tribunal es claro al señalar que este es un requisito no establecido en la Base de la convocatoria, «*que únicamente exige que se tenga «discapacidad intelectual en el porcentaje del 33 %»; y donde la norma no distingue no se debe distinguir*».

Y esta es una interpretación esencial para la recurrente, pues ya hemos señalado que no todo TEA debuta o se presenta con un menor cociente intelectual. Con ella se abre la puerta a la posibilidad de que una persona con esta discapacidad pueda acceder al empleo público por el cupo específico. A no ser que la Administración hubiera arbitrado un proceso selectivo para discapacitados intelectuales con el requisito añadido de tener un menor cociente intelectual. Lo que en principio permitiría el art. 42 de la Ley 4/2011 de Empleo Público de Castilla-La Mancha, que recordemos permite establecer estas convocatorias para: a) Personas con un grado de limitaciones en la actividad intelectual de, al menos, un 25 %; b) Personas con cualquier otro tipo de limitaciones en la actividad originadas por deficiencias permanentes de grado igual o superior al cincuenta por ciento. E incluso dentro de ellos crear subgrupos en razón al tipo de limitaciones en la actividad. Pero, al menos en esta convocatoria, tal posibilidad no se previó. Por lo que, concluirá la sentencia:

> *«En definitiva, siendo la discapacidad de la actora de índole intelectual, del 33 %, no exigiendo la Base otro tipo de condicionantes, pudiendo hacerlo, ha de entenderse que cumple el requisito de participación con arreglo a las Bases, y que su exclusión vulneró los art. 14 y 23 de la CE, existiendo discriminación en atención a su circunstancia personal de discapacidad, por lo que debemos anular dicha exclusión, con los efectos que procedan con arreglo al devenir que haya tenido el proceso selectivo en el que, cautelarmente, se permitió su participación».*

V.- REFLEXIONES FINALES Y PROPUESTAS PARA UNA INTERPRETACION NO DISCRIMINATORIA DE LA DISCAPACIDAD POR TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA

La sentencia analizada demuestra que, a pesar de los avances normativos, las medidas de integración en el mercado laboral de las personas con discapacidad y el sólido aval jurisprudencial a la discriminación positiva[19], todavía nuestras Administraciones siguen provocando situaciones restrictivas de derechos protegidos especialmente por instrumentos nacionales e internacionales[20]. Con la paradoja de que, en el compromiso de los poderes públicos en la promoción del acceso al empleo de acuerdo con al art. 49 CE[21], parezcan utilizarse dos varas de medir, contundente si se trata del impulso y el fomento dirigido al sector privado, frente a las dificultades y trabas que todavía se manifiestan en el empleo público, de dudoso sentido jurídico integrador y poco ejemplarizantes.

La sentencia resulta interesante porque insta a la Administración a una interpretación práctica realmente favorable y no discriminatoria en un supuesto de discapacidad complejo, por las razones científicas y normativas que hemos señalado. Y porque además lo hace desplegando la interpretación hermenéutica de la que se desentendió la propia Administración explícitamente. Aun siendo reseñable la pulcritud de la motivación jurídica del Tribunal en base a un amplio espectro normativo, el apoyo a la decisión finalmente adoptada puede encontrar todavía un sustento político y jurídico más amplio.

19 Por todas, STS de 28 de febrero de 2012 (RJ 2012, 3352), «*no basta con que la reserva de plazas para el turno de discapacitados se aplique sobre el total de las plazas incluidas en la Oferta de Empleo Público*», sino que «*(...) debemos partir de que la reserva porcentual a favor de las personas discapacitadas es una medida de discriminación positiva legalmente establecida y que, conforme a lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su sentencia n.º 269/1994, de 3 de octubre (RTC 1994, 269), resulta perfectamente legítima. El Fundamento jurídico 4 de dicha sentencia que «(...) el art. 14 CE (RCL 1978, 2836) es claro que la minusvalía física puede constituir una causa real de discriminación (…) tanto el legislador como la normativa internacional [Convenio 159 de la OIT (RCL 1990, 2434)] han legitimado la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades de las personas afectadas por diversas formas de discapacidad, que, en síntesis, tienden a procurar la igualdad sustancial de sujetos que se encuentran en condiciones desfavorables de partida para muchas facetas de la vida social en las que está comprometido su propio desarrollo como personas»*

20 Un análisis detenido, con la bibliografía reciente, en Collado García, L., Romero Rodenas, M.J., Tarancón Pérez, E., *Incapacidad temporal: guía práctica,* Bomarzo, 2020 (3 ed.)

21 El art. 371 LGPCD, establece explícitamente que las Administraciones Públicas fomentarán sus oportunidades y promoción profesional en el mercado laboral y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo.

a) El avance normativo hacia la consideración de la discapacidad por TEA como colectivo diferenciado por sus «especiales dificultades» en el acceso al empleo

Son ya muchos los instrumentos internacionales (desde la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 27), la Agenda de objetivos de desarrollo sostenible (ODS 10), la Carta de Derechos fundamentales de la UE (arts. 21 y 26), la Estrategia europea sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2021), que establecen un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que prohíben la discriminación (directa e indirecta) en el empleo por razón de discapacidad y promueven la adopción de medidas de acción positiva, así como la implementación de ajustes razonables que remuevan las barreras u obstáculos en el acceso al empleo, selección, contratación, promoción, formación profesional para el empleo y en las condiciones de trabajo en todos los ámbitos, incluida la Administración pública.

Desde la perspectiva estatal, la normativa que ha reconocido al colectivo de la discapacidad como prioritario en las políticas de empleo, es también ingente. Por citar las más recientes y significativas, la Ley 15/2022 julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación y la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo que coinciden en establecer como principios básicos para la igualdad de oportunidades la efectiva ocupación, la no discriminación y la necesidad de políticas de integración (arts.50 y 54). Como magníficamente señala el reciente Libro Blanco de Empleo y Discapacidad: *«La inclusión real y efectiva de las personas con discapacidad implica la igualdad y no discriminación en el ejercicio de sus derechos y en la toma de sus decisiones. Debe venir amparada por políticas que aborden la discapacidad, mismos derechos humanos y libertades fundamentales universales —incluidos los derechos laborales— que las demás personas. Exige, asimismo, superar pluralidad de estereotipos, entre ellos, los relativos al rendimiento y productividad de las personas con discapacidad»*[22]

Pero, además, recientes normativas y las principales estrategias para el empleo futuro han incorporado a las personas con trastornos del desarrollo, específicamente con TEA, como colectivo de atención prioritaria por sus «especiales dificultades». Recordemos, como señalábamos en la introducción, que la mayoría de estas personas tienen más dificultades de acceso al empleo respecto al resto de personas con discapacidad, viven en el hogar familiar y tienen una escasa participación social y comunitaria. Entre el 70 y 90 % de personas con espectro autista se encuentran desempleadas y no desarrollan ninguna actividad laboral (Estudio INE 2021). Además, la tasa de mujeres sin empleo es bastante superior a la de los hombres.

La razón se encuentra en las específicas barreras que las personas con autismo encuentran para acceder a un empleo, que podemos resumir en: la ausencia e inadecuación de la normativa sobre empleo en relación con las personas con autismo (del que ha resultado ejemplo paradigmático el caso y la sentencia comentada); la falta de programas que consideren esta realidad desde un enfoque inclusivo de apoyo y el difícil acceso a la figura del preparador/a laboral en los espacios del tejido empresarial[23]; la escasez de modelos de formación dual

22 Libro Blanco de empleo y discapacidad (referenciado en citas anteriores), *vid.* página 651.

23 Apenas existen actuaciones orientadas a promover la inclusión laboral, a excepción de algunas llevadas a cabo puntual y mayoritariamente por el tercer sector. Algunas experiencias positivas de colocación laboral de personas con discapacidad gestionadas por instituciones y empresas privadas son: el proyecto «Rain Man» para personas jóvenes diagnosticadas con autismo de alto

que proporcionen la cualificación técnica y las competencias necesarias para afrontar la vida adulta y desempeñar un puesto de trabajo mediante prácticas en entornos laborales reales; la falta de oportunidades de empleo (prospección laboral): es muy complicado generar alianzas entre entidades de discapacidad y empresas en el contexto actual, tanto en entornos laborales como pre-laborales; una pobre detección de intereses vocacionales que se ajusten a las necesidades de las personas con autismo; los prejuicios existentes en el tejido empresarial y el desconocimiento sobre el potencial laboral de las personas con autismo. Incluso algunas de estas razones pueden tener un sustrato anterior más dramático, pues las barreras para el acceso al empleo comienzan ya en la etapa educativa, donde apenas se dispone de información sobre este trastorno, ni cómo se ha de actuar adecuadamente siguiendo un protocolo diferenciado. Aparte de los problemas latentes derivados del retraso diagnóstico, mayor en las personas sin discapacidad intelectual asociada. Ello precipita resultados de altas tasas de fracaso escolar y abandono, aparte de los especiales problemas como diana del acoso escolar o el *bullying*[24].

De ahí la importancia del tratamiento particularizado de estas personas en las normativas sobre empleo, que debe verse como un paso de gigante para la plena inclusión del colectivo. Entre ellas, destaca el muy reciente Libro blanco de empleo y discapacidad, que señala como un acierto la inclusión de una referencia transversal en la actual política de empleo, distinguiendo entre personas con discapacidad (definidas como tales en la LGDPD) y personas con discapacidad con mayores trabas para el acceso al mercado de trabajo, entre las que se cuentan: las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o *con trastorno del espectro autista*, así como con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento.

El Real Decreto Ley 1/2023, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral, ya las había incluido entre las políticas prioritarias para las personas con mayores dificultades de acceso al empleo[25]: art. 6. c) las personas con parálisis cerebral, con trastorno de la salud mental, con discapacidad intelectual o con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento. Ya el Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes

funcionamiento, personas que pueden expresar rendimientos muy buenos o superiores a la media en ciertas áreas (Bolonia) o la experiencia «No olvidar» para personas jóvenes diagnosticadas con autismo de alto funcionamiento y Asperger en colaboración con el Servicio de Mediación Laboral, asistidas por tutores o tutoras y especialistas en informática (Milán).

24 Aunque la normativa específica también va dando pasos en el sentido de contemplar necesariamente estos trastornos especiales. Así, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, recoge bajo el término de necesidades educativas especiales al alumnado con autismo con o sin discapacidad, para avanzar en sus derechos e inclusión. También la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional contiene necesidades específicas dirigidas a las personas con discapacidad, y específicamente con TEA, impulsando la Formación Profesional para favorecer a la integración laboral del colectivo.

25 Real Decreto-ley 1/2023, de 10 de enero, de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas.«BOE» núm. 9, de 11/01/2023. BOE-A-2023-625. https://www.boe.es/eli/es/rdl/2023/01/10/1/con

de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo[26], sistematiza las ayudas y subvenciones destinadas al fomento y ayuda para contratación y mantenimiento del empleo de las personas con especiales dificultades de acceso al empleo, entre las que se incluyen, entre otros, las personas con TEA (art. 5.c). El Real Decreto 1069/2021, de 4 de diciembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Apoyo Activo al Empleo 2021-2024 también incluye como personas con discapacidad que presentan mayores dificultades de acceso al mercado de trabajo a las personas con trastorno del espectro del autismo, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %. Pero el espaldarazo definitivo lo lleva a cabo la reciente Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, al contemplar como colectivo de atención prioritaria por su «especiales dificultades» a las personas con trastorno del espectro del autismo para señalar que, sin perjuicio de las medidas contempladas por la LGDPD, la atención de personas demandantes de servicios de empleo con discapacidad se encauzara por múltiples vías a través de programas específicos y generales. Los servicios de empleo procurarán, prioritariamente, el acceso de dichas personas al empleo ordinario, pero también la creación y funcionamiento de centros especiales de empleo y enclaves laborales que faciliten su integración en el mercado de trabajo.

Estas innovadoras previsiones deben además ponerse en conexión con los principios de la Estrategia española de empleo y discapacidad 2022-2030[27], que pretende potenciar el acceso al empleo público entre las personas con discapacidad, mediante el desarrollo, extensión y mejora de la aplicación de la cuota de reserva del 7 % general y 2 % de la discapacidad intelectual con estas concretas medidas: extensión a todos los puestos, grupos, categorías y perfiles profesionales; extensión a las bolsas de empleo y tanto al personal funcionario como al personal laboral; y considerando todos los aspectos, elementos y fases de acceso, mantenimiento y promoción en el empleo público (regulación de cupos, formación, carrera profesional, movilidad, flexibilidad horaria, medidas de conciliación, permisos, excedencias, etc.)[28]. Y lo que es más importante, se prevé la incorporación de realidades con necesidades especiales, como el trastorno del espectro del autismo. El objetivo final es incrementar la cuota de reserva de la discapacidad en el sector público hasta que el número de empleados sea proporcional a la proporción de personas con discapacidad activas. En este sentido, el I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027 llega a contemplar como medida estratégica: «*M22 Reconocer el diagnóstico de TEA y los ajustes necesarios en las convocatorias de empleo público de manera específica y diferenciada a la discapacidad intelectual, para facilitar el acceso a todas las personas con autismo y evitar su exclusión si este diagnóstico no aparece de manera concurrente o no se encuentra explícitamente reconocido».* Lo cual, como nos ha demostrado la sentencia analizada, puede resultar un enorme problema que llega a excluir a personas con este diagnóstico, pero sin clara discapacidad intelectual, de las convocatorias públicas de empleo.

26 Real Decreto 818/2021, de 28 de septiembre, por el que se regulan los programas comunes de activación para el empleo del Sistema Nacional de Empleo. «BOE» núm. 233, de 29/09/2021. BOE-A-2021-15771. https://www.boe.es/eli/es/rd/2021/09/28/818/con

27 Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Aprobada por el Consejo de ministros el 3 de mayo de 2022.

28 Sobre las cuestiones de fondo principales de este trabajo, es de lectura imprescindible AAVV, Dir. Cuadros Garrido, M.E., Selma Penalva, A., García Romero, B., *La contratación laboral en la Administración pública: vicisitudes y patologías,* COLEX, Constitución y Leyes, 2023.

b) Perspectiva de género y autismo

En fin, recordemos que, en el caso analizado, la recurrente era una mujer de 19 años en el momento de la convocatoria. Lo que podría analizarse también desde la discriminación por razón de género. Una cuestión que solo en los últimos tiempos está siendo objeto de atención respecto a este tipo de trastornos. En efecto, según los datos que nos ofrece el I Plan de Acción Estrategia Española en Trastorno del Espectro del Autismo 2023-2027[29], las niñas y las mujeres han estado infrarrepresentadas en los estudios científicos sobre el autismo, de modo que es posible que la conceptualización que actualmente se maneja del mismo no abarque adecuadamente importantes manifestaciones típicamente femeninas del espectro. Las investigaciones habían apuntado durante años que el TEA se presenta cuatro veces más en el caso de los hombres que en las mujeres. No obstante, en los últimos años han crecido los estudios que señalan una diferencia menor en esta proporción, considerando una ratio de hasta 3 niños por cada niña. Aunque las causas de este desequilibrio no están claras, existen explicaciones de distinta naturaleza para comprender el fenómeno. Entre estas se barajan posibles diferencias neurobiológicas en el sexo biológico: diferencias en las manifestaciones nucleares del autismo, como pueden ser unas mejores competencias sociales y de comunicación; una menor sensibilidad de los instrumentos de detección y diagnóstico en las niñas y mujeres; sesgos de género en la valoración diagnóstica, que predisponen a los profesionales a identificar otro tipo de trastornos en el caso de las mujeres.

En un estudio reciente realizado por Autismo España sobre detección y diagnóstico del autismo en niñas y mujeres[30], se vislumbran las barreras o dificultades para la detección y diagnóstico de la patología en nuestro país: *«Los instrumentos y herramientas de detección y diagnóstico disponibles son poco sensibles a las manifestaciones en niñas y mujeres. No existen suficientes recursos públicos especializados, lo cual obliga a muchas mujeres a buscar un diagnóstico privado o en movimientos asociativos. Las niñas y mujeres suelen tener más habilidades sociales y lingüísticas, así como una mayor capacidad de adaptación o enmascaramiento social. Presentan menos conductas estereotipadas y dificultades conductuales, siendo estas, además, menos observables».*

Todo ello conduce a la conclusión de que las mujeres con autismo pueden tener más dificultades para obtener empleo o avanzar en su carrera, cifrándose el desempleo en cerca del 70 %, lo que puede limitar sus oportunidades económicas e independencia. Asimismo, los estereotipos de género pueden conducir a la discriminación interseccional. Por ello, es importante reconocer y abordar estas barreras para garantizar que se preste atención a su situación y se traduzcan en acciones y políticas que aborden también la brecha de género en el colectivo femenino de TEA.

29 Las citas de los estudios científicos sobre todos los datos pueden encontrarse en el propio documento del Plan de Acción, pp.17 y ss.

30 Hernández, C., Verde, M., Vidriales, R., Plaza, M. y Gutiérrez, C. (2021). *Recomendaciones para la detección y el diagnóstico del trastorno del espectro del autismo en niñas y mujeres*. Confederación Autismo España. https://autismo.org.es/wpcontent/uploads/2018/09/2021_deteccion-y-diagnosticomujeres_autismoespana.pdf

c) El I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, la creación del Centro sobre trastorno del espectro del autismo y las carencias de tratamiento diferenciado en el Proyecto de Ley de reforma de la Función Pública

Para concluir, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, el Real Decreto 670/2022, de 1 de agosto, previó la creación de un centro piloto sobre trastorno del espectro del autismo[31]. Este ya se encuentra en funcionamiento, gestionado por la Confederación Autismo España; con la aspiración de convertirse en un referente en la investigación y formación sobre el TEA, tanto a nivel nacional como europeo[32]. Como se señala en su página web, pese a la alta prevalencia del autismo (manifestado en 1 de cada 100 nacimientos), el desarrollo de la investigación en nuestro país es limitado, lo que supone que apenas existe información contrastada sobre la realidad y necesidades de las más 470.000 personas con autismo que residen en España. De ahí que su principal objetivo será la puesta en marcha de soluciones que incrementen el conocimiento sobre la situación del colectivo y promuevan la implementación de prácticas basadas en la evidencia. Y sus metas, el impulso de la investigación y la formación especializada en TEA de distintos sectores clave (educativo, sanitario, justicia, empleo, social, etc.).

No menos importante es el I Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo, aprobado el 5 de julio de 2023[33], con la participación de los agentes clave para la consecución de una ayuda e integración eficiente para las personas con TEA: las personas afectadas por el trastorno, sus allegados, profesionales especialistas, Administración o tercer sector. Entre sus 59 acciones estratégicas, el empleo aparece específica y trasversalmente en muchas de ellas, y su línea de acción 4 se dedica a las acciones para «*contribuir a la educación y al empleo inclusivos y de calidad de las personas en el espectro del autismo*». En una simbiosis acertada entre educación y empleo, se plantea: impulsar el diseño, evaluación e implementación de acciones de innovación y buena práctica en la educación del alumnado; favorecer acuerdos para el acceso del alumnado a las distintas ofertas del sistema de formación profesional garantizando la existencia y especialización de los apoyos que precisan para cursarlos; fomentar el empleo y la formación para el empleo de las personas en el TEA en el marco de la nueva ley de empleo; *reconocer el diagnóstico de TEA y los ajustes necesarios en las convocatorias de empleo pública de manera específica y diferenciada a la discapacidad intelectual,* para facilitar el acceso a todas las personas con autismo y evitar su exclusión si este diagnóstico no aparece de manera concurrente o no se encuentra explícitamente reconocido; *desarrollar políticas de empleo que reconozcan a las*

31 Real Decreto 670/2022, de 1 de agosto, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a diversas entidades para la realización de proyectos de innovación tecnológica, investigación y divulgación científica en materia de accesibilidad universal, así como para la creación de un centro español de accesibilidad cognitiva y un centro piloto sobre trastorno del espectro del autismo, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Publicado en: «BOE» núm. 184, de 2 de agosto de 2022,
BOE-A-2022-12935. Permalink ELI: https://www.boe.es/eli/es/rd/2022/08/01/670

32 La página web del Centro puede consultarse en https://autismo.org.es/que-hacemos/acciones-destacadas/centro-piloto-de-autismo/

33 https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_en_TEA.pdf

personas con autismo con un grado de discapacidad igual o superior al 33 % como personas que presentan una mayor dificultad en el acceso al empleo, de acuerdo con la nueva Ley de Empleo; impulsar el diseño, evaluación e implementación de proyectos piloto, modelos de buena práctica, acciones de innovación e intervenciones basadas en la evidencia dirigidas a potenciar el empleo de las personas con autismo (empleo con apoyo, programas de orientación profesional e intermediación laboral, unidades especializadas, etc.).

Por ello, en este contexto choca que el actual Proyecto de reforma de la Ley de la Función Pública de la Administración del Estado, de 24 de marzo de 2023[34], la discapacidad siga tratándose de forma monolítica, aportando pocas novedades a la regulación actual, cuando podría haber seguido el ejemplo inclusivo y mucho más real y justo de las normativas que han incorporado criterios de discriminación positiva en favor de algunos grupos de discapacidad especialmente sensibles, como el de los afectados por TEA. De modo que, como señalábamos, existirán otra vez dos nuevas varas de medir en este colectivo: la prevista en la Ley de empleo para el ámbito privado, mucho más tuitiva, y la del empleo público, donde podremos seguir encontrándonos problemas como los que hemos analizado en este trabajo. Desde luego, si el texto del proyecto no cambia[35], se habrán hecho caso omiso a las recomendaciones y evidencias científicas que, para concluir, terminarán por discriminar a un colectivo en el que, como señalan Chiang y Wineman:

> *«Disponer de un empleo es un factor con una influencia esencial en la calidad de vida, el desarrollo personal, la capacidad de acceder a una vida independiente y la inclusión de cualquier persona en la sociedad. Particularmente, el empleo se ha demostrado como uno de los mejores predictores de una buena calidad de vida para las personas con autismo, especialmente cuando el puesto y las condiciones son relevantes para las mismas»*[36].

34 https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-149-1.PDF

35 Lo cierto es que las novedades son mínimas para el colectivo de la discapacidad, como reflejan los arts.28.6: «En la oferta de empleo público se reservará un porcentaje no inferior al diez por ciento de las plazas convocadas para ser cubiertas entre personas con discapacidad siempre que superen las pruebas selectivas, acrediten su discapacidad y acrediten igualmente que ésta es compatible con el desempeño de las tareas y funciones, de forma que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado incluida en el ámbito de aplicación de la presente ley. La reserva del mínimo del diez por ciento se realizará de manera que, al menos el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad. Y el art. 40.4. 4, que mantiene también la previsión sobre el acceso a plazas reservadas a personas con discapacidad intelectual, siempre que estas tengan reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %, que se llevará a cabo mediante la convocatoria de pruebas selectivas específicas e independientes.

36 Chiang, H. M., y Wineman, I. (2014). «Factors associated with quality of life in individuals with autism spectrum disorders: A review of literatura». *Research in autism spectrum disorders*, 8(8), 974-986.

VI. BIBLIOGRAFÍA

DOCUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

– CIE-11. Clasificación Internacional de Enfermedades, 11.ª revisión. En: OMS [en línea] [consultado el 6/12/2023]. Disponible en https://icd.who.int/es

– Resolución de la Presidencia del Consejo Nacional de Discapacidad por la que se da publicidad al Acuerdo del pleno del Consejo Nacional de Discapacidad por el que se aprueba el I Plan de acción Estrategia española en trastorno del espectro del autismo 2023-2027, en línea en https://www.rpdiscapacidad.gob.es/docs/Res_TEA.pdf

– Libro Blanco sobre Empleo y discapacidad Disponible en https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Libro_blanco_empleo_discapacidad_2023.pdf

– Estrategia Europea sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2021. https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1484&langId=es

– Estrategia Española sobre Discapacidad 2022-2030, para el acceso, goce y disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Aprobada por el Consejo de ministros el 3 de mayo de 2022. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/discapacidad/docs/estrategia-espanola-discapacidad-2022-2030-def.pdf

– Plan de Acción de la Estrategia Nacional sobre Trastornos del Espectro del Autismo. https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechossociales/discapacidad/docs/Estrategia_Espanola_en_TEA.pdf

– Plan Nacional de Bienestar Saludable de las Personas con Discapacidad. https://www.rpdiscapacidad.gob.es/estudios-publicaciones/plan-bienestar.htm

DOCTRINA Y RECURSOS EN LÍNEA

Aavv, Dir. Cuadros Garrido, M.E., Selma Penalva, A., García Romero, B., *La contratación laboral en la Administración pública: vicisitudes y patologías,* COLEX, Constitución y Leyes, 2023.

Aavv, Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5) de la Asociación Norteamericana de Psiquiatría (APA) https://www.eafit.edu.co/ninos/reddelas-preguntas/Documents/dsm-v-guia-consulta-manual-diagnostico-estadistico-trastornos-mentales.pdf

Collado García, L., Romero Rodenas, M.J., Tarancón Pérez, E., *Incapacidad temporal: guía práctica,* Bomarzo, 2020 (3 ed.)

Chaves, Blog «De la Justicia», recuperado en https://delajusticia.com/2021/09/29/avances-sensibles-del-tribunal-supremo-sobre-la-suspension-cautelar-de-disposiciones-generales/

Delgado Garrido, C., «El permiso de reducción de jornada para cuidado de menores con enfermedad grave en el ámbito de la función pública: naturaleza jurídica y problemas de la falta de desarrollo reglamentario», Premio TFM Cátedra Clara Campoamor, de próxima publicación en Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha, https://institutomujer.castillalamancha.es/temasdeinteres

Fundación General de la Universitat de València, Centro Universitario de Diagnóstico y Atención Temprana Trastorno del Espectro Autista (TEA) https://www.uv.es/fundacion-general-cudap/es/documentacion-recursos/trastornos-del-desarrollo-mas-comunes/trastorno-espectro-autista-tea.html

García De Enterría, E. «Nuevas medidas cautelares positivas: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho», Revista de Administración Pública, n.º 126, sep-dic 1991, p.297.

González Varas Ibáñez, S., «La aparente bondad del sistema de numerus apertus de las medidas cautelares», Ministerio de Justicia, 2015, recurso on line en file:///C:/Users//Downloads/Dialnet-LaAparenteBondadDelSistemaDeNumerusApertusDeLasMed-5188581%20(1).pdf

Hernández, C., Verde, M., Vidriales, R., Plaza, M. y **Gutiérrez, C.** (2021). *Recomendaciones para la detección y el diagnóstico del trastorno del espectro del autismo en niñas y mujeres.* Confederación Autismo España. https://autismo.org.es/wpcontent/uploads/2018/09/2021_deteccionydiagnosticomujeres_autismoespana.pdf

Chiang, H.M., y **Wineman, I.** (2014). «Factors associated with quality of life in individuals with autism spectrum disorders: A review of literatura». *Research in autism spectrum disorders,* 8(8), 974-986.

UNA APROXIMACIÓN A LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL VIGENTE RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y SU APLICACIÓN AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES

José María Delgado Báidez
Doctor en Derecho. iDerTec-Grupo de investigación sobre Innovación, Derecho y Tecnología de la Universidad de Murcia
Asesor jurídico de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

Enviado el 22 de mayo de 2024; aceptado el 22 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. La potestad disciplinaria de las Administraciones públicas, manifestación del ius puniendi del Estado. II. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS COMO JUSTIFICACIÓN DE SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO PECULIAR. III. TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. 3.a) Responsabilidad penal. 3.b) Responsabilidad patrimonial.IV. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO REGULADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES. 4.a) Breve excurso sobre la peculiar naturaleza del personal laboral al servicio de la Administración y algunas particularidades de su régimen jurídico; 4.b) Aplicabilidad del régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral de las Administraciones públicas. La relación de especial sujeción de todos los empleados públicos; V. LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. EL CÓDIGO DE CONDUCTA. VI. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La potestad disciplinaria de las Administraciones públicas, manifestación del *ius puniendi* del Estado

El Diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia define la potestad disciplinaria como el poder que el ordenamiento jurídico otorga a las Administraciones públicas «*para imponer sanciones al personal a su servicio y a quienes estén vinculados a ella por una relación contractual por la comisión de las infracciones disciplinarias que estén previstas como tales en la ley y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido, que se rige por su normativa específica, sin perjuicio de la consideración de los principios de la potestad sancionadora*».

De esta forma, la potestad sancionadora de las Administraciones en general y la potestad disciplinaria en particular representan sendas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, de la capacidad de los poderes públicos para castigar las infracciones del ordenamiento jurídico cometidas por los particulares.

El Tribunal Constitucional (TC) viene tradicionalmente admitiendo que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado*»[1].

Este ejercicio del *ius puniendi* por parte de las Administraciones públicas supone «una excepción al monopolio que el Poder Judicial tiene en relación con la imposición de penas y sanciones»[2] y constituye una de las prerrogativas que el ordenamiento jurídico concede a los sujetos públicos de forma instrumental para tutelar su propio funcionamiento y organización, así como para garantizar el cumplimiento de sus fines al servicio del interés general[3]. Sobre esta cuestión volveremos con posterioridad.

---

1 Así el F.º J.º 2.º de la STC 18/1981, de 8 de junio (BOE núm. 143, de 16 de junio de 1981), que continúa afirmando «*(…) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales, si bien en el primer caso con el límite que establece el propio art. 25.3, al señalar que la Administración Civil no podrá imponer penas que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. Debe añadirse que junto a las diferencias apuntadas en la aplicación de los principios inspiradores existen otras de carácter formal en orden a la calificación (delito o falta, o infracción administrativa), la competencia y el procedimiento (penal o administrativo con posterior recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa); ello, además del límite ya señalado respecto al contenido de las sanciones administrativas*».

2 Chamorro González, J.M., «Procedimientos administrativos disciplinarios por infracciones cometidas por funcionarios públicos», *Actualidad administrativa*, 2, 2023, sec. I.

3 «Aun en los países que mantienen con mayor rigor el monopolio sancionatorio de los jueces, la Administración, para mantener la «disciplina» interna de su organización, ha dispuesto siempre un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes, sanciones atañentes normalmente al régimen funcionarial de los sancionados». García De Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2006, pp. 171-172.

La doctrina viene considerando que el llamado Derecho administrativo disciplinario es una rama, una concreción mejor dicho, del Derecho administrativo sancionador[4]. El segundo de ellos, de carácter genérico, se orienta a la generalidad de los ciudadanos, mientras que el primero, de naturaleza específica, se ordena a sancionar las infracciones que comentan los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando vulneren los deberes y obligaciones que, por su peculiar condición profesional, les impone el ordenamiento jurídico[5].

Este es, asimismo, el criterio del legislador, que en el artículo 25.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) extiende expresamente los principios de la potestad sancionadora «*al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo*». De esta forma, como aseguraba García de Enterría, «la evolución general en todos los Derechos ha conducido o está conduciendo a una integración general de estos poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales»[6].

La posibilidad de que la Administración pública castigue determinadas infracciones del ordenamiento jurídico se da por supuesta por el Constituyente en el artículo 25.1 de la Constitución Española (CE), al establecer que «*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*».

Posteriormente, una vez reconocida *de facto* esta potestad sancionadora, el tercer apartado de este precepto constitucional determina que la «*Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*». Esta limitación, *sensu contrario*, viene a reconocer con naturalidad la posibilidad de que las Administraciones impongan otro tipo de sanciones.

En todo caso, es preciso señalar para concluir este epígrafe, que la potestad disciplinaria de la Administración pública no es una expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino que, en virtud de la relación especial de sujeción de los empleados públicos respecto a la Administración para la que trabajan, representa, además, una manifestación propia de la capacidad de autoorganización de las organizaciones públicas[7].

---

4 *Cfr*. López-Nieto y Mallo, F., *Las sanciones municipales*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2002, pp. 29-30.

5 *«(…) las sanciones administrativas comprenden dos grandes grupos: las sanciones administrativas de autoprotección y las sanciones administrativas de protección de orden general. En las primeras se incluye la impuesta al empleado público encuadrado en una relación de sujeción especial con la Administración. La potestad disciplinaria es una potestad de supremacía especial y ello lo diferencia con la potestad punitiva penal que es característica de la supremacía general. Este es el modelo más puro del género de las sanciones de autoprotección administrativa».* García de Enterría en Lorenzo de Membiela, J.B., «Potestad disciplinaria y Administración pública», *Cuadernos de derecho local*, 12, 2006, p. 125.

6 García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. II, p. 172.

7 Así lo señaló el TC en relación con la posibilidad de desarrollar mediante normas reglamentarias el régimen disciplinario de los internos en centros penitenciarios en una argumentación que, *mutatis mutandis*, entiendo que puede ser aplicada a la relación de especial sujeción de los empleados públicos. F.º J.º II de la STEC 2/1987, de 21 de enero (BOE núm. 35, de 10 de febrero de 1987): «*El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes,*

La potestad disciplinaria *stricto sensu* viene regulada en la actualidad principalmente en el Título VII del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (TREBEP), cuyo artículo 94.1 señala que las «*Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio*».

II. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LA RELACIÓN PROFESIONAL DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS COMO JUSTIFICACIÓN DE SU RÉGIMEN DISCIPLINARIO PECULIAR

Para llevar a cabo el mandato de servicio al interés general que la Constitución española encomienda a las Administraciones públicas en su artículo 103.1, éstas precisan, lógicamente, de una serie de recursos. Además de medios patrimoniales o financieros, el sector público necesita recursos humanos para atender las necesidades públicas, las Administraciones precisan de personas que presten servicios y desarrollen las políticas públicas al servicio de la colectividad.

Este capital humano está formado por los empleados públicos, trabajadores que prestan sus servicios profesionales retribuidos al servicio de una entidad pública y que pueden estar sometidos a regímenes jurídicos diversos[8].

al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status especifico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos. En virtud de esa sujeción especial, y en virtud de la efectividad que entraña ese sometimiento singular al poder público, el ius puniendi no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autoordenación correspondiente, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas en el seno de la institución».

La potestad disciplinaria «viene a ser la capacidad que ostenta quien dirige la estructura organizativa para castigar las conductas de aquellos que las contravienen, sobre la base de que con ellas eventualmente se puede poner en peligro o llegar a perjudicar la propia consecución de los objetivos que justifican la existencia misma de la organización». Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos», *Documentación Administrativa*, 282, 2009, p. 321.

8 «Trabajador al servicio de una administración o institución pública, ya sea funcionario o contratado». Voz «empleado público» en RAE y CGPJ, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Madrid, Espasa, 2016.

Antes de abordar el régimen disciplinario de los empleados públicos es preciso realizar una serie de apreciaciones sobre la peculiar naturaleza de las organizaciones públicas que ayude a comprender por qué la potestad disciplinaria aplicable a los empleados del sector público excede conceptualmente al régimen disciplinario de los trabajadores de empresas privadas.

Como señala Quintana López, la integración de cualquier sujeto en una estructura organizativa, «*con independencia del tipo de organización de que se trate*, exige su sometimiento a las reglas que regulan»[9].

Así, el ordenamiento jurídico otorga al empleador privado una capacidad de reacción ante los posibles incumplimientos laborales de sus empleados. El trabajador tiene la obligación de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario y éste tiene reconocidas unas funciones de vigilancia, control y sanción de las vulneraciones de las obligaciones laborales por parte de los empleados.

Ello es lógico, los trabajadores asumen una serie de deberes en su contrato de trabajo, sus remuneraciones suponen un coste para la empresa y los eventuales incumplimientos de sus deberes laborales ocasionan un detrimento injusto para los intereses del empleador.

Este perjuicio para los legítimos intereses de la empresa también se produce en las Administraciones cuando los trabajadores públicos incumplen sus obligaciones. Pero este menoscabo en el funcionamiento de la organización no sólo repercute negativamente en el empleador —el sector público en este caso—, sino que, además, a causa de la peculiar naturaleza de las organizaciones públicas, de las específicas necesidades a satisfacer por éstas y de los poderes extraordinarios que el ordenamiento jurídico les atribuye para el logro de sus fines, los incumplimientos de las obligaciones de los trabajadores públicos pueden ocasionar un daño a los intereses generales y un perjuicio para el correcto funcionamiento de los servicios públicos que justifica las peculiaridades del régimen disciplinario de estos empleados. Así, pues «*la condición de empleado público no sólo comporta derechos, sino también una especial responsabilidad y obligaciones específicas para con los ciudadanos, la propia Administración y las necesidades del servicio*»[10].

Al quebrantamiento de los deberes profesionales, que es reprobable en cualquier trabajador, se suma, por tanto, en el caso de los empleados públicos, el daño que un comportamiento ilegítimo ocasiona al correcto funcionamiento de las Administraciones públicas y con ello, al mandato constitucional de objetividad y de «*sometimiento pleno a la ley y al Derecho*»[11] con el que deben funcionar tanto las organizaciones públicas como su personal y sus agentes.

En efecto, el ordenamiento jurídico atribuye a las organizaciones que componen el sector público una serie de privilegios, prerrogativas y potestades exorbitantes para la correcta y eficaz realización de los fines de interés general predefinidos por la ley, y que facultan —y a veces llegan a obligar— a los poderes públicos a imponer su voluntad de manera unilateral

9 Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones...», cit., p. 321. Las cursivas son nuestras.

10 Exposición de Motivos de la derogada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

11 Art. 103,1 CE. *in fine*.

y con carácter ejecutivo[12]. Estas potestades son, por tanto, poderes jurídicos de naturaleza instrumental que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para la satisfacción del interés general.

Señala el profesor Sánchez Morón que el régimen disciplinario de la función pública es una *barrera efectiva* contra los comportamientos inadecuados de los empleados públicos «ya que puede ser aplicado en la realidad, aunque en la práctica tenga esencialmente carácter disuasorio»[13].

En consecuencia, la potestad disciplinaria constituye en cierto modo una garantía jurídica para el administrado, en el sentido de que tutela que el ejercicio de estas potestades exorbitantes que la Ley otorga a los poderes públicos —y que son ejecutadas por sus empleados y agentes— no se desviará del fin legítimo para el que fueron otorgadas y que, en caso de que así fuera, estas actuaciones irregulares o ilegítimas serán reprimidas y sancionadas, en lo que representa una concreción singular del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 de la CE *in fine*)[14].

12 *Cfr.* López Pellicer, J.A., *Lecciones de Derecho administrativo*, vol. I (1), 4.ª ed., Murcia, D.M., 1997, p. 14 y ss.
Estas prerrogativas ostentan un papel central en el ordenamiento jurídico administrativo, hasta el punto de que, para Marcel Hauriou, este poder de la Administración para decidir ejecutivamente e imponerse es el rasgo que define la singular posición de la Administración ante el Derecho.
«*La puissance publique est le pouvoir d'exercer les droits des personnes administratives en vue des services publics en prenant des décisions exécutoires.- La puissance publique est au fond une forme de souveraineté, c'est la souveraineté appliquée à l'administration, c'est-à-dire au fonctionnement des services publics*». Hauriou, M., *Précis de Droit Administratif contenant le Droit Public et el Droit Administratif*, deuxième, Paris, L. Larose & Forcel Éditeurs, 1893, p. 236.
«*En ce sens on peut dire que tous les droits de puissance publique sont entre les mains de l'État inaliénables et imprescriptibles* (…)». *Ibid.*, p. 423.
En un sentido parecido: «Las potestades de la Administración son poderes jurídicos (poderes generales y abstractos) que, dotándola de medios de actuación para crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas, o para mantener o tutelar situaciones jurídicas preexistentes, sólo están a su alcance; es decir, de unos poderes exorbitantes que la caracterizan y dan especificidad al Derecho Administrativo». Fernández Farreres, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2018, sec. IV.

13 «La razón es fácil de explicar, pues, con independencia del desarrollo histórico de una ética personal y colectiva en las democracias más avanzadas, que suele ser reforzada por la formación para el servicio público, y el perfeccionamiento de los mecanismos de control, el funcionario de carrera tiene mucho que perder en aquellos países desarrollados, si se ve envuelto en un caso de corrupción: no solo un puesto de trabajo y su dignidad o imagen pública (su honra, como se decía antes), sino también su carrera y quizá el bien más preciado, que es la garantía de un empleo vitalicio y, al fin y al cabo, no mal retribuido». Sánchez Morón, M., «Los condicionamientos y los márgenes de intervención en la designación de los titulares de los órganos y puestos directivos en las administraciones y entidades del sector público», en Ponce Solé, J., (coord.) *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 27-40.

14 Es oportuno en este punto las controvertidas palabras del profesor Alejandro Nieto, que afirmaba que «el funcionario es un instrumento del poder político y lo que de él pide el Estado (y las demás administraciones y corporaciones públicas) es su sumisión, no su eficacia». Nieto García, A. en el prólogo de Trayter Jiménez, J.M., *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 11.

III. TIPOS DE RESPONSABILIDAD EN LAS QUE PUEDEN INCURRIR LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La infracción de las obligaciones de los empleados públicos puede generar responsabilidad de carácter y naturaleza jurídica muy distinta, dependiendo de los preceptos que se vulneren o del daño que esa conducta ocasione al interés general. Esta responsabilidad puede ser penal, patrimonial o disciplinaria[15]. Dedicamos el presente epígrafe a explicar someramente los dos primeros, enfocando el resto del trabajo al análisis de la responsabilidad disciplinaria.

3.a) Responsabilidad penal:

El Código Penal (CP)[16] considera la condición de *funcionario* como elemento configurador del tipo de algunos delitos en los que la cualidad de autoridad o empleado público resulta fundamental o, incluso, imprescindible para la realización de la infracción penal.

Como cuestión previa, es preciso apuntar que el CP realiza una interpretación amplia del término *funcionario público* —sintagma, por cierto, frecuente en nuestro ordenamiento jurídico pero que no deja de ser un pleonasmo—, entendiendo como tal «*todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas*». Es decir, esta definición excede el concepto de *funcionario de carrera* regulado en el artículo 9 del TREBEP y extiende la cualidad de funcionario, como potencial sujeto responsable de la infracción, a toda aquella persona que desempeñe directa o indirectamente alguna responsabilidad o labor pública. Se trata, por tanto, como afirmaría Andrés Ibáñez[17], de velar por que quien ejerza algún tipo de poder público «lo haga dentro de las reglas».

El artículo 37.1 de la LRJSP señala que «*la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente*».

Pues bien, es reseñable la desaparición del vigente CP la rúbrica «*De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos*» que contenía el antiguo Código[18]. En la actualidad estas infracciones penales se contienen principalmente en el Título XIX del Libro

15 «*Las Administraciones Públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio señalado en el artículo anterior cometidas en el ejercicio de sus funciones y cargos, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*». (Artículo 94.1 del TREBEP).

16 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

17 Andrés Ibáñez, P., «Ética de función de juzgar», *Jueces para la Democracia*, 40, 2001, p. 20. En realidad el autor hace esta reflexión circunscribiéndose a la labor de los jueces, pero estimo que es extensible a todas las personas que ejerzan alguna potestad pública.

18 Título VII del Libro II del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

II del CP, «*Delitos contra la Administración pública*»[19]. Este cambio, en apariencia inocente, supone una declaración de intenciones del legislador, pues el foco del delito pasa desde el responsable de la comisión del delito al bien jurídico protegido, el correcto funcionamiento de la Administración pública[20].

En todo caso, el ordenamiento jurídico encomienda al Derecho penal la sanción de aquellas conductas en las que pueden incurrir los empleados de las Administraciones que, por su singular gravedad y reproche social, son especialmente reprobables (cohecho, tráfico de influencias, prevaricación, etc). Se trata de comportamientos que ocasionan un especial daño al funcionamiento de las organizaciones públicas, erosionan la confianza de los ciudadanos en los poderes públicos y, en consecuencia, producen un quebranto reputacional a la imagen de las Administraciones.

Por último, la condición de *funcionario público,* además de elemento configurador de determinados tipos penales, puede suponer un agravante en otro tipo de infracciones por aplicación del artículo 22.7 del CP: «*Son circunstancias agravantes: (…) Prevalerse del carácter público que tenga el culpable*». Se trata de castigar con mayor severidad a aquellas personas de quienes se espera un comportamiento especialmente íntegro por su condición de servidor público, pero que se valen o aprovechan de esta condición para la comisión del delito, quebrantando de esta forma, como hemos apuntado previamente, la confianza que la sociedad deposita en las instituciones públicas y en sus agentes.

3.b) Responsabilidad patrimonial

EL artículo 106.2 de la CE reconoce el derecho de los ciudadanos, «*a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*». En el contexto de esta responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, el artículo 36 de la LRJSP regula la «*exigencia de la responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*».

Otorga la LRJSP a las Administraciones una acción de repetición, previa indemnización a los lesionados, contra «*sus autoridades y demás personal a su servicio*» por «*la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento*» (artículo 36.2 de la LRJSP). Nótese que para que exista el deber de indemnizar la negligencia del empleado público ha de ser «grave», es decir, la simple torpeza o impericia no es suficiente para generar la obligación de reposición económica del daño.

En todo caso, los empleados públicos cuya actuación dolosa o gravemente negligente haya causado una lesión a los particulares que haya tenido que ser indemnizada por la Administración estarán obligados a restituir el daño causado y a satisfacer a su Administración empleadora el detrimento económico ocasionado.

19 Otras infracciones penales que pueden ser cometidas por empleados públicos se encuentran regulados, por ejemplo, en el Capítulo V del Título XXI del Libro II del CP, «*De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales*».

20 Sobre esta cuestión, Muñoz Conde, F., *Derecho penal: parte general*, 11.ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 828-829.

También deberá responder económicamente aquel empleado público, por los daños y perjuicios causados en los bienes o derechos de la propia Administración «*cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves*» (artículo 36.3 de la LRJSP). Por lo tanto, la Ley impone a la Administración pública la obligación de exigir la indemnización por todo daño y perjuicio que la acción dolosa o gravemente descuidada de sus empleados cause en la esfera económica y patrimonial pública.

No obstante, es ciertamente infrecuente en la *praxis* administrativa cotidiana que las organizaciones públicas exijan esta responsabilidad patrimonial a sus funcionarios o autoridades, pues como señalaba el profesor Nieto, «la Administración es el patrón tolerante por excelencia, cuya ineficacia no tiene consecuencias para nadie»[21].

IV. APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO REGULADO EN EL TEXTO REFUNDIDO DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO AL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES

4.a) Breve excurso sobre la peculiar naturaleza del personal laboral al servicio de la Administración y algunas particularidades de su régimen jurídico

El artículo 8.1 del TREBEP considera empleados públicos a todas aquellas personas que «*desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*». No es correcto, por lo tanto, identificar el concepto de empleado público con el de funcionario, pues la relación profesional que se establece entre el empleado y la Administración puede ser de naturaleza diversa y puede dar lugar a una relación jurídica sometida a regímenes jurídicos distintos.

No procede en este punto examinar con detalle cada una de las diferentes clases de empleados públicos, que pueden reconducirse a los efectos que nos ocupan a dos categorías principales: funcionarios y personal laboral. El personal funcionario adquiere esa condición en virtud de nombramiento y su vinculación con la Administración pública se somete al Derecho administrativo y el personal laboral lo es en virtud de la formalización de un contrato de trabajo con una entidad pública y su régimen jurídico se somete, con las excepciones y matices de rigor, al Derecho laboral.

21 Nieto García, A., *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel España, 1984, p. 106 y ss.

El concepto de empleado laboral público no está exento de controversia. El Estatuto Básico del Empleado Público, que define con cierto detalle el resto de las figuras del empleo público sometidas al Derecho administrativo (funcionarios de carrera, interinos o personal eventual, artículos 9, 10 y 12 del TREBEP), es mucho más parco a la hora de concretar el significado y la naturaleza del empleado laboral (artículo 11 del TREBEP). De este artículo, que no ha sido alterado en la parte a la que nos estamos refiriendo tras las últimas modificaciones normativas en materia de estabilización de empleo[22], se deduce que el personal laboral de la Administración es «es aquel tipo de empleado público que suscribe un contrato de trabajo y presta servicios voluntarios y retribuidos con la Administración» al servicio de los intereses generales[23].

La figura central del empleo público es, al menos en su origen, la del funcionario, mientras que la contratación laboral en la Administración se concibió, también en su origen, como algo excepcional para la satisfacción de necesidades de contratación especiales y puntuales. Sin embargo, lejos de ser residual, el personal laboral público es hoy mayoritario en algunas Administraciones, como la local, y muy numeroso en las Administraciones autonómicas[24].

Esta expansión de la contratación laboral por parte de las Administraciones es una de las patologías de la función pública, en la que conviven empleados sometidos a diversos regímenes jurídicos[25]. Y ello a pesar de que el desempeño directo o indirecto de las funciones propia-

22 Especialmente, el Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público y la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público. Estas normas sí han introducido modificaciones en el precitado artículo 11 del TREBEP, pero no han modificado la parca definición del concepto de personal laboral que incluye la norma, por lo que ha regulado la estabilización del empleo público partiendo de las categorías jurídicas reguladas previamente.

23 Boltaina Bosch, X., «La clasificación de los empleados públicos tras la ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo», *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, 8, 2022, p. 84.

24 *Cfr*. Boltaina Bosch, X., «La Ley 20/2021 de estabilización del empleo temporal y el personal laboral de la Administración Local. Su interrelación con el RD-Ley 32/2021 de reforma laboral», *El Consultor de los Ayuntamientos,* vol. extra (no II), 2022, sec. II.

25 El régimen propio del empleo público es el modelo funcionarial, admitiéndose la contratación laboral en la función pública con carácter secundario y extraordinario. (Sobre esta cuestión, Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., «La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración», El Consultor de los Ayuntamientos, 17, 2017, sec.I). Así lo ha manifestado el propio Tribunal Constitucional, en Sentencia de 13 de mayo de 2009 (Rec. 562/2005), al exponer que «*por lo que hace a los puestos de trabajo de la Administración, la regla general es el estatuto funcionarial y lo excepcional el régimen laboral*».

Existió al respecto, incluso, cierta controversia doctrinal sobre la constitucionalidad de esta dualidad de regímenes jurídicos del personal al servicio de las Administraciones, pues la Constitución no contempla expresamente la contratación laboral de empleados públicos. (*Vid. v. gr*. Chaves García, J.R. y Quesada Soler, B., «La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración», cit. y Sospedra Navas, J., «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local*», QDL Fundación Democracia y Gobierno Local,* 15, 2007, pp. 63-76.

La naturaleza de la contratación laboral es, por tanto y en principio, ajena al Derecho administrativo, si bien algunas de sus características han venido resultando atractivas para la provisión de puestos de trabajo públicos por su flexibilidad y agilidad. No obstante, que un régimen jurídico de

mente administrativas que supongan el ejercicio de potestades y prerrogativas públicas solamente pueden ser desempeñadas por funcionarios, *ex* artículo 9.2 del TREBEP[26], mientras que por puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por empleados público laborales habrán de ser determinados por las leyes de función públicas que se dicten en desarrollo del TREBEP, «*respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2*»[27].

*La Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Públic*o, en su Informe de 25 de abril de 2005, tilda este abuso de la figura del contrato laboral en la Administración de «privatización» de las relaciones de empleo público, que tendría su explicación en la conveniencia «de eludir el rigor de las normas que regulan la función pública, sobre todo en aspectos relativos al acceso al empleo público, a la carrera profesional, a la asignación de tareas, a la movilidad y al régimen de retribuciones»[28].

Esta dualidad de regímenes jurídicos ha sido respaldada por el Tribunal Constitucional, afirmando que resulta legítimo el distinto tratamiento legal de ambos tipos de empleados públicos. Así la STC n.º 99/1987, de 11 de junio, se expresa en su F.º J.º 6.º d), y en la parte que interesa, con el siguiente tenor literal:

> *«Se dice que (…) la Ley introduce una discriminación no justificada entre funcionarios públicos y personal sometido al Derecho laboral. Se puede decir, en efecto, que se da una diferencia de trato legislativo, que no resulta arbitraria. Se trata de regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, es decir, uno estatutario y otro laboral, puesto que no son los mismos los derechos y deberes de uno y otro personal y es razonable esa distinción ya que, como se dijo en la STC 57/1982, fundamento jurídico 9.º, la igualdad de trato de funcionarios y trabajadores no se infiere de la Constitución y de ello es prueba la también distinta regulación y previsión constitucional, cuyo art. 35.2 remite al Estatuto de los Trabajadores y el 103.3 al Estatuto de los Funcionarios, lo que justifica «las regulaciones diferenciadas, que no parecen irrazonables». Si la distinción entre ambos regímenes es una opción constitucionalmente lícita del legislador, también lo será la diferencia en los elementos configuradores de los mismos, no justificándose por ello la sospecha de arbitrariedad».*

---

contratación de empleados públicos accesorio se haya convertido en mayoritario en determinadas Administraciones supone una patología, una perversión que ha permitido que la excepción de convierta en norma.

Una de las consecuencias de esta situación anómala es que, en muchas ocasiones, «que no son precisamente excepcionales, no se adoptan las garantías exigibles de igualdad entre los candidatos. (…) se está poniendo en cuestión el sistema de garantías en relación con el acceso al empleo público». Quintans García, J. «La contratación laboral en las Administraciones públicas», *QDL Fundación Democracia y Gobierno Local,* 24, 2010, pp. 75-100.

26 *«En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca».*

27 Artículo 11.2 del TREBEP.

28 Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público de 25 de abril de 2005, p. 19.

A pesar de que el artículo 11.1 del TREBEP remite a la legislación laboral para la configuración de la figura del trabajador laboral en el sector público[29], la especial naturaleza del empleador y de las funciones que el trabajador desempeña (al servicio del interés general), ha ocasionado un debate doctrinal sobre si nos encontramos ante una relación laboral ordinaria o si se trata de una relación laboral especial. El legislador de 2007 vino a zanjar la cuestión de forma salomónica, al venir a definirlo como un *tertium genus*[30], afirmando en la exposición de motivos del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo EBEP 2007)[31] que nos encontramos ante una relación sometida en sus características básicas a la legislación laboral, pero con ciertas especialidades que la aproximan conceptualmente a la relación funcionarial:

> *«Esta dualidad de regímenes, presente también con unas u otras peculiaridades en la mayoría de los Estados europeos, suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto. Es más, como la experiencia demuestra y la jurisprudencia de los Tribunales subraya, la relación laboral de empleo público está sujeta a ciertas especificidades y por eso algunos principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades, vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y al laboral. Más aun, la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan. Por eso, sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, conviene regular en el mismo texto legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El presente Estatuto contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7.ª de la Constitución»*[32].

Así lo entiende el vigente TREBEP que somete al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas al Estatuto de los Trabajadores, pero con las particularidades que el propio Estatuto Básico del Empleado Público establezca expresamente: «*El personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan*» (artículo 7.1 del TREBEP).

Efectivamente, al margen de las peculiaridades en el acceso o el régimen de incompatibilidades que mencionaba la Exposición de Motivos del derogado EBEP 2007 previamente

29 «Es personal laboral el que, en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, *en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral*, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.» Las cursivas son nuestras.

30 *Vid*. Boltaina Bosch, X., «La clasificación de los empleados públicos tras la ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo», cit., p. 85.

31 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

32 Exposición de Motivos de la derogada Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

transcrita, encontramos otras excepciones o particularidades del régimen jurídico al que se somete el personal laboral de las Administraciones públicas. A título meramente ilustrativo podemos señalar las siguientes:

En función de la duración del contrato éste podrá ser «*fijo, por tiempo indefinido o temporal*»; (artículo 11.1 del TREBEP). Es decir, el TREBEP recoge la creación jurisprudencial del «personal laboral indefinido no fijo», una figura que se encuentra, en palabras de Boltaina, «a medio camino de entre las sombras y la nada»[33]. Se trata de una figura híbrida, distinta de la del trabajador temporal y de la del fijo, pero con elementos de ambas. El Estatuto Básico recoge normativamente, pues, y da carta de naturaleza (sin definirla, por cierto) a una figura creada por la jurisprudencia[34].

En materia de permisos de nacimiento, adopción, del progenitor diferente de la madre biológica y lactancia, el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se regirá por lo previsto en el TREBEP, «*no siendo de aplicación a este personal, por tanto, las previsiones del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores sobre las suspensiones de los contratos de trabajo que, en su caso, corresponderían por los mismos supuestos de hecho*»; (artículo 7 del TREBEP, 2.º párrafo).

> *«Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente ley de presupuestos»;* (artículo 21.1. del TREBEP).

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el TREBEP y por sus normas de desarrollo; (artículo 47bis.5 del TREBEP).

Pues bien, en el régimen disciplinario encontramos otra de esas excepciones a la aplicabilidad general de las normas del Derecho del trabajo al personal laboral de las Administraciones públicas.

33 «(…) nacido de la jurisprudencia española de 1996, consolidado por las dos importantes sentencias del Tribunal Supremo SSTS 20 y 21 de enero de 1998 y que ha llegado hasta nuestros días, si bien con un elevado grado de conflictividad, pues a 2022 se critica abiertamente su existencia a través de cuestiones prejudiciales de jueces y de Tribunales Superiores de Justicia ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), por lo que al escribir estas líneas hay una incógnita sobre su pervivencia jurídica en el futuro». (…) «Muy posiblemente la primera sentencia del Tribunal Supremo es de 7 de octubre de 1996, seguida de diversas sentencias que, sin profundizar sobre la cuestión, acogieron esta nueva teoría. La confirmación más clara y con un debate más profundo acontece con las dos SSTS de 20 y 21 de enero de 1998, con unos muy interesantes votos particulares contrarios al nuevo criterio». Boltaina Bosch, X., «La clasificación de los empleados públicos tras la ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo», cit., pp. 81-82.

34 Acerca de esta cuestión, se sugiere la lectura de Rodríguez Alcázar, J. I., «Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 391, 2015.

4.b) Aplicabilidad del régimen disciplinario establecido en el Estatuto Básico del Empleado Público al personal laboral de las Administraciones públicas. La relación de especial sujeción de todos los empleados públicos

En efecto, artículo 94.1 del TREBEP establece que tanto los funcionarios públicos como el personal laboral al servicio de las Administraciones quedan sujetos al régimen disciplinario establecido en ese Estatuto Básico, así como en las normas que las leyes de Función Pública dicten en desarrollo del mismo.

Esta equiparación formal del régimen disciplinario aplicable a ambos tipos de empleados públicos pone de manifiesto que lo esencial es la relación de especial sujeción con la Administración que todos los empleados públicos comparten y no el particular régimen jurídico al que se sometan sus respectivas relaciones profesionales con el ente público empleador. De esta forma, como venimos insistiendo, esta especial sujeción o dependencia es el elemento definitorio y justificativo de la potestad disciplinaria de la Administración, «que es la que la Administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización»[35].

No obstante, a pesar de que las normas contenidas en el Título VII del TREBEP son de aplicación tanto al personal funcionario como al laboral, éstas son dictadas en aplicación de dos títulos competenciales distintos. El régimen disciplinario de los funcionarios forma parte del «estatuto de los funcionarios públicos» para lo que el artículo 103.3 de la CE establece una reserva de Ley y el artículo 149.1.18.ª de la Carta Magna atribuye al Estado la competencia del establecimiento de las bases de su régimen jurídico. El régimen disciplinario del personal laboral, sin embargo, se dicta en aplicación de la competencia sobre la totalidad de la legislación laboral que el artículo 149.7 de la CE atribuye al Estado.

Ambos títulos competenciales ostentan un alcance distinto —cuestión ésta, no menor—, siendo el aplicable a los funcionarios de extensión más limitada que el de los empleados sometidos a la legislación laboral. El artículo 149.1.18.ª de la CE otorga al Estado la competencia de regular las bases del régimen disciplinario de los funcionarios como parte de su estatuto jurídico. Por esta causa, el desarrollo normativo de estas bases, una vez son éstas establecidas por el Estado en el TREBEP, puede corresponder a las comunidades autónomas. Sin embargo, la competencia estatal del artículo 149.7 de la CE no se circunscribe al establecimiento de las bases de su regulación, sino de toda la legislación, correspondiendo a las comunidades autónomas solamente su ejecución. De esta forma, «el legislador estatal ha utilizado títulos competenciales de distinto alcance —bases del régimen estatutario de los

35 García De Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. II, p. 171.
STS de 30 de marzo de 2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, (Sentencia 548/2017, Rec. 3300/2015), F.º J.º 9.º:«*Pero es que, además, no podemos desconocer que estamos ante una relación de especial sujeción, es decir, que el administrado, en este caso los funcionarios, se encuentran incluidos en una organización administrativa, respecto de la cual tienen una situación de dependencia mayor que la que se produce en las relaciones de sujeción general*».

funcionarios y legislación laboral— para establecer un régimen disciplinario común a funcionarios y empleados laborales de las Administraciones públicas»[36].

En todo caso, aunque queda fuera de toda duda la aplicabilidad del Título VII del TREBEP al personal laboral de la Administración, la aplicación del desarrollo autonómico del mismo podría suponer una extralimitación del régimen de reparto competencial establecido en el artículo 149 de la CE al que nos acabamos de referir. De este modo, el artículo 95.3 del TREBEP señala que el régimen disciplinario del personal laboral «*se regirá, en lo no previsto en el presente título, por la legislación laboral*». Así, el régimen sancionador común se completa con un desarrollo normativo divergente, pero respetuoso con la distribución competencial establecido en por el constituyente en el Título VIII de la CE.

La voluntad del legislador de hacer converger ambos regímenes jurídicos desde la perspectiva común de la semejante sujeción especial con la Administración de la que ambos participan parece, sin duda, acertada. Ambos regímenes comparten, en efecto, una serie de principios y una regulación mínima común. No obstante, al quedar supeditada la regulación de gran parte de las cuestiones centrales de la cuestión (como, por ejemplo, el procedimiento disciplinario, *ex* artículo 98.2 del TREBEP[37]) a un ulterior desarrollo normativo que, en gran parte aún no ha ocurrido, esta voluntad unificadora del legislador ha quedado en gran parte frustrada hasta el momento.

La exposición de motivos del EBEP 2007 afirmaba, en cuanto al régimen disciplinario, que «el *Estatuto, de conformidad con su carácter básico, se limita a ordenar los principios a que debe someterse el ejercicio de esta potestad pública respecto de los empleados públicos, (…). Por lo demás se remite ampliamente a la legislación que, en su desarrollo, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias*». Por su parte, la disposición final cuarta del vigente TREBEP determina en su apartado segundo que «*Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto*».

En lo que respecta a los trabajadores laborales de la Administración, habrá que acudir, en cuanto el desarrollo normativo de su régimen disciplinario, al sistema de fuentes propio del Derecho laboral y muy especialmente, en consecuencia, a lo que disponga en esta materia el legislador estatal, singularmente en el Estatuto de los Trabajadores y en lo que se acuerde en los convenios colectivos.

36 «No obstante, esto que podía ser considerado como una disfunción del sistema en realidad no lo es, pues la integración normativa del régimen laboral en general a partir de la legislación estatal se debe realizar no por las comunidades autónomas, para lo que carecen de competencia en la materia, sino, mediante convenio, por los interlocutores sociales». Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones...», cit., p. 331.

37 *«El procedimiento disciplinario que se establezca en el desarrollo de este Estatuto se estructurará atendiendo a los principios de eficacia, celeridad y economía procesal, con pleno respeto a los derechos y garantías de defensa del presunto responsable. En el procedimiento quedará establecida la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándose a órganos distintos».* (Artículo 28.2 del TREBEP).

V. LOS DEBERES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS. EL CÓDIGO DE CONDUCTA

Las obligaciones que han de cumplir los empleados públicos en el desarrollo de sus funciones se encuentran en el centro de la potestad disciplinaria de la Administración, pues es su incumplimiento lo que, en definitiva, se sanciona.

Esta potestad se define, volvemos a ello, como «un sistema jurídico conducente a sancionar o castigar determinadas conductas del personal funcionario de las administraciones públicas que constituyen *incumplimiento de los deberes y obligaciones* que a éstos les corresponden en razón de la relación de servicios con la finalidad de preservar y obtener el correcto funcionamiento de la organización administrativa»[38].

Pues bien, el capítulo VI del Título III del TREBEP establece un código de conducta, también común al personal funcionario y al laboral, que constituye el núcleo de los deberes de los empleados de las Administraciones en el ejercicio de su labor profesional y que «*informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos*»[39].

Este código de conducta contenido en el TREBEP es una novedad en nuestro Derecho positivo. «*Por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias (…). Este, el servicio público, se asienta sobre un conjunto de valores propios, sobre una específica «cultura» de lo público que, lejos de ser incompatible con las demandas de mayor eficiencia y productividad, es preciso mantener y tutelar, hoy como ayer*»[40].

De esta forma, el artículo 52 del TREBEP señala que los empleados públicos «*deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental, y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes (…)*».

Este catálogo de deberes —completado por los artículos 53 y 54 del TREBEP, que recogen una serie de principios éticos y de conducta, como veremos brevemente *ut infra*— precisará, sin embargo, en virtud del principio de tipicidad, de una regulación concreta y exacta de las conductas de los empleados públicos susceptibles de constituir infracción administrativa,

38 Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Iustel, 2005, p. 1271. Las cursivas son nuestras.

39 Artículo 52 *in fine* del TREBEP.

40 Exposición de Motivos del EBEP 2007.

pues los deberes descritos en este capítulo adolecen de un carácter excesivamente vago. El Tribunal Constitucional viene negando, como no puede ser de otra manera, la posibilidad de imponer sanciones disciplinaras sobre la base de un tipo legal genérico como el «incumplimiento de los deberes de los empleados públicos»[41].

Así, la STC 182/1990, de 15 de noviembre afirma tajantemente que el art. 25.1 de la Constitución no tolera «*la aplicación analógica in peius de las normas penales y exigen su aplicación rigurosa, de manera que sólo se pueda anudar la sanción prevista a conductas que reúnan todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta doctrina, que ahora procede reiterar, es sin duda aplicable a las infracciones y sanciones administrativas, pues a ellas se refiere también expresamente el art. 25.1 de la Constitución*»[42].

41 En relación con esta cuestión, resulta ilustrativa la Sentencia del TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2.ª, Sentencia 432/2020 de 28 de septiembre de 2020 (Rec. 24/2020), que, en su F.º J.º 6 afirma lo siguiente:
«*El principio de tipicidad es de plena vigencia en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, y, como señala la sentencia del TSJ de Madrid de 26 de abril de 2013, el principio de legalidad de las sanciones e infracciones está recogido en el art. 25.1 de la Constitución que establece que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente. (…)). El Tribunal Supremo ha venido indicando, en reiteradas ocasiones, que la tipicidad, como manifestación del principio de legalidad del art. 25.1 de la Constitución, requiere que el acto u omisión se halle claramente definido como falta o infracción, a fin de que a través de la exclusión de fórmulas abiertas, quede la seguridad jurídica salvaguardada, sin que ello quiera significar que no se admitan tipos genéricos, siempre que sea posible llenar el vacío legal o disipar la duda recurriendo a otra norma o valiéndose de ella, sin que la subsunción errónea de los hechos en un tipo distinto pueda configurar un defecto afectante a la legalidad intrínseca (STS de 24 de Noviembre de 1986).*
En materia sancionadora rige el principio de legalidad material, en su vertiente tipificadora, y es necesaria la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables. Y el principio de legalidad lleva consigo la prohibición de las interpretaciones analógicas o la aplicación del instituto jurídico de la «analogía» en perjuicio del autor, pues aun cuando dicho principio sufra una gran modulación cuando se trata de infracciones administrativas, tal margen tiene unos límites inexorables, y no cabe aplicar en dicho ámbito la interpretación extensiva o analógica de la norma y la posibilidad de sancionar con una sanción diferente a la que la norma contempla. Sólo así se garantiza la seguridad jurídica y la aplicación de la «Lex certa».
El Tribunal Supremo establece que si bien el principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador no puede venir entendido con la rigidez que le es propia en el Derecho Penal, sí exige como mínimo la necesidad de que la acción u omisión protagonizada se hallen claramente definidos como transgresiones, y que exista una perfecta adecuación con las circunstancias objetivas y personales, determinantes de la ilicitud, por una parte, y de la imputabilidad, por la otra, al objeto de configurar con exactitud la conducta del sujeto con el tipo definido por la norma que se estima conculcada; por lo que debe rechazarse cualquier tipo de interpretación extensiva, analógica o inductiva, e igualmente la posibilidad de sancionar un supuesto diferente del que la norma contempla».
Sobre esta cuestión, *v et*. García De Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. II, p. 173.

42 Esta Sentencia confirma la doctrina establecida previamente por la STC 75/1984, de 27 de junio.

En consecuencia, estos deberes de buena conducta y principios éticos informarán la interpretación del catálogo de infracciones o faltas disciplinarias tipificado en el artículo 95 del TREBEP, pero no pueden servir como extensión del mismo por analogía a otras conductas no tipificadas de forma expresa.

Tras los principios básicos contenidos en el artículo 52 del TREBEP, los artículos 53 y 54 de esta norma recogen los denominados «principios éticos» y «principios de conducta» respectivamente. La inclusión de los deberes en uno u otro grupo es fruto, con frecuencia, de un convencionalismo[43] y algunos son recogidos de forma reiterada y, en cierto modo asistemática[44]. Se trata de obligaciones de muy diverso tipo, que abarcan tanto deberes de actuación profesional, obligaciones relacionadas con el trato a los ciudadanos o deberes de relación con los superiores, compañeros o subordinados[45].

A este respecto, hay que recordar que algunos de estos deberes, en especial aquellos relativos a la relación con los administrados, conllevan el reconocimiento de un correlativo derecho subjetivo a los ciudadanos. Así, por ejemplo, el artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) reconoce el derecho de todas las personas a ser tratadas con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, o el derecho a exigir responsabilidades de las Administraciones Públicas y autoridades, cuando así corresponda legalmente. En relación con esto último, el artículo 53.1.b) de la misma norma proclama el derecho de los interesados a «*identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos*».

De esta forma, los preceptos mencionados recogen una serie de obligaciones de los empleados públicos y de derechos subjetivos de los ciudadanos que suponen, a juicio de quien suscribe estas líneas, una concreción del principio de buena administración en el ámbito de la función pública y de la actuación de los servidores públicos.

Desde este punto de vista, el establecimiento de unas normas de conducta de naturaleza fundamentalmente ética, que buscan garantizar el comportamiento correcto y honesto de autoridades y empleados públicos, supone una garantía, en última instancia, de objetividad en el proceder del sector público en su servicio a los intereses generales. Un comportamiento excesivamente discrecional de los responsables públicos es sinónimo de *mala administración*[46].

43 *Vid*. Gárate Castro, F. J., «Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico: algunos elementos para comprender y valorar su regulación», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 2, 2008, sec. 2.3

44 Por ejemplo, el deber de diligencia se menciona, con una u otra dicción literal en cada uno de los tres artículos mencionados.

45 *Cfr*. Romero Alonso, L., «La inadecuada regulación procedimental del régimen disciplinario de los empleados públicos en la Administración pública local», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, 11, 2020, sec. 3.1.

46 «La mala administración puede ser entendida (…) como el antagónico de la buena administración, el negativo de este concepto, su contrapuesto, que precisamente por serlo, revela, al ponerlo al trasluz la existencia de ese deber de buena administración». Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho el procedimiento administrativo debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001, p. 134. «(…) *buena administración* y *mala administración*, señalan las dos caras que puede presentar el quehacer administrativo (público); son, por tanto, la faz positiva y la faz negativa, respectivamente,

En palabras de Ponce Solé, «no nos debiera bastar ya con que la actuación pública no sea arbitraria; es posible exigir además que respete el derecho a una buena administración que posibilite la calidad de la gestión»[47].

Este derecho a la buena administración no se menciona expresamente en nuestra Carta Magna, pero es consagrado por el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea[48], que establece la obligación de las Administraciones europeas a proceder con objetividad. El derecho a que los asuntos particulares sean tratados por las instituciones públicas imparcial y equitativamente «y dentro de un plazo razonable» constituye el eje sobre el que pivota este principio.

VI. LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El capítulo V del Título Preliminar de la LRJSP regula los principios de la potestad sancionadora de la Administración[49]. EL TREBEP, por su parte, en su artículo 94.2 establece los principios conforme a los que debe ejercerse la potestad disciplinaria. Lógicamente, unos y otros guardan una estrecha identificación, siendo los segundos una singularización de los primeros en el ámbito sancionador interno de las Administraciones públicas en el contexto de la relación de especial sujeción que sus empleados tienen con estas.

---

de ese fenómeno. (…) estaríamos frente a una expresión de *mala administración* cuando, en su actuación, la Administración Pública se aparta, en la medida que fuere, de esas reglas, principios y valores, y sus fines no son rectamente cumplidos». Matilla Correa, A., *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 198.

47 Ponce Solé, J., «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época*, n.º 11, enero-junio 2014, secc. 6.

48 «Desde luego no estamos ante un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución, pero sí ante un derecho fundamental reconocido en una norma con el rango de Tratado constitutivo, nuestra Constitución recoge el principio de interdicción de la arbitrariedad, no el derecho fundamental a la buena administración». González de Lara Mingo, S., «El derecho fundamental a la buena administración», *Actualidad administrativa*, vol. 7, 2021, sec. II.

49 Como se viene señalando, los principios de la potestad sancionadora administrativa derivan, con ciertos matices de los principios tradicionales del Derecho penal. También aquellos de naturaleza formal o procedimental : «*Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional*». F.º J.º 2.º STC 18/1981, de 8 de junio.

Pasamos a enumerar y a analizar someramente los principios de la potestad disciplinaria recogidos en el TREBEP:

Principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones, a través de la predeterminación normativa o, en el caso del personal laboral, de los convenios colectivos

Este principio, que en realidad refunde dos similares, pero distintos, goza de un doble anclaje constitucional. En primer lugar, la actuación de las Administraciones públicas se encuentra sometida, con carácter general, al principio de legalidad. El artículo 103.1 de la CE exige que la actuación administrativa se someta plenamente a la ley y al Derecho.

En segundo lugar, el artículo 25.1 de la CE establece que «*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*».

Ello entraña, según nuestra doctrina constitucional una garantía doble, material y formal. La primera de ellas exige la predeterminación normativa de infracciones y sanciones. La garantía formal se refiere al rango normativo que deben tener las normas tipificadoras de las infracciones y reguladoras de las sanciones[50].

En relación con la predeterminación normativa, el TREBEP clasifica las faltas disciplinarias en muy graves, graves y leves (artículo 95.1)[51].

No obstante, el TREBEP sólo tipifica expresamente las infracciones muy graves (artículo 95.2). Por tanto y como consecuencia del carácter básico de este precepto, este tipo de infracciones son susceptibles de ser cometidas tanto por funcionarios como por el personal laboral.

50 Así, la STC 42/1987, de 7 de abril, en su F.º J.º 2.º: «*El art. 25.1 de la Constitución prescribe que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término «legislación vigente» contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora*».

51 La LPAC, por su parte, recoge a lo largo de su articulado una serie de vulneraciones de garantías formales del administrado en el seno del procedimiento administrativo que pueden dar lugar a responsabilidad disciplinaria del funcionario encargado de la tramitación. Así, el incumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo (artículo 21.6); no guardar el orden riguroso de incoación en el despacho de los expedientes en asuntos de homogénea naturaleza (artículo 94.3); o incurrir en defectos de tramitación, especialmente, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva (artículo 76.2 de la LPAC).

En cuanto a la tipificación de las faltas graves, el apartado tercero del precitado artículo 95 del TREBEP encomienda esta tarea a las Cortes Generales y a las Asambleas legislativas de las comunidades autónomas, que habrán de concretar estas infracciones graves mediante normas con rango de ley. No obstante y, principalmente, por las razones expuestas *ut supra*, en relación con el artículo 149.7.º de la CE, el legislador establece que en el caso del personal laboral, las infracciones graves habrán de ser determinadas en los convenios colectivos. Ofrece el artículo 95.3 del TREBEP, con la finalidad de reducir la discrecionalidad de los operadores jurídicos encargados de la determinación de estas faltas, una serie de criterios a los que habrá de atener la normativa de desarrollo o los instrumentos de negociación colectiva para la tipificación de las infracciones graves (el grado en que se haya vulnerado la legalidad, la gravedad de los daños causados al interés público, patrimonio o bienes de la Administración o de los ciudadanos o el descrédito para la imagen pública de la Administración).

El artículo 95.4 del TREBEP señala que las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo determinarán el régimen aplicable a las faltas leves, atendiendo a las circunstancias señaladas. No alude sin embargo en este punto la Ley a los convenios colectivos, lo que ha de ser necesariamente un error del legislador[52], pues no tendría sentido que mediante convenio colectivo puedan tipificarse las faltas graves, pero las infracciones leves que pueden ser cometidas por el personal laboral deban ser determinadas mediante leyes, que además habrían de ser necesariamente estatales por aplicación del repetidamente mencionado artículo 149.7 de la CE.

En todo caso, esta remisión a la normativa de desarrollo para la tipificación de las infracciones graves y leves ha creado un aparente vacío legal en lo que respecta a la sanción de ese tipo de conductas. Esta cuestión ha sido aclarada por el Tribunal Supremo que ha fijado como doctrina que, hasta tanto no se aprueben las referidas normas de desarrollo, resulta aplicable determinada normativa reglamentaria anterior al TREBEP[53].

En cuanto a las sanciones, éstas vienen determinadas en el artículo 96.1 del TREBEP, aunque se trata de una enumeración abierta que admite expresamente «cualquier otra» sanción siempre que venga establecida por una norma con rango legal (artículo 96.1.g).

Este artículo recoge una serie de sanciones a los funcionarios que cuentan ya con una dilatada tradición en nuestro Derecho, como la separación del servicio (que en el caso de los

52 Así opina también, por ejemplo, Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones...», cit., p. 336.

53 La STS de 30 de marzo de 2017, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, (Sentencia 548/2017, Rec. 3300/2015) establece que su fallo que «*se fija como doctrina legal que «La aplicación de los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3 º, 95 apartados 3 º y 4.º, Disposición Derogatoria Única, apartado g) y Disposición Final Cuarta, apartado 3.º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública*».

funcionarios interinos comportará la revocación de su nombramiento, y que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves), la suspensión firme de funciones (con una duración máxima de seis años) o el apercibimiento.

Más novedosas son las figuras del demérito (que consiste en la penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria) o del traslado forzoso con o sin cambio de localidad de residencia.

Es también destacable que, al margen del TREBEP, el artículo 71.2 de la LPAC prevea la remoción del puesto de trabajo, «en su caso», de aquel empleado público que no guarde el riguroso orden de incoación en el despacho de los expedientes de análoga naturaleza.

Específicamente en relación con el personal laboral, se prevé el despido disciplinario (que sólo podrá sancionar la comisión de faltas muy graves y comportará la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaban) y la suspensión firme de empleo y sueldo (también con una duración máxima de seis años).

Resulta reseñable la previsión contenida en el artículo 96.2 del TREBEP, que impone la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente, lo que excluye, en consecuencia, la eventual indemnización que sí acepta el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores[54].

Finalmente, el Estatuto Básico del Empleado Público rebaja los plazos de prescripción tanto de las infracciones como de las sanciones. «*Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año*»; (artículo 97 del TREBEP).

Principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y de retroactividad de las favorables al presunto infractor

Este doble principio viene a establecer que siempre debe aplicarse la normativa más favorable para el presunto infractor. La irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables tiene claro acomodo constitucional en el artículo 9.3 de la CE, que la menciona expresamente. La retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, sin embargo, no disfruta de consagración explícita en nuestra Constitución, si bien su admisibilidad ha sido siempre pacífica. En primer lugar, porque no reconocerla podría llevar a la perversión jurídica de castigar de forma diferente dos conductas idénticas[55] y, en segundo lugar, porque el Tribunal Constitucional interpretó muy tempranamente (STC 8/1981, de 30 de marzo) que *contrario sensu* el artículo 9.3 de la CE consagra también la retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables[56].

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

55 *Cfr*. Nieto García, A., *Derecho Administrativo sancionador*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos, 2005, p. 244.

56 F.º J.º 3.º de la precitada STC 8/1981, de 30 de marzo: «*El problema de la retroactividad e irretroactividad de la Ley penal (en realidad, no sólo de ella, sino también de otras disposiciones sancionadoras, aunque sólo a aquélla y no a todas éstas van dirigidas las consideraciones presentes) viene regulado por nuestra Constitución en su art. 9.3, donde se garantiza la irretroactivi-*

De esta forma, se recibe en el Derecho administrativo sancionador, por aplicación analógica de los principios del Derecho penal, el principio de la retroactividad de las disposiciones favorables[57]. Así, el artículo 26.2 de la LRJSP establece que las disposiciones administrativas sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor. Este alcance favorable no afecta solamente a la tipificación de la infracción, sino que es también aplicable a la sanción y a la prescripción de ambas, «*incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición*».

Principio de proporcionalidad, aplicable tanto a la clasificación de las infracciones y sanciones como a su aplicación

Proporcionalidad implica correlación. De esta forma, este principio obliga a realizar una valoración ponderada entre la gravedad de la infracción cometida y la dureza de la pena que se impone, de tal forma que exista correspondencia y simetría entre ambas.

La obligación de proporcionalidad ha de ser respetada tanto en el momento de la determinación y tipificación de las faltas disciplinarias y de las sanciones, como en el de la interpretación y aplicación de las normas sancionadoras, de tal forma que este principio constituye «un límite a la libertad del legislador y a la discrecionalidad, en su caso a la hora de regular faltas y sanciones»[58]. Supone también un criterio reductor de la discrecionalidad de los órganos competentes para la imposición de las sanciones administrativas, ya sea la propia Administración pública o los tribunales cuando ejerzan el control correspondiente.

En este sentido, señala el artículo 29.3 de la LRJSP que «*en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción*». A renglón seguido este precepto ofrece los criterios interpretativos a seguir para determinar la proporcionalidad en el régimen sancionador administrativo: el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad; la continuidad o persistencia en la conducta infractora; la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, entendiéndose por tal la «*comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa*».

---

dad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». Interpretando a contrario sensu este precepto puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, principio que ya estaba recogido y puntualmente regulado en cuanto a su alcance en el art. 24 del Código Penal que, lejos de oponerse a la Constitución y haber sido derogado por ella, resulta fortalecido por la interpretación del citado art. 9.3. Sin embargo, ni el art. 9.3 —cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial al legislador— ni, por supuesto, el art. 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el art. 53.2 de la misma».

57 «(…) *tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena*»; (artículo 2.2 del CP).

58 Romero Alonso, L., «La inadecuada regulación procedimental del régimen disciplinario…», cit., sec. 2.c).

Algunos de los criterios que el legislador proporciona para ponderar la gravedad de las conductas son ciertamente indeterminados (grado de culpabilidad, naturaleza de los perjuicios causados…), lo que en ocasiones obliga al operador jurídico encargado que realizar la valoración a llevar a cabo un especial esfuerzo valorativo para no caer en la discrecionalidad. Por esta causa, como recurso controlador de la discrecionalidad administrativa, el artículo 35.1.h) de la LPAC exige que tanto las propuestas de resolución como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador (también, por tanto, los de carácter disciplinario), han de ser motivados, «*con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho*».

Principio de culpabilidad

A los empleados públicos, tanto funcionarios como trabajadores laborales, sólo se les podrá considerar responsables de una falta disciplinaria cuando hayan actuado con dolo negligencia o falta de diligencia. Una vez apreciada la responsabilidad será de aplicación el principio de proporcionalidad previamente referido para determinar la gravedad de la conducta.

Esa responsabilidad disciplinaria —que el TREBEP atribuye expresamente, insistimos, tanto a funcionarios como a personal laboral— no alcanza sólo a los autores de la conducta sancionable, pues la norma extiende aquella responsabilidad a inductores y encubridores de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria (apartados 2 y 3 del artículo 93).

Los inductores incurrirán en la misma responsabilidad que los autores de la falta, sea cual sea la gravedad de la misma. Sin embargo, nada dice la norma sobre la responsabilidad en la que incurren los encubridores. Es cierto que el precepto comienza con el término «igualmente», por lo que pudiera parecer que el legislador pretende extender, en los mismos términos, lo señalado para los inductores. Sin embargo, los encubridores sólo incurrirán en responsabilidad por las infracciones muy graves o graves consumadas de las que, además, se derive daño grave para la Administración o los ciudadanos. Esta cuestión, por lo tanto, podrá ser desarrollada o aclarada en la normativa de desarrollo.

Principio de presunción de inocencia

El TREBEP extiende el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la CE al ámbito disciplinario. La presunción de inocencia es el derecho de toda persona acusada de alguna infracción a no sufrir sanción salvo que su responsabilidad haya quedado acreditada tras un procedimiento justo. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum* que supone una garantía para el acusado, en el sentido de que la carga probatoria para la quiebra de la misma corresponde a la Administración y particularmente al órgano instructor, que habrá de recabar todo el material fáctico y probatorio para demostrar la existencia de responsabilidad.

La aplicación de la presunción de inocencia al Derecho administrativo sancionador es absolutamente pacífica y el TC viene afirmando que dicho derecho «*rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador*». La STC 76/1990, de 26 de abril, se expresa, al respecto, en los siguientes términos en su F.º J.º 8.º b):

> *«(…) En efecto, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la impo-*

sición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones.

En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio»[59].

El reconocimiento de este derecho en el procedimiento sancionador administrativo lato sensu se recoge en el artículo 53.3.b) de la LPAC, que determina que «*en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos: (…) b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario*».

La cuestión de la aplicabilidad del principio *non bis in ídem* a las sanciones disciplinarias

El principio de *non bis in idem*, según el cual no pueden imponerse dos sanciones por un mismo hecho, siempre que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, es un principio clásico del Derecho penal y sancionador en general[60].

El TREBEP no menciona expresamente el principio de *non bis in idem* en su articulado pero, al margen de su calificación como principio general del Derecho por el TC, el Derecho sancionador administrativo lo recoge explícitamente en el artículo 31.1 de la LRJSP, que establece que no podrán sancionarse «*los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento*».

59 En sentido similar, por ejemplo, STC 169/1998, de 21 de julio o STC 33/2015, de 2 de marzo. La STC 131/2003, por su parte, afirma que «el derecho a la presunción de inocencia es aplicable, *con matices*, al procedimiento administrativo sancionador (SSTC 23/1995, FJ 2, y 14/1999, FJ 3)». Las cursivas son nuestras.

60 STC 2/1981, de 30 de enero; F.ºJ.º 4.º «*El principio general del derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...— que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración. (…) podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia*».

Sin embargo, el artículo 94.1 del TREBEP determina que las Administraciones públicas corregirán disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio cometidas en el ejercicio de sus funciones «*sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pudiera derivarse de tales infracciones*». Esta previsión abre la puerta, al menos aparentemente, a la duplicidad de sanciones por una misma infracción.

Como acabamos de adelantar, la aplicación del principio de *non bis in idem* exige la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento. Y precisamente en la ausencia de identidad de fundamento del ejercicio del *ius puniendi* se encuentra, como señala Quintana López, la explicación a la posibilidad de concurrencia de sanciones, ya que dicho fundamentos «en el Derecho penal y en el disciplinario suelen ser diferentes, pues distintos normalmente son los bienes jurídicos protegidos por uno y otro, limitado el último, en contraposición con el orden penal, a la protección de la propia organización administrativa y de su funcionamiento desde dentro»[61].

García de Enterría, por su parte, observaba en la compatibilidad entre penas judiciales y sanciones disciplinarias «la única singularidad que hoy resta» de estas últimas con respecto de las demás sanciones administrativas. Es decir, «la inaplicación del principio del *non bis in idem*» respecto de los expedientes disciplinarios se debería, «por razones fácilmente comprensibles», a motivos de «restitución de la disciplina interna de la organización de que se trate»[62].

En todo caso, como precaución y como garantía para el posible responsable, el artículo 94.3 del TREBEP establece una subordinación de la potestad disciplinaria al proceso penal por una doble vía. En primer lugar, ordena la suspensión de la tramitación de la instrucción de los procedimientos disciplinarios en sede administrativa cuando de la misma se derive «la existencia de indicios fundados de criminalidad», en cuyo caso, además, los hechos habrán de ser puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal. En segundo lugar, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a la Administración.

Al respecto, la Sala Segunda del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha señalado en Sentencia de 15 julio de 2021 (C-851/2019), que «*cuando el funcionario afectado se halle incurso en un procedimiento penal por los mismos hechos por los que es objeto de un procedimiento disciplinario, su situación no quedará definitivamente resuelta hasta tanto la resolución dictada por el tribunal penal nacional que conozca del asunto no adquiera firmeza. Esta disposición responde, por un lado, a la voluntad de que la situación del funcionario de que se trate en el marco de los procesos penales incoados en su contra no se vea afectada por hechos que son además objeto de un procedimiento disciplinario en el seno de su institución y permite, por otro lado, tomar en consideración, en el marco de dicho procedimiento disciplinario, las apreciaciones de hecho efectuadas por el juez penal nacional cuando la resolución de este ha adquirido firmeza*».

61 Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones...», cit., p. 340. Sobre esta cuestión, v.et. Quintana López, T., «El principio "non bis in idem" y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 52, 1986.

62 García De Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., vol. II, p. 173.

VII. CONCLUSIONES

El Título VII del Estatuto Básico del Empleado Público regula el régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos. A esta normativa de naturaleza jurídico-administrativa quedan sujetos tanto los funcionarios como el personal laboral que se encuentra al servicio de organizaciones y entidades públicas.

La aplicabilidad de esta regulación a empleados que se vinculan al sector público mediante un contrato de trabajo puede resultar llamativa, por cuanto la relación profesional entre el trabajador y la Administración empleadora se rige por el Derecho laboral, pero aquel queda sometido a un régimen disciplinario que resulta, en principio, extraño al Derecho del trabajo.

Sin embargo, en éste y otros ámbitos, el aspecto verdaderamente fundamental de la vinculación que se establece entre los empleados públicos y la Administración no es tanto el particular régimen jurídico al que se esté sometida cada relación profesional, sino la especial sujeción con el sector público que comparten todos los empleados públicos, independientemente la naturaleza de su vínculo jurídico con la organización pública para la que trabaja. Por otra parte, la vulneración de los deberes profesionales de funcionarios y personal laboral causan menoscabo a los mismos bienes jurídicos, el funcionamiento de las Administraciones públicas y a los intereses de los usuarios de los servicios públicos o a los ciudadanos en general.

No obstante, la voluntad del legislador de hacer confluir ambos regímenes jurídicos (el de los funcionarios, sometidos al Derecho administrativo y el del personal laboral, regulado por el Derecho del trabajo) para aplicarles la misma normativa disciplinaria está encontrando algunos problemas jurídicos de complicado encaje.

El régimen estatutario de los funcionarios y la legislación laboral responden a atribuciones competenciales distintas y de diferente extensión, razón por la cual, el legislador no ha pasado de establecer una regulación básica común y unos principios comunes a todos los empleados públicos. El desarrollo de esta normativa básica, no obstante, seguirá caminos distintos de acuerdo con la distribución de competencias establecida por el artículo 149 de la Constitución. Por esta causa, los instrumentos de negociación colectiva seguirán ostentando un papel relevante en la concreción de la potestad disciplinaria de la Administración cuando ésta afecte a su personal laboral.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Andrés Ibáñez, P., «Ética de función de juzgar», *Jueces para la Democracia*, n.º 40, 2001, pp. 19-24.

Boltaina Bosch, X., «La clasificación de los empleados públicos tras la ley 20/2021 de reducción del empleo público y el RD-ley 32/2021 de reforma del mercado de trabajo», *Anuario IET de trabajo y relaciones laborales*, n.º 8, 2022, pp. 65-98.

Boltaina Bosch, X., «La Ley 20/2021 de estabilización del empleo temporal y el personal laboral de la Administración Local. Su interrelación con el RD-Ley 32/2021 de reforma laboral», *El Consultor de los Ayuntamientos,* vol. extra (no II), 2022, p. 113 y ss.

Chamorro González, J.M., «Procedimientos administrativos disciplinarios por infracciones cometidas por funcionarios públicos», *Actualidad administrativa*, n.º 2, 2023.

Chaves García, J.R. y **Quesada Soler, B.**, «La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración», *El Consultor de los Ayuntamientos*, 17, 2017.

Fernández Farreres, G., *Sistema de Derecho Administrativo*, vol. I, 4.ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2018.

Gárate Castro, F.J., «Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico: algunos elementos para comprender y valorar su regulación», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 2, 2008, pp. 449-473.

García de Enterría, E. y **Fernández Rodríguez, T.-R.**, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 10.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2006.

González de Lara Mingo, S., «El derecho fundamental a la buena administración», *Actualidad administrativa*, vol. 7, 2021.

Hauriou, M., *Précis de Droit Administratif contenant le Droit Public et el Droit Administratif*, deuxième, Paris, L. Larose & Forcel Éditeurs, 1893.

López Pellicer, J.A., *Lecciones de Derecho administrativo*, vol. I (1), 4.ª ed., Murcia, D.M., 1997.

López-Nieto y Mallo, F., *Las sanciones municipales*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2002.

Lorenzo de Membiela, J. B., «Potestad disciplinaria y Administración pública», *Cuadernos de derecho local*, n.º 12, 2006, pp. 124-134.

Matilla Correa, A., *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Madrid, Dykinson, 2020.

Muñoz Conde, F., *Derecho penal: parte general*, 11.ª, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

Muñoz Machado, S. (coord.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, Iustel, 2005.

Nieto García, A., *Derecho Administrativo sancionador*, 4.ª edición, Madrid, Tecnos, 2005.

Nieto García, A., *La organización del desgobierno*, Barcelona, Ariel España, 1984.

Ponce Solé, J., «Ciencias sociales, Derecho Administrativo y buena gestión pública. De la lucha contra las inmunidades del poder a la batalla por un buen gobierno y una buena administración mediante un diálogo fructífero», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas, Nueva Época,* n.º 11, enero-junio 2014.

Ponce Solé, J., *Deber de buena administración y derecho el procedimiento administrativo debido*, Valladolid, Lex Nova, 2001.

Quintana López, T., «El principio "non bis in idem" y la responsabilidad administrativa de los funcionarios», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 52, 1986, pp. 585-600.

Quintana López, T., «La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos», *Documentación Administrativa*, n.º 282, 2009, pp. 321-359.

Quintans García, J. «La contratación laboral en las Administraciones públicas», QDL Fundación Democracia y Gobierno Local, 24, 2010, pp. 75-100

Rodríguez Alcázar, J.I., «Indefinido no fijo, régimen jurídico y extinción del contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 391, 2015, pp. 165-192.

Romero Alonso, L., «La inadecuada regulación procedimental del régimen disciplinario de los empleados públicos en la Administración pública local», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n.º 11, 2020.

Sánchez Morón, M., «Los condicionamientos y los márgenes de intervención en la designación de los titulares de los órganos y puestos directivos en las administraciones y entidades del sector público», en Ponce Solé, J., (coord.) *Empleo público, derecho a una buena administración e integridad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 27-40.

Sospedra Navas, J., «El régimen jurídico del personal laboral en la Administración local», QDL Fundación Democracia y Gobierno Local, 15, 2007, pp. 63-76.

Trayter Jiménez, J.M., *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos*, Madrid, Marcial Pons, 1992.

LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES: LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN ENTRE LAS INFRACCIONES LABORALES Y EL DELITO

Rosa M. Gallardo García[1]
Profesora Contratada Doctora de Derecho penal
Universidad De Cádiz

Enviado el 22 de mayo de 2024; aceptado el 22 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN II. EL CONTROL SOCIAL FORMAL ANTE LA LACRA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL. 2.1 Derecho administrativo laboral sancionador: infracciones en materia de prevención de riesgos laborales. 2.2. Derecho penal: delito contra la vida y la salud de los trabajadores. III. LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM.* IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Palabras claves: Delito, Infracción, Prevención, *Non bis in idem.*
Keywords: Crime, Offense, Prevention, *Non bis in idem*.

Resumen: La siniestralidad laboral es un problema social que exige una solución. La prevención de riesgos laborales ha tenido un especial desarrollo normativo. El legislador aspira a ofrecer una respuesta inmediata a las altas cifras de accidentes laborales que, debido a los importantes intereses en juego, ha justificado la intervención administrativa sancionadora y penal.

Ambas ramas del control social formal aspiran a prevenir las conductas infractoras en el ámbito laboral. Con intención de evitar una laguna de punibilidad, encontramos coincidencias en el orden penal y administrativo que dificultan la tarea del intérprete jurídico. De ahí, la necesidad de ofrecer pautas de interpretación que faciliten la aplicación y efectividad de la norma.

Abstract: Occupational accidents are a social problem that requires a solution. The prevention of occupational risks has had a special normative development. The legislator aims to provide an immediate response to the high numbers of occupational accidents, which, together with the important interests at stake, has justified the administrative sanctioning and criminal intervention.

1 rosa.gallardo@uca.es

Both branches of formal social control aim at preventing offending behaviour in the workplace. In order to avoid a penalty gap, we find overlaps in the criminal and administrative order that make the task of the legal interpreter difficult. Hence thye need to provide guidelines for interpretation to facilitate the application and effectiveness of the law.

I.- INTRODUCCIÓN

La consideración de la siniestralidad laboral como una lacra social se viene repitiendo de forma constante en cada discurso y narrativa que pretende realizar un análisis de la accidentalidad laboral. La sociedad actual ha sido definida como «sociedad del riesgo»[2], en la medida en que crece tecnológica, científica, industrial, y económicamente, con la consecuencia directa de que este desarrollo supone un aumento de determinados riesgos. Una sociedad descrita de ese modo se encuentra amenazada constantemente y de forma global, tal es así, que define estos peligros como *«...el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada»*[3]. Estos avances tecnológicos deberían derivar en una mejor protección de la seguridad e higiene en el trabajo, sin embargo, no ha sido así, de hecho, en ocasiones lo propios medios de protección pueden suponer nuevos riesgos en el trabajo, sobre todo, si no se informa sobre su correcto uso. Precisamente, los accidentes acaecidos en el trabajo se presentan como una lacra del mercado laboral en el denominado Estado de bienestar, que amerita una solución.

En la actualidad, parece que el problema de la siniestralidad laboral ha perdido el protagonismo o a la atención que tenían en otras épocas. Sin embargo, la disminución o incluso ausencia de noticias en los medios no tiene como origen un descenso de la accidentalidad, ni mucho menos es debido a una instauración de la cultura preventiva en las empresas, más bien se debe a que otras preocupaciones han invadido el espacio y relegado a un segundo plano esta importante cuestión.

Las crisis financieras y económicas o un mercado laboral precario e inestable propician y normalizan una práctica perversa en las relaciones laborales, como es la asunción sumisa y silenciosa de cada vez más riesgos por parte de los trabajadores. De ahí que los interlocutores jurídicos y sociales prioricen la prevención de riesgos en sus agendas y la ciudadanía deba demandar un mayor control de estos riesgos.

A pesar de que la normativa en el ámbito de la prevención de riesgos laborales ha tenido un importante desarrollo, esta no ha logrado implementar la deseada cultura preventiva en el seno del tejido empresarial. Por este motivo, existe la necesidad de configurar mecanismos y herramientas jurídicas con capacidad coactiva para exigir un cambio real, y en caso contrario, sancionar en coherencia. La importancia de la prevención y el control en esta materia no se encuentra a debate. De forma que, dada la importancia de los intereses en juego, se interviene desde las dos ramas que conforma el control social formal: Derecho administrativo sancionador y Derecho penal.

2 Ver entre otras obras de este autor: Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* Paidós, Barcelona, 1998.

3 Beck, U., *La sociedad del riesgo global,* Siglo XXI, Madrid, 2002, p. 5.

Efectivamente, la infracción de las medidas de prevención de riesgos laborales puede generar responsabilidad administrativa, o bien, penal. Ambos ordenamientos tienen encomendada la difícil tarea de conseguir una transformación en las dinámicas laborales y en la mentalidad de los infractores. El celo del legislador en este ámbito ha complicado la tarea de distinguir el campo de acción de cada una, incluso se ha convertido en una actividad interpretativa de una gran complejidad. Pues bien, justo la materia que nos ocupa, debido el interés que suscita, presenta serios problemas a los juristas para diferenciar el campo de actuación entre el delito y la infracción administrativa.

En estas líneas se pretende ofrecer una visión general de los elementos de la infracción penal y administrativa para evidenciar las coincidencias que complican esta distinción. Una vez estudiemos esas similitudes analizaremos si se aplicaría el principio *non bis in* ídem y cómo, puesto que es el principio que orienta y organiza la jerarquía normativa para evitar la duplicidad de sanciones. Y, finalmente, realizaremos algunas propuestas de política criminal, que no se centrarán exclusivamente en las específicas modificaciones de la norma, con el fin de lograr una mayor eficacia y mejor aplicación de la norma.

II.- EL CONTROL SOCIAL FORMAL ANTE LA LACRA DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL

La omisión del sujeto obligado y garante de los deberes preventivos exigidos por la normativa laboral dará lugar a la aparición de múltiples responsabilidades de diferente naturaleza. El interés suscitado por la prevención de riesgos en el trabajo ha determinado que la ausencia de los mecanismos de prevención exigidos tenga como consecuencia una amplia gama de responsabilidades de diferente naturaleza. Respecto a las consecuencias para el infractor, nos encontramos, por un lado, la responsabilidad por la conducta, que incluye la penal y la administrativa, y por otro, la responsabilidad por los daños, en la que se ubica la de seguridad social y la civil. En estas líneas se pondrá el foco en las dos ramas del control social formal, el Derecho administrativo sancionador, por un lado, y el Derecho penal, por otro.

Si existe una fecha clave en la tipificación y sistematización de esta materia ese es el año 1995. Justo en ese momento se produce una importante reforma en el ámbito penal, con la entrada en vigor del llamado Código penal de la democracia, que incluía una revisión de los delitos objeto de estudio. Igualmente, ese año entra en vigor la LPRL que supone la trasposición de la Directiva marco 89/391/CEE, y cumplimiento con los compromisos comunitarios. Desde su entrada en vigor, esta norma se conforma como un texto de mínimos, y la fuente del acervo normativo laboral estatal en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo.

Esta coincidencia temporal podría hacernos pensar que hubo cierta coordinación entre las comisiones encargadas de la revisión y reforma, sin embargo, no ocurrió así. De ahí, la necesidad de estudiar la coherencia sistémica normativa y los criterios de interpretación en aras de obtener mayores cotas de eficacia en el marco sancionador de la seguridad e higiene en el trabajo.

A tal efecto, las siguientes líneas tendrán como objetivo analizar los elementos típicos de ambos ilícitos, pernal y administrativo, prestando especial atención a aquellos que puedan generar mayores problemas de interpretación. De forma que, se obtendrán los elementos necesarios para un posterior análisis sobre la aplicación del principio *non bis in idem.*

2.1 Derecho administrativo laboral sancionador: infracciones en materia de prevención de riesgos laborales

La entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), se conforma como un hito normativo ya que aglutina las infracciones producidas en el ámbito de las relaciones laborales. La última reforma dedicada a un sector como el de la construcción, se justifica por las altas cifras de accidentalidad de este, y sobre todo por la gravedad, y alta mortalidad[4]. El legislador concentra en la Sección 2.ª las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales[5], y en esta las encontramos categorizadas en atención a la gravedad como infracciones leves[6], graves[7] y muy graves[8].

La doctrina coincide en que las infracciones en el ámbito específico de la prevención de riesgos laborales son aquellas *«...acciones u omisiones tipificadas y sancionadas como tales por ser contrarias a las normas legales, reglamentarias, o cláusulas normativas de los convenios colectivos en materia de seguridad y salud en el trabajo»*[9]. Así pues, se tipifican una serie de conductas cuya infracción tiene como consecuencia una serie de sanciones para el empresario y la empresa que omiten su deber de prevención de riesgos en el trabajo. El elenco de sujetos responsables en este concreto campo es amplio, dada la amplitud de tareas preventivas que existen.

El empresario es el responsable principal, así lo indica el art. 14 LPRL. Aunque no solo el empresario puede ser responsable de estos ilícitos, el art. 2 LISOS en el concreto ámbito de la prevención de riesgos laborales amplía el abanico de posibles responsables atendiendo a la realidad concreta e indica que también responderán: «*7. Las agencias de colocación, las empresas de trabajo temporal y las empresas usuarias respecto de las obligaciones que se*

4 Ministerio De Trabajo Y Economía SOCIAL, *Estadísticas de Accidentes de trabajo*, 2022, p. 4. Aunque no sólo subieron en el sector de la construcción, esta línea ascendente se observa en términos generales: *«Durante el año 2022 se produjeron 571.274 accidentes con baja en jornada, de los cuales 3.957 accidentes fueron graves y 716 accidentes fueron mortales. Comparando estos datos con los del año anterior, se produjeron 62 accidentes graves más y 104 accidentes mortales más».*

5 La LISOS se conforma como el eje normativo en materia sancionadora laboral, se divide en secciones y cada una representa un concreto ámbito, cumpliendo así la necesaria especialización por ámbito. Así pues, las sucesivas reformas que ha tenido esta norma han sido igualmente atendiendo a los diferentes sectores. En el ámbito de la prevención de riesgos laborales, la modificación más importante que ha tenido la LISOS se ha realizado a propuesta de la Mesa de Diálogo Social sobre prevención de riesgos laborales enmienda, que se ha visto materializada a través de la Ley 54/2003. Esta importante reforma introduce nuevas infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, y su objetivo es básicamente combatir el cumplimiento meramente formal de las obligaciones preventivas y asegurar así, su acatamiento efectivo por parte de los obligados.
La última reforma se produce a través Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, que introduce una seria de conductas relacionadas con la construcción, un sector en el que tradicionalmente existe un elevado riesgo de accidentalidad.

6 Art. 11 LISOS.

7 Art. 12 LISOS.

8 Art. 13 LISOS.

9 Barrenechea, J., y Ferrer, M.A., *Infracciones y sanciones laborales,* Deusto, Bilbao, 2004, p. 55

establecen en su legislación específica y en la de prevención de riesgos laborales, sin perjuicio de lo establecido en otros números de este artículo. 8. Los empresarios titulares de centro de trabajo, los promotores y propietarios de obra y los trabajadores por cuenta propia que incumplan las obligaciones que se deriven de la normativa de prevención de riesgos laborales. 9. Las entidades especializadas que actúen como servicios de prevención ajenos a las empresas, las personas o entidades que desarrollen la actividad de auditoría del sistema de prevención de las empresas y las entidades acreditadas para desarrollar y certificar la formación en materia de prevención de riesgos laborales que incumplan las obligaciones establecidas en la normativa sobre dicha materia».

Este extenso elenco de posibles y potenciales infractores no significa que se excluya al empresario como responsable originario[10]. El fundamento de esta referencia normativa es señalar a la persona que controla la actividad en ese ámbito, conoce los riesgos y las medidas de protección específicas[11], lo que en Derecho penal se denomina aquel que tiene el dominio del hecho, es decir, quien tiene las facultades y controla la actividad.

El encargo de la prevención de riesgos laborales en el marco organizacional de las empresas es muy complejo, ya que es habitual que nos encontremos con fórmulas como la delegación, contratas y subcontratas, empresas formadoras, auditoras, contratistas, o servicios de prevención, entre otras realidades. Dada la complejidad de esta cuestión y dado que se aleja del objetivo de estas líneas simplemente indicar que lo relevante es que cada uno será responsable de aquellas acciones u omisiones que les son atribuidas y que pueden organizar y controlar[12].

Las conductas prohibidas que constituyen las infracciones laborales las encontramos en los arts. 11, 12 y 13 LISOS. Estos preceptos recogen una serie de conductas que pretenden abarcar todas aquellas que en el marco de las relaciones laborales supongan una omisión de las medidas de prevención de riesgos laborales. Las infracciones en esta materia consisten básicamente en la omisión de las medidas de seguridad y, precisamente, esta omisión se configura como antijurídica, mereciendo ser sancionada, sin que existan más elementos subjetivos o intencionales que la omisión en sí misma, ya que éstos[13].

En este ámbito, los aspectos relevantes de la tipificación se estructuran como normas de omisión de un deber y el peligro que puede generar sobre los intereses a proteger. Así pues,

10 Del Rey Guanter, S., y Valverde Asencio, A.J., «La responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales», en *Alcor de mgo,* núm. 1, 2004, p. 32.

11 Meléndez Morillo-Velarde, L., «Los sujetos responsables en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 78, 2016, p. 116; Pérez De Los Cobos Orihuel, F., «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2003, p. 73.

12 Meléndez Morillo-Velarde, L., «Los sujetos responsables en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», cit., p. 116.

13 Sobre la culpabilidad y responsabilidad objetiva, se debe indicar que por motivos de espacio no vamos a entrar a desarrollar este aspecto. Para un acercamiento a la discusión consultar: Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J., y Alzaga Ruiz, I., *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Aceres, Madrid, 2009, pp. 303 y ss.; Igartúa Miró, M.T., *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2023., p. 379.

la clasificación de estas infracciones atiende a la necesidad de realizar juicio de valor sobre la entidad del deber y su naturaleza, y además se atenderá a la relevancia del bien afectado por el peligro[14].

Respecto a las infracciones calificadas como leves, éstas contienen dos tipos de conductas, por un lado, aquellas que suponen una infracción de los deberes de seguridad, pero sin capacidad de afectar a la salud de los trabajadores, y por otro, las que suponen una contravención de las obligaciones formales[15]. El legislador alude de forma reiterada a la ausencia de riesgos para la salud de los trabajadores como elemento. Así pues, se caracterizan por el escaso peligro generado con su infracción[16]. De ahí que estas, a diferencia de las otras, no van a generar confusión entre el delito y la infracción administrativa.

Ya en las infracciones graves encontramos mayor en los diferentes apartados una gran variedad conductas[17]. Con intención de ordenar esta casuística, se procede a distinguir entre las que suponen incumplimiento de obligaciones de carácter básico y con un contenido material en la gestión de la prevención; y entre las que recogen la ausencia de esos deberes empresariales de carácter formal y referidos a la documentación con mayor trascendencia en la prevención de los riesgos laborales[18]. Las infracciones graves ya tienen capacidad de generar un riesgo grave a los trabajadores. En la redacción del precepto el legislador tipifica conductas que se conforman como un incumplimiento de las obligaciones materiales, también de las formales o documentales, de los deberes de información, consulta y participación, de las obligaciones de coordinación entre empresarios, de los deberes relacionados con la organización de la actividad preventiva; y otros que hacen referencia específica a obligados distintos al principal, el empresario, como los servicios de prevención ajenos, entre otros; y otros específicos del sector de la construcción, dado que estamos ante un sector que soporta un alto índice de siniestralidad.

Por último, en las infracciones muy graves se ubican aquellas conductas que en su redacción típica tienen una mayor capacidad de poner en riesgo los bienes jurídicos a proteger. El legislador incluye elemento con mayor capacidad de crear un peligro para la salud de los trabajadores por diferentes razones, como sería el tipo de actividad empresarial, si está calificada como actividad de riesgo o no, o por el número de trabajadores afectados[19]. La característica definidora de estos ilícitos es que con carácter general se estructura en torno a la generación de un peligro grave e inminente[20].

14 Igartúa Miró, M.T., *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, cit., p. 384 y ss.; López Gandía, J., Blasco Lahoz, J.F., *Curso de Prevención de riesgos laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 227 y 228.

15 López Gandía, J., Blasco Lahoz, J.F., *Curso de Prevención de riesgos laborales*, cit., p. 228.

16 Igartúa Miró, M.T., *Sistema de prevención de riesgos laborales*, cit., p. 387, esta autora alude que poseen un contenido formal, documental, de limpieza o análogo, por lo que este tipo de obligaciones si generan riesgo será de escasa gravedad.

17 *«El listado de infracciones graves ha sido objeto de una notable ampliación conforme han ido creciendo las obligaciones legales, en especial tras Ley 54/2003 y posteriormente con la LSSC»* en *Ibidem*, p. 346. De hecho, la última reforma se produce a través Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, incluye diferentes ilícitos relacionados con el sector de la construcción

18 López Gandía, J., Blasco Lahoz, J.F., *Curso de Prevención de riesgos laborales*, cit., p. 229.

19 *Ibidem,* p. 234.

20 Igartúa Miró, M.T., *Sistema de prevención de riesgos* laborales, cit., p. 387.

En esta investigación en el análisis del contenido de estas infracciones, vamos a seguir un esquema que nos permita avanzar en los objetivos propuestos, y para ello necesitamos poner el foco de atención en un elemento clave: la inclusión de la puesta en peligro para los intereses objeto de tutela. De hecho, este elemento teleológico se conforma como aspecto sobre el que pivota las necesidades de interpretación. Así pues, el legislador, en algunos apartados, exige la puesta en peligro grave, inmediato o no, sin que se haya materializado este; y en otros en los que no se incluye el riesgo, lo que no quiere decir que de esa omisión no derive un peligro ya que, a excepción de las leves, en las que el riesgo es escaso, en su mayoría existe cierto peligro para la salud de los trabajadores[21]. Como hemos visto, las infracciones administrativas que contienen en el precepto la creación de riesgo grave para la salud o integridad del trabajador, se reparten entre el art. 12 LISOS, infracciones graves y el art. 13 LISOS, infracciones muy graves. La diferencia principal viene dada por la introducción además del calificativo grave, el de inminente, en el caso de las infracciones muy graves, lo que supone entender por tal, una elevada probabilidad de que se materialice la lesión en un futuro inmediato[22].

Ante este panorama la doctrina critica que la redacción de las múltiples infracciones no facilite la distinción sin dificultad entre una y otra, ya que el legislador no ha trazado unos márgenes claros en la definición de los contenidos, por el contrario estos se tornan vagos e inestables[23]. Estos ilícitos se construyen a partir de la omisión de un deber preventivo y se diferencian a partir del mayor o menor juicio de valor que precisa la gravedad de la infracción o la peligrosidad propia del sector de producción en el que se reproduzcan los elementos de la infracción. Algunos autores añaden la necesidad de atender al resultado que efectivamente se ha producido o bien la probabilidad o cercanía de que ese resultado lesivo se materialice a causa de la conducta infractora del sujeto obligado[24].

Para finalizar, vamos a detenernos en las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de estas infracciones. La modulación de las sanciones está prevista en el art. 39 LISOS que indica que existirán distintos grados: mínimo, medio y máximo. Así pues, el legislador ofrece un elenco de criterios que facilitan la labor del intérprete en el siempre difícil proceso de graduación con el objeto de concretar la sanción a imponer. En el ámbito de la concreción de la sanción de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, el apartado 3 del precepto señalado es especialmente esclarecedor: *«En las sanciones por infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, a efectos de su graduación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) La peligrosidad de las actividades desarrolladas en la empresa o centro de trabajo. b) El carácter permanente o transitorio de los riesgos inherentes a dichas actividades. c) La gravedad de los daños producidos o que hubieran podido producirse por la ausencia o deficiencia de las medidas preventivas necesarias. d) El número de trabajadores afectados. e) Las medidas de protección individual o colectiva adoptadas por el empresario y las instrucciones impartidas por éste en orden a la prevención de los riesgos. f) El incumplimiento de las advertencias o requerimientos previos a que se refiere el artículo 43 de la*

21 Escajedo San Epifanio, L., «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», en *Actualidad penal,* núm. 38, 2000, p. 814.

22 Este esquema lo propone, Viñeta I Roca, F., «Derecho fundamental a la integridad física y salud en el trabajo», en *Revista social*, núm. 7, 2003 (edición electrónica – sin paginar).

23 López Gandía, J., Blasco Lahoz, J.F., *Curso de Prevención de riesgos laborales*, cit., p. 228.

24 *Ibidem*, p. 228, estos autores entienden *«que no se utilizan exclusivamente los criterios del deber infringido y la entidad del derecho afectado, sino que también se tendrá en cuenta en algunas ocasiones el resultado efectivo o posible conducta infractora».*

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. g) La inobservancia de las propuestas realizadas por los servicios de prevención, los delegados de prevención o el comité de seguridad y salud de la empresa para la corrección de las deficiencias legales existentes. h) La conducta general seguida por el empresario en orden a la estricta observancia de las normas en materia de prevención de riesgos laborales».

Estos parámetros atienden a los riesgos prohibidos y derivados de la omisión de los deberes preventivos, es decir, se enfocan en el resultado, aunque este no sea de naturaleza material. Sin embargo, uno de estos criterios de graduación se aleja de esta idea, concretamente el último recogido en el art. 39.3 h) LISOS, y que como indica CAMAS RODA, si este criterio *«…no estuviera propiamente contenido en la descripción de la conducta infractora, es cuando podría operar como criterio de graduación de las sanciones: en este sentido, la principal conclusión a la que cabe llegar es que el campo de aplicación principal del criterio de graduación de la sanción consistente en la "conducta" del empresario es cuando la infracción cometida corresponde a una infracción de resultado y no de actividad, que en el marco de la seguridad y salud en el trabajo tienen un carácter minoritario»*[25].

Respecto al contenido de las sanciones a imponer, como es habitual en el orden administrativo, nos encontramos la multa. Y es que en el orden administrativo la sanciones son de naturaleza eminentemente económica y todo el protagonismo lo tiene la multa. De forma que, el legislador interviene en este ámbito mediante la amenaza patrimonial, ajustándose a la idea de que la efectividad de la misma será a consecuencia del ataque a las ganancias económicas, dado que la razón por la que los empresarios obvian las medidas de prevención debidas, no es más que para poder ahorrar costes a la empresa y a ellos mismos, para así obtener mayores beneficios y ganancias. Por lo que se entiende que una amenaza sobre el patrimonio sería suficiente para prevenir estas conductas. Aunque, esta práctica genera el riesgo de convertir las infracciones administrativas en este importante campo en un coste empresarial más a valorar.

2.2 Derecho penal: delito contra la vida y la salud de los trabajadores

El delito objeto de estudio se encuentra ubicado en el Título XV del texto punitivo, junto a este encontramos otros ilícitos penales, que conforman el llamado Derecho penal laboral y que tiene como objetivo la tutela de un conglomerado de intereses de los que son titulares los trabajadores. El bien jurídico en cada delito atiende a las necesidades de protección concretas en el ámbito laboral, en el delito ubicado en los arts. 316 y 317 CP, la identificación del bien jurídico ha sido una cuestión que ha generado un gran debate en el seno de la doctrina española. En esta discusión se identifican dos posicionamientos, cuyo único denominador común es la defensa de la tutela de un bien de carácter colectivo, el primero considera que el bien jurídico es la seguridad en el trabajo[26]; y el segundo defiende el amparo de la vida y la

25 Camas Roda, F., «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», en *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral*, obra colectiva coordinada por Pumar Beltrán, N., Bomarzo, Alicante, 2006, p. 138.

26 Entre otros, Arroyo Zapatero, L., *La protección penal de la Seguridad en el trabajo,* Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981, pp. 115 y 116; Hortal Ibarra, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Atelier, Barcelona, 2005, p. 58; De

salud de los trabajadores[27]. Este debate cobra cierta relevancia en este proceso de identificar las diferencias en la intervención penal y administrativa en el campo de la prevención de riesgos laborales.

En relación a esta cuestión, nos detendremos a señalar que el bien jurídico se configura atendiendo al fin de protección de la norma y a la referencia expresa en el tipo penal a la vida, la salud o integridad física de los trabajadores, constituyéndose estos como los intereses objeto de tutela. Con idea de concretar y afinar la postura, se identificará la vida y salud como los bienes jurídicos, ya que el término salud ya acoge la protección desde una doble dimensión, física, por un lado, y psicológica, por otro. De esta forma, se entiende que este objeto es de carácter irrenunciable para los trabajadores, así reconocido por las disposiciones legales como de derecho necesario[28].

Este delito se construye como un tipo de omisión en el que se constata la presencia de una situación típica de peligro. Ante esta estructura, el análisis se debe enfocar en determinar qué y quién omite. La respuesta de la última cuestión, quién omite, no es fácil es una de las cuestiones más complicadas por lo que dada la compleja realidad de la organización de la prevención de riesgos laborales, nos vamos a limitar a algunas reflexiones. La configuración como delito especial era requerida en atención a la materia, no todos pueden generar el peligro típico. En este sentido la normativa nos indica que el principal responsable será el empresario, pero no el único[29]. De hecho, en un análisis para identificar el elenco de posible de sujetos activos, debemos tener presente la propia organización de las empresas en todos

Vicente Martínez, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 559; Rojo Torrecilla, E., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social,* Bosch, Barcelona, 1998, p. 238; Serrano-Piedecasas, J.R., «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista penal,* núm. 10, Julio 2002, pp. 94 y 95; García Rivas, N., «Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia. A propósito de la Sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 de septiembre de 2003», en *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003, p. 180.

27 Entre otros, Baylos Grau, A., y Terradillos Basoco, J.M., «La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud», en *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales. Alcor de MGO, núm. 1, Julio 2004,* pp. 116 y ss.; Terradillos Basoco, J.M., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», *Siniestralidad laboral, Una análisis criminológico y jurisprudencial,* obra colectiva coordinada por J.M., Terradillos Basoco, M., Acale Sánchez, y R.M., Gallardo García, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005, p. 77; Gallardo García, R.M., *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, Comares, Granada, 2016, pp. 106 y ss; Tamarit Sumalla, J.M., «Artículo 316», en *Comentarios al Código penal. Tomo II. Parte especial (Artículos 138 a 318)*, obra colectiva dirigida por Quintero Olivares, G., Thomson, Navarra, 2008., p. 1216; Sánchez Lázaro, F.G., «El concepto de trabajador en el Derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 13, 2004, pp. 20 y 21.

28 Arts. 3.5 ET y 2.2 LPRL.

29 El art. 14 LPRL indica que el máximo responsable será el empresario, esto no implica que éste sea el único que responde, es decir, no está excluyendo a otros sujetos que, por la vía de la delegación de funciones, pudieran ser sujetos activos de este delito. Algo que ya se intuye en la medida en que en la descripción típica se hacer referencia de forma literal a «*los que*», nos permite distinguir que existe o pueden existir una pluralidad de sujetos que pueden ser responsables de la omisión y la generación de peligro.

los ámbitos, como el proceso de selección, en el manejo de los recursos, en la gestión de la producción o en la organización de la prevención de los riesgos laborales, entre otros. La delegación de las funciones propias del empresario forma parte de la dinámica habitual de las empresas, por lo que delimitar esta figura se determina esencial para poder identificar a la persona encargada y responsable[30].

Respecto a qué se omite, este delito de omisión impropia describe y prohíbe un comportamiento: la no facilitación de las medidas de seguridad en el trabajo, con la intención de evitar un resultado consistente en la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores. La clara naturaleza omisiva de este delito no ha evitado el debate sobre si se puede o se debe aceptar que eventualmente pueda revestir forma activa[31]. Esta discusión aparece ante la posibilidad de que un empresario adopte algunas medidas de prevención, pero estas no sean suficientes. En este sentido, el legislador incluye en la redacción del tipo la expresión «no facilitar los medios necesarios», así pues, se entiende infracción en el incumpliendo la obligación, no solo si la ausencia de medios es total, también si es parcial, ya que la entrega insuficiente de los equipos ni coincide ni se integra en el término medios necesarios.

Estos deberes de protección y prevención del empresario son el objeto de omisión, reconocerlos se conforma como una tarea complicada, de ahí el uso de la técnica de norma penal en blanco[32], es decir, éstos se encuentran en las normas prevencionistas. Los arts. 14 y 15 LPRL constituyen el esquema básico de la protección en materia de prevención de riesgos en el ámbito laboral. Estos se refuerzan con la frase reveladora del art. 14 LPRL «...mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa...». De esta forma, se obliga al empresario a valorar la prevención con la misma diligencia que el resto de actividades propias de la empresa. En esta línea, el legislador incluye, adicionalmente, el deber de realizar un «...permanente seguimiento de la actividad preventiva...», es decir, este deber que no tiene fecha de caducidad, debe ser periódico y continuo en el tiempo[33]. Con esto, se evidencia la necesidad de incorporar y consolidar una cultura preventiva en el entorno empresarial.

Pues bien, una vez hemos identificado la estructura del tipo como omisiva y, además, hemos señalado los deberes y ubicado la normativa que los regula, ahora, hay que distinguir en qué consiste exactamente la producción del resultado. Para ello es necesario conocer la

30 Respecto a la delegación y al administrador de hecho, la jurisprudencia es clara en los requisitos de imputación, indicando que incluso, *«el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento»* (STS núm. 59/2007 de 26 de enero).

31 En este sentido, De Vicente Martínez defiende que, a pesar de la redacción omisiva del tipo, en el mismo se pueden subsumir hechos positivos, *«…pues la formulación del tipo se proyecta no sobre la conducta en sí, sino sobre la omisión del cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales»*. De Vicente Martínez, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal,* Bosch, Barcelona, 2001, p. 9.

32 Se estructura como una norma penal en blanco que, en determinados ámbitos, como el medio ambiente, ordenación del territorio, o, en el laboral, entre otros, se convierte en la técnica idónea para evitar un casuismo inaceptable en la tipificación de determinadas conductas debido a la complejidad de la intervención en estos ámbitos. Los delitos configurados como leyes penales en blanco derivan a la norma extrapenal el contenido de la prohibición penal.

33 Obviamente estos contenidos se corresponden con las conductas prohibidas en la LISOS

estructura del delito recogido en los arts. 316 y 317 CP, este se configura como un tipo de peligro concreto, cuyo resultado es la producción de un peligro grave para la vida o la salud de los trabajadores. Así pues, se trata de proteger la puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección que como se indicó *supra*, se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, que determinará la aparición del riesgo típico. A diferencia de otros delitos como el de homicidio que protege la vida en su dimensión individual. De modo que, si hubiera un accidente con resultado muerte el delito de homicidio no podría abarcar todo el desvalor de acción y resultado. Por el contrario, el delito de peligro concreto, que protege un interés de naturaleza colectiva, supone un desvalor más complejo de los hechos, por lo que se debe proceder a realizar una consideración autónoma de ambos tipos, por la vía del concurso de delitos ideal. En consecuencia, desde un punto de vista estrictamente material, la aplicación del art. 8 CP, sin estudiar el peligro *ex post* para otros trabajadores, conllevaría obviar la existencia de los delitos recogidos en los arts. 316 y 317 CP cada vez que hubiese un resultado lesivo para la vida o salud de los trabajadores[34].

El adelanto de las barreras punitivas y la configuración de este delito como tipo de peligro, ya es una tradición en los textos punitivos de nuestro país, conformándose como técnica apropiada para el control del riesgo en el ámbito que nos ocupa. La definición del peligro en Derecho penal no es una cuestión sencilla, el ámbito en el que se desarrolla el de las relaciones laborales nos ofrece el marco en el proceso de concreción. Además, mayor será la exigencia de precisión, si este elemento puede resultar importante para la distinción entre la intervención penal y la administrativa, aportando la claridad necesaria para que las dos ramas que visibilizan el control social formal.

El riesgo en este delito va referido a la probabilidad idónea y real de lesión para los bienes jurídicos colectivos, vida y salud de los trabajadores. Y este peligro concreto debe derivar de la omisión de las medidas de prevención de obligado cumplimiento, facilitando así la configuración del riesgo típico y prohibido. Esta estructura típica ha sido calificada por Tamarit Sumalla como de endiablada en la medida en que *«…se describe un delito de omisión, que en principio aparece configurado de omisión, pero la redacción da a entender la necesidad de una suerte de conexión causal entre la misma y el resultado de peligro (como parece sugerir la expresión «de forma que pongan así»)…»*[35]. En relación al nexo o imputación objetiva en esta materia, en este sentido, Rodríguez Mesa propone que esa creación e incremento del riesgo cuando se realiza desde una perspectiva *ex ante*, determina la equivalencia entre la acción y la omisión, y cuando se realiza *ex post*, nos encontramos en el ámbito de la imputación objetiva[36].

34 SAP de Asturias (Sección 8.ª) núm. 240/2015 de 30 noviembre *«Cierto es que la situación de peligro concreto en que se pudieron encontrar los otros dos trabajadores, Marcos y Humberto, podría calificarse como un delito del artículo 316, que estaría, este sí, en concurso ideal con el de homicidio imprudente, pero resulta que a) en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia no se dice nada, al menos expresamente, sobre la situación de peligro de esos otros dos trabajadores, de los que sólo se dice que estaban trabajando junto al accidentado y que «se encontraban cada uno a un extremo de la misma» (la plataforma)».*

35 Tamarit Sumalla, J.M., «Artículo 316», cit., p. 1216.

36 Rodríguez Mesa, M.J., «La atribución de responsabilidad en Comisión por Omisión», en *Revista de Derecho y Proceso Penal-monografía,* núm. 14, 2005, pp. 116 y 123; *«…la creación normativa del riesgo —entendida como equivalente funcional de la causalidad—, no ha de ser confundida con la creación o incremento del riesgo entendido como criterio de imputación objetiva. Y ello porque*

Este peligro en la práctica se encuentra presente de forma continuada en la relación laboral y mientras esta se desarrolla. El peligro puede compartirse de forma coetánea en el tiempo —la falta de medidas de protección que sufren los albañiles que no disponen de cascos o guantes en una obra, o el mal anclaje del andamio—, o bien de forma sucesiva —el vigilante nocturno de esa misma obra al que tampoco le facilitan el casco y que pasa cerca del andamio mal anclado—. Además, su origen puede ser debido a múltiples y diferentes razones, siempre por la infracción de las medidas exigidas en la normativa prevencionista, puede ser que éste no haya sido evaluado, es decir es posible que no haya sido identificado y no haya conciencia de su existencia, o aun siéndolo que no se faciliten medidas suficientes para anularlo y, por lo tanto, se encuentre presente de forma habitual y cotidiana en la relación laboral[37]. El riesgo, por ende, lo comparten varios trabajadores, aunque finalmente solo se materialice en uno de ellos y el Derecho penal simplemente ha querido trasladar esta realidad en la configuración del delito, en aras de la eficacia de la norma.

La consecuencia en el orden penal a diferencia del administrativo la encontramos en la posibilidad de conminar con pena privativa de libertad. Si la multa sanción que reina en el orden administrativo, la prisión absorbe todo el protagonismo y atención en el Derecho penal. En este delito el legislador establece que aquellos que cometan el delito en su modalidad dolosa *«serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses»*. La sanción pecuniaria tiene naturaleza acumulativa, es decir, no excluye ni sustituye a la pena privativa de libertad, como ocurre en otros delitos, dada la importancia de los bienes jurídicos en peligro. Respecto a la comisión imprudente, tipificada en el art. 317 CP, se impone la pena inferior en grado.

III.- LOS PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN Y EL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM*

Con el panorama descrito en el anterior punto, ya podemos asumir que nos encontramos con importantes problemas interpretación. Las coincidencias entre el orden penal y laboral en sede legislativa son evidentes, entre otras, encontramos importantes correspondencias ante el bien jurídico protegido, los elementos introducidos por el legislador penal y laboral o la apuesta por sancionar el peligro antes de que se materialice el daño, entre otras cuestiones.

El art. 3 LISOS aspira a ofrecer claridad ante esta situación y para ello recuerda que en aquellos supuestos controvertidos se aplicará el principio *non bis in idem*. Previo al análisis sobre cómo opera este principio entre las infracciones laborales y penales en este ámbito, nos vamos a detener en el apartado de 4 de este precepto que incorpora una precaución para el específico ámbito de prevención de riesgos: «*4. La comunicación del tanto de culpa al órgano judicial o al Ministerio Fiscal o el inicio de actuaciones por parte de éstos, no afectará al inmediato cumplimiento de las medidas de paralización de trabajos adoptadas en los*

una cosa es el riesgo ex ante, que constituye núcleo sistemático del problema de la equiparación, y otra el incremento del riesgo ex post que conforma un criterio de imputación del resultado a una conducta ex ante peligrosa».

37 Gallardo García, R.M., *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, cit., pp. 169 y ss.

casos de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud del trabajador, a la efectividad de los requerimientos de subsanación formulados, ni a los expedientes sancionadores sin conexión directa con los que sean objeto de las eventuales actuaciones jurisdiccionales del orden penal». De esta forma, aunque se paralice el proceso administrativo, cediendo el espacio a la intervención penal, esto no afectará a la suspensión de la actividad en supuestos de riesgo grave para la vida o salud de los trabajadores y, tampoco, inhabilita la subsanación de los riesgos que hayan sido requeridas. Con esto, se pretende evitar que este traslado no genere en sí un aumento del peligro prohibido y detectado, al dejar sin efecto las medidas de protección previstas.

La necesidad de incorporar un principio que orientara al intérprete jurídico se debe a la habitual concurrencia de infracciones de diferente naturaleza, penal y administrativa, y a la importancia de ofrecer una solución que impida la duplicidad de sanciones. De la definición del principio *non bis in idem* se desprenden tres elementos, que se corresponden con los requisitos a exigir para que este conocido principio despliegue sus consecuencias: identidad de sujetos, hechos y fundamento jurídico.

En cuanto a la identidad de sujetos, nos encontramos, por un lado, a la persona física y, por otro, a la jurídica. Hasta ahora, cuando el sujeto activo es una persona física, como hemos visto en líneas anteriores, nos encontramos con un amplio elenco de obligados por la norma. La imputación de la persona física no ha generado una discusión dogmática relevante, el problema lo genera la identificación de todos los que pueden ser responsables y del grado de responsabilidad de cada uno. Efectivamente, la dificultad en cada supuesto viene dada por lo complicado que resulta concretar el grado de responsabilidad de cada uno de los posibles responsables, puesto que cada vez nos encontramos con estructuras empresariales más complejas.

Sí precisa de cierta reflexión dogmática la redacción en el texto punitivo de la posible imputación de la persona jurídica en este concreto ámbito. Pues bien, la empresa puede ser responsable tanto en la vía penal como en la administrativa[38]. Precisamente la reforma que permitió la imputación de las empresas en el orden penal estaba llamada a eliminar la doble vía que hasta ese momento se venía aplicando[39]. Sin embargo, el legislador penal en un des-

38 La reforma operada en nuestro sistema penal a través de la LO 5/2010 mediante la cual deja de estar vigente el principio *societas delinquere non potest*, y se establece un elenco de penas para las personas jurídicas. Cambio que un sector de la doctrina ha reclamado para nuestro sistema penal, entre otros, Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Aranzadi, Navarra, 2003; De La Cuesta Arzamendi, J.L., «Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas», en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, obra colectiva dirigida por Messuti, A., y Sampedro Arrubla, J.A., Edit. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001; García Arán, M., «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío* López, Comares, Granada, 1999.

39 Camas Roda, F., «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social», en *Estudios Financieros*, núm. 26, 2004, p. 15: «*Así, por ejemplo, se manifiesta la STS (Sala 3.ª, de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001:tras abrirse un expediente sancionador a una empresa constructora por una infracción laboral en materia de prevención de riesgos laborales, se paraliza hasta que se dicta una sentencia penal condenatoria del Ingeniero Técnico*

cuido olvidó reformar el art. 318 CP, precepto destinado a recoger la imputación de la persona jurídica en el ámbito del Derecho penal laboral[40]. Con esta situación parece que la condena penal de una empresa o asociación con personalidad jurídica por este delito podría conculcar el principio de legalidad. Hay que recordar que este delito normalmente se da en empresas o asociaciones con personalidad jurídica, por lo que puede suponer que justo en los delitos en los que tendría mayor sentido la sanción a la persona jurídica, no se la pueda sancionar. Aunque, efectivamente existen importantes dudas sobre la imputación de la persona jurídica sin la consecuente reforma es posible, parece que el Ministerio Fiscal opina de forma diferente y considera posible y ajustada a Derecho la sanción penal a las empresas[41]. De hecho, ante el empuje de la Fiscalía, ya se está empezando a sancionar por la vía penal[42].

director de la obra, tras lo cual, reanudado el expediente sancionador, recae sobre la empresa una sanción administrativa por los mismos hechos. Ante las alegaciones de la empresa recurrente, el TS afirma que para aplicar el principio de non bis in idem, no sólo debe existir una identidad de hechos, o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos, cosa que no sucede en el caso de autos, «pues la sentencia penal condenó al Ingeniero Técnico director de la obra, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo»

40 Gallardo García, R.M., *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, cit., p. 218. La falta de diligencia por parte del legislador penal en la reforma del citado precepto determina que éste derive al art. 129 CP, que antes de la reforma de 2010 contenía una serie de consecuencias accesorias, que no se reputaban como penas, ya que antes de este importante cambio legislativo en nuestro sistema penal era imposible sancionar a una empresa o sociedad. Por otro lado, este art. 129, a raíz de este cambio de paradigma, ha sido modificado sustancialmente dado que expresamente indica: «*En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, (...)*». De esta forma, el art. 31 bis contiene el elenco de sanciones penales que se le puede aplicar a la empresa o sociedad con personalidad jurídica, siempre bajo el sistema de numerus clausus, esto es, debe estar previsto específicamente en cada delito; y el art. 129 tiene el objetivo de contener las posibles consecuencias para aquellas asociaciones u organizaciones que carecen de personalidad jurídica.

41 Así se indica en: Circular de la Fiscalía General del Estado, 1/2011, relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, aunque considera necesaria una reforma que aclare esta situación

42 «*El recurrente parte de un planteamiento equivocado. Ya vimos los términos en que la defensa del recurrente planteó sus conclusiones provisionales y definitivas. Además, la entidad Paradela SL. no puede ser acusada por este delito a tenor del art. 31 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777). El art. 318 no se remite al art. 31 bis. Lo que hace —mediante una cláusula que está vigente desde la LO 11/2003 (RCL 2003, 2332) y por ello con anterioridad a que se implantase la responsabilidad penal de las personas jurídicas por Lo 5/2010— es permitir la atribución de la pena en tales casos a los administradores y que quepa imponer alguna de las medidas del art. 129 CP a la persona jurídica; pero ésta no puede ser acusada como responsable penal.*

Dice así el art. 318 CP: «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título (Título XV, de los delitos contra los derechos de los trabajadores) se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieren adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.»

Al margen de los errores o ausencias de esta reforma que permite imputar a las empresas en el Derecho penal laboral, esta posibilidad tiene una gran capacidad transformadora y de mejora en la aplicación de estos delitos, por lo que redundará en beneficio de la eficacia de la norma penal. En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ denuncia que en ocasiones las autoridades se deciden por la vía administrativa porque pueden dirigirse contra la empresa, opción que despliega mayores efectos preventivos y evita, por tanto, la continuidad en su seno de estas conductas[43].

Respecto a los hechos[44], su distinción presenta gran dificultad incluso en sede legislativa dentro del mismo orden laboral *«ya que una misma conducta incumplidora, pero de carácter complejo, puede desgajarse en diversos supuestos fácticos contemplables aisladamente a efectos de su sanción, incluso por* órdenes *jurídicos distintos»*[45]. De forma que, se reconoce la dificultad interpretativa existente, en especial cuando se trata de diferenciar los planos, penal y laboral. Como hemos indicado en líneas anteriores, se detecta en el legislador un importante celo por configurar un acervo normativo que abarque todas y cada una de las posibles conductas antijurídicas en la materia objeto de estudio.

Realmente los deberes vienen recogidos en el acervo prevencionista, siendo la LPRL el eje del mismo, pero no la única fuente[46]. Con esto, el problema principal con el que se encuentra el intérprete jurídico es que, tanto en el delito como las infracciones laborales incluyen como elemento típico el peligro para la salud del trabajador. De hecho, algunos autores expresan algunas dudas de carácter aplicativo, precisamente porque en ambos ordenamientos se viene a sancionar la puesta en peligro grave e inminente[47]. Aunque no todas las infracciones incluyen

De hecho, ha sido frecuente la crítica doctrinal sobre la no inclusión de los delitos contra los derechos de los trabajadores en el listado de delitos en los que cabe opere el art. 31 bis.
La sentencia sí que resuelve esta cuestión. Condena al recurrente y ello pese a que nadie acusó a la persona jurídica.
Además, —como apunta el Ministerio Fiscal— la responsabilidad penal de la persona jurídica no condicionaría la de la persona física, ni viceversa conforme a los (arts. 31 bis y ter) CP» (STS núm. 121/2017 de 23 febrero).

43 Zúñiga Rodríguez, L., «Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 12, 2010, p. 10: 8.

44 Los hechos probados en la jurisdicción penal vinculan el orden social, así lo refleja el legislador en el art. 3.3 LISOS. Este precepto indica que los hechos probados en la jurisdicción penal, una vez acabado el proceso en el que no se ha condenado por el ilícito penal, se considerarán probados y se trasladarán, como tal, al expediente sancionador.

45 Camas Roda, F., «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social», cit., p. 15.

46 La LPRL indica en su primer artículo que *«la normativa sobre prevención de riesgos laborales está constituida por la presente Ley, sus disposiciones de desarrollo o complementarias y cuantas otras normas, legales o convencionales, contengan prescripciones relativas a la adopción de medidas preventivas en el ámbito laboral o susceptibles de producirlas en dicho ámbito»,* mostrando así el amplio y variado elenco de fuentes que posee esta rama encargada de la prevención de riesgos en el trabajo

47 Pérez Capitán, L., «El principio *non bis in idem* en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década», en *Revista social*, 1994, (edición electrónica – sin paginar).

esta referencia, solo algunas de las calificadas como graves y muy graves en la LISOS, recogen el citado peligro derivado de la omisión de las medidas de seguridad e higiene debidas.

Las infracciones administrativas en las que se tipifica la creación de riesgo grave para la salud o integridad del trabajador, se reparten entre el art. 12, infracciones graves, apartados 8, 9, 16 y 17; y el art. 13, infracciones muy graves, apartados 3, 4, 6 y 10 LISOS. En estos apartados se suele exigir que la omisión de las medidas preventivas señaladas genere un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores. La diferencia entre uno y otro precepto viene dada por la introducción además del calificativo grave, el de inminente, en el caso de las infracciones muy graves, lo que supone entender por tal, una elevada probabilidad de que se materialice la lesión en un futuro inmediato. El legislador laboral propone un concepto partiendo del elemento temporal, esto es que esté pronto a producirse, y esta inminencia determinará la calificación del riesgo y la infracción. Además añade al peligro un elemento valorativo que alude a la capacidad de que su materialización tenga consecuencias graves para la salud de los trabajadores[48].

De manera que, se aleja de la idea de que el mero cumplimiento formal de las obligaciones preventivas excluye de responsabilidad. Por lo que, con la introducción del riesgo para la salud se pretende reforzar el pensamiento de *«que lo perseguido por la normativa preventiva no es meramente que se cumplan las obligaciones y deberes formales sino que se adopten, es decir, que se cumplan efectiva y realmente las medidas de seguridad previstas para evitar los peligros que la actividad laboral en cada caso puede comportar, y por ello no basta acreditar, que existen o que se han propuesto tales medidas de seguridad y sí necesariamente que se han adoptado y cumplido»*[49].

El delito hace referencia al peligro grave la vida y la salud de los trabajadores. Y aunque encontramos la inclusión de la vida de forma expresa, a diferencia de las infracciones administrativas, sigue siendo complicado materialmente diferenciarlas. Si bien es cierto, que cada medida tiene una función y cada aspecto del acervo prevencionista se dirige a eliminar o minimizar los riesgos laborales. En este sentido, Escajedo San Epifanio indica que *«…a excepción de las más leves, toda infracción de la normativa de prevención de riesgos laborales, implica mayor o menor peligro para la salud o la vida humana»*[50]. Con esto es obvio que nos encontraremos con la necesidad de realizar un esfuerzo interpretativo, y hacerlo le corresponde, *ab initio,* a sectores no penales, como la Inspección Laboral, es decir, estamos en un ámbito previamente intervenido que marcará la valoración del concreto peligro laboral.

Esta complejidad determina la importancia de coordinación y comunicación en un ámbito tan complejo en aras de mejorar la aplicación y, por ende, la eficacia de la norma. De hecho, esta necesidad generada por la dificultad de determinar si nos encontramos ante un ilícito penal o bien ante un ilícito administrativo, como se indica en la Instrucción de la Fiscalía 1/2001, por lo que para una mayor efectividad de la norma penal en este ámbito se precisa

48 Art. 4 LPRL.: *«Se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente» aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores».*

49 En referencia al apartado 6 del art. 12 LISOS, Camas Roda, F., «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social», cit., p. 40.

50 Escajedo San Epifanio, L., «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», cit., p. 814.

una acción conjunta entre la Inspección de Trabajo y el Ministerio Fiscal[51]. También en el Congreso de los Diputados se ha manifestado la preocupación por esta materia, y se ha puesto de relieve la pertinencia de coordinación entre los múltiples organismos que participan de forma directa en la prevención de riesgos laborales[52].

Por último, en este proceso de identificar los tres elementos del principio *non bis in idem,* nos encontramos con la necesidad de identificar el fundamento en el orden penal y laboral. La doctrina entiende que este debate debiera centrarse en el objeto de protección, es decir, en el bien jurídico que se protege. En esta discusión encontramos variados pronunciamientos en la literatura, por un lado, González Ortega y Aparicio Tovar consideran que el interés protegido es diferente, que el Derecho penal protege la vida, la salud y la integridad de los trabajadores, y el Derecho prevencionista tutela la defensa del interés general de la colectividad definidos en los arts. 40 y 43 CE. En la doctrina penalista también existen voces que defienden que el sustrato material del objeto de protección de la esfera administrativa viene dado a raíz de lo indicado en la Carta magna, entendiendo que se trata de *«garantizar la tutela y protección de un trabajo seguro, mediante el control del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales»*[53].

Por otro lado, la doctrina mayoritaria entiende que tanto el orden penal como el administrativo laboral y prevencionista tienen un mismo objeto de protección, la vida y la salud de los trabajadores[54]. Además hay que llamar la atención sobre las propuestas que invocan *«… una pluralidad, no siempre existente —o no siempre defendible—, de intereses protegidos, se corre el riesgo de convertir la apelación a la diversidad de fundamento en el gran alibi justificador de heterodoxas excepciones al principio non bis in idem»*[55]. Por lo que, parece que ambos coinciden en el fin de protección de la norma, así como en los objetivos, que no es más que proteger a la parte más débil y vulnerable de la relación laboral cuando más lo necesita, como es el trabajador ante la puesta en peligro de la vida y la salud.

De hecho, la denominada doble vía[56], mediante la que se condena en el orden administrativo a la persona jurídica y en el penal a la persona física, confirma las tremendas coinci-

51 Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral; propone para ello*: «…ordenar la remisión al Ministerio Fiscal de las actuaciones de la Inspección de Trabajo en que la omisión de medidas de seguridad laboral lleven aparejada una propuesta de sanción por infracción muy grave, al objeto de que los Sres. Fiscales puedan evaluar la posible existencia de responsabilidad penal».*

52 Acuerdo del pleno del Congreso de los Diputados de 24 de febrero de 1998, ver debate en: Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, núm. 138, de 24/02/1998.

53 Zúñiga Rodríguez, L., «Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo», cit., p. 10: 8, y abundando en esta cuestión esta autora defiende que *«…la responsabilidad penal tiene una finalidad más general, de mensaje a los sujetos responsables de que el incumplimiento normativo grave que pone en peligro la salud y la vida de los trabajadores posee un reproche social trascendente, y por tanto, este comportamiento va a ser acreedor de una pena».*

54 Por todos, Terradillos Basoco, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006, pp. 131 y ss.

55 Baylos Grau, A., y Terradillos Basoco, J.M., «La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud», cit., p. 63.

56 Sobre esto en relación a la identidad de los sujetos y a la imputación de la persona jurídica, se estudió en líneas anteriores. Realmente esta doble vía, aunque no es lo ideal, debiera seguir vigente

dencias: los hechos son los mismos y quedan vinculados a ambos ordenes, el fundamento se equipara, y en este caso la diferencia se encontraba en las personas jurídicas y físicas. En este punto, lo que se quiere destacar es que las coincidencias entre los hechos y el fundamento son reales, y se ha incluso podido aplicar ante un mismo supuesto, por un lado, la infracción administrativa y, por otro, la penal, ya que en lo único que no coincidían era en la posibilidad de imputar a la persona jurídica[57].

En conclusión, el principio *non bis in idem* se convierte en la principal herramienta en el proceso de interpretación para subsumir una conducta en la infracción penal o en la administrativa. La relación entre las dos ramas del control social formal se rige por el principio de subsidiariedad, esto es, el Derecho penal tiene como cometido la prevención de los ataques más graves a los bienes jurídicos de mayor valor, utilizándose por ende como último recurso. Por lo tanto, una vez que el legislador penal tipifica un delito que castiga la puesta en peligro grave de la vida y la salud de los trabajadores por la omisión de las medidas de seguridad, cuando se reproduzcan los elementos del tipo, el delito se aplicará de forma preferente a la infracción administrativa, aunque ésta pueda contener similares o casi idénticos elementos[58].

En un principio, el delito contra la vida y salud de los trabajadores apenas se aplicaba y todo el protagonismo lo ha tenido el Derecho administrativo[59]. Aunque se ha podido apreciar un cambio cuantitativo en la aplicación de este delito por parte de los jueces y tribunales en los últimos años, y es que la intervención administrativa hasta ahora no ha sido suficiente, o quizás le ha faltado ser eficiente, dado que lejos de bajar los índices de accidentalidad, por el contrario, estos han aumentado.

IV.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Las leyes tienen una función social por lo que, en aras de la eficiencia, tanto el Derecho penal como el Derecho del trabajo deben cambiar al mismo tiempo que evoluciona la sociedad, la cuestión es cómo deben hacerlo, por lo que el eje de la discusión se mantendrá en

ya que el art. 318 CP no se ha reformado en consecuencia. Sin embargo, parece que finalmente se está forzando condena a las personas jurídicas en el orden penal: SAP de Madrid núm. 130/2018 de 20 febrero; STSJ de Madrid, núm. 84/2018 de 19 junio.

57 *«…aplicar el principio "non bis in idem", no sólo debe existir una identidad de hechos o fundamentos, objeto y causa material o punitiva, sino también de sujetos y ello no sucede en el caso de autos pues la sentencia penal condenó a tres personas el arquitecto superior y el arquitecto técnico responsable de la obra así como el encargado general de seguridad de la empresa como responsables de los delitos de los que se les acusaba, mientras que la sanción administrativa recae sobre la empresa por la no adopción de medidas de seguridad en el trabajo de modo que no existe infracción al principio de non bis in idem al no sancionarse por los mismos hechos a idénticas personas»* [STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de marzo de 2010].

58 Art. 3 LISOS sobre la concurrencia con el orden jurisdiccional penal.

59 En definitiva y en palabras de Terradillos Basoco, *«…la proverbial codicia del Derecho Administrativo sancionador potenciada por la especialidad de nuestro sistema, lastra, así, la aplicabilidad de un modelo penal, que como ya se ha subrayado, se ha mostrado reticente a intervenir antes de la producción del resultado lesivo».* Terradillos Basoco, J.M., *La siniestralidad laboral como delito,* cit., p. 126.

torno al fundamento de la intervención y la necesidad de la misma. Ambas materias conforman especialidades jurídicas complejas, de ahí la dificultad para interprete jurídico, pero cada vez nos encontramos una confluencia mayor entre ambas, que exige mayor claridad y que esta redunde en una eficacia preventiva visible.

Además, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal son las materias que conforman el control social formal, ambas tienen la función de prevenir determinadas conductas que generan conflicto social, por lo que configuran como especialidades jurídicas complejas, de ahí la dificultad para los operadores jurídicos. En este sentido, se pone en evidencia la importancia de que las diversas ramas del ordenamiento jurídico que regulan esta materia se coordinen para conseguir una mayor efectividad de las normas. La mejor forma de ofrecer una solución óptima a la alta accidentalidad laboral es plantear soluciones de carácter multidisciplinar, y para ello es necesaria cierta coordinación.

De hecho, en este ámbito la coordinación institucional ha mostrado la utilidad de crear espacios para conseguir mejorar la aplicación práctica. Las dos instituciones en ambos órdenes por excelencia son la Inspección laboral y el Ministerio Fiscal. En esta línea, ya la Circular 4/2011, sobre los criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de siniestralidad laboral, abundaba en la necesidad de coordinación, así como en identificar los problemas aplicativos de este delito abordando el estudio desde el prisma sustantivo y procedimental, y usando la experiencia práctica de estos profesionales[60]. Entre estas cuestiones procedimentales se hace especial referencia a la intervención de la Inspección de Trabajo en los procedimientos penales, dado que las labores propias de investigación se tornan esenciales para la investigación de los accidentes laborales y las causas que lo originaron, así como para la distinción entre el delito y las infracciones laborales.

De ahí que el papel de la Inspección laboral sea tan importante en ambos órdenes. Por otro lado, no es el único operador jurídico con capacidad de impulsar la persecución de las infracciones acaecidas en el trabajo. Hay que destacar el papel de los sindicatos, ya que la *notitia* puede llegar por el trabajador o los sindicatos. En este punto se pone de manifiesto la falta de formación y especialización en materia penal laboral de los abogados sindicalistas. El trabajador no es consciente de la relevancia de la intervención penal hasta que no ocurre el accidente, y el abogado sindicalista no está especializado en Derecho penal, dado que son materias bastante complejas y normalmente los abogados en ejercicio no suele dominarlas al mismo tiempo. Además, los sindicatos no suelen usar como recurso el Derecho penal del trabajo, en general, ni los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, en particular[61].

60 Así expresamente indica en la introducción la citada Circular: *«por exigencia de una elemental sistemática y teniendo en cuenta que en todas las reuniones de especialistas se han establecido y desarrollado como temas a tratar y debatir —además de otros de carácter organizativo y de relaciones institucionales que quedan fuera del propósito y contenido de esta Circular— las que hemos llamado "Cuestiones sustantivas" y"Cuestiones procesales", parece conveniente mantener esa división bifronte y dedicar a los dos grandes apartados de esta Circular a esas cuestiones, sin perjuicio de diferenciar dentro de cada uno de ellos, aquellos otros subapartados que permitan una exposición sistemática y manejable que facilite la consulta en el trabajo cotidiano, que es cabalmente uno de los objetivos básicos de esta Circular».*

61 Gallardo García, R.M., «La mirada sindical ante el sistema de protección laboral y penal de los trabajadores», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad,* núm.7, 2021.

Al hecho de que normalmente no coinciden ni confluyen las especialidades en Derecho penal y laboral en abogados y en el resto de operadores jurídicos, le añadimos las dificultades interpretativas señaladas a lo largo de este artículo. Las coincidencias señaladas lo largo de estas líneas ponen en riesgo la efectividad de las normas, en especial la aplicación del Derecho penal. Se evidencia un exceso de cuidado que no permite una distinción clara en sede legislativa, por lo que se requiere acudir a la solución que ofrece el principio *non bis in idem* para identificar en cada supuesto en que infracción se debe subsumir el supuesto concreto.

Respecto a las necesidades de reforma legislativas, hay que indicar que de la misma forma que la jurisdicción administrativa debe ceder ante la penal, en sede legislativa el Derecho administrativo también debería ceder y dejar al Derecho penal el castigo de las conductas más graves. Por lo que habría que buscar fórmulas garantistas que dejen los elementos de mayor gravedad al delito, como la puesta en peligro grave e inminente. Al fin y al cabo, es función del Derecho penal la prevención y el control de las conductas más graves que pongan en riesgo o dañen los bienes jurídicos de mayor valor para nuestra sociedad.

Igualmente resulta de gran importancia, acabar con la desidia del legislador penal en la configuración de la responsabilidad de la persona jurídica en el Derecho penal laboral. En consecuencia, se debe reformar el art. 318 CP en aras de poder imputar a las empresas sin poner en riesgo el principio de legalidad. Pues bien, ya que en sede legislativa no se puede resolver se debe hacer en el momento de aplicación de la norma. En este sentido, se debe continuar reforzando la colaboración y cooperación entre la Fiscalía y la Inspección laboral.

La doctrina penal se ha quejado de una tradicional priorización de las vías administrativa y civil ante el problema de la siniestralidad laboral, que puede hacer peligrar los fines preventivos en este ámbito[62]. Por lo que podemos intuir que además de las sanciones de naturaleza pecuniaria, se necesitan otro tipo de consecuencias para lograr un cambio ante el empresario infractor. Y así, evitar el riesgo que la infracción se convierta en un coste empresarial más. Precisamente por esta razón, la posibilidad de entrar en prisión pudiera prevenir estas conductas, y así conseguir que el empresario dejara de considerar la prevención de riesgos laborales como un mero coste económico. Efectivamente, la vía administrativa no consigue los niveles de motivación necesarios para que el empresario deje de poner en peligro la vida y la salud de sus empleados. Por esta razón se ha tenido que recurrir a la intervención penal, dada la importancia del ámbito en el que se reproduce el riesgo antijurídico —el trabajo constituye la base del sustento humano—; y la relevancia que obviamente tienen los bienes jurídicos puestos en peligro, la vida y la salud, soporte ontológico del resto de derechos.

En definitiva, los problemas en sede legislativa se deben a un exceso de celo por parte del legislador, por lo que no se trata de legislar más, si no de legislar mejor. Para ello, es necesario dotar de coherencia la intervención en un ámbito complejo como la prevención de riesgos laborales, campo que tiende a desbordarse si no se atiende a las necesidades reales en aras de crear un soporte jurídico eficaz. En todo caso, otorgar a la norma toda la responsabilidad en este ámbito no cambiará la realidad, para lograr una trasformación de las relaciones laborales es necesario implementar previamente una verdadera «cultura preventiva». En este sentido es importante asumir la siniestralidad laboral como un problema social intolerable. Además, debemos permanecer alerta en momentos de crisis económica y precarización del

62 Oña Navarro, J.M., «Tratamiento penal de la siniestralidad laboral: algunos problemas actuales», en *Revista Sepin Penal,* núm. 19*,* 2009, p. 38.

mercado laboral, en el que el riesgo se ha convertido en un problema sistémico de las relaciones laborales y, la aceptación pacífica del mismo por parte de los trabajadores, temerosos a perder el puesto de trabajo, en un caldo de cultivo para la expansión del peligro y la siniestralidad laboral.

V. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

Arroyo Zapatero, L., La *protección penal de la Seguridad en el trabajo,* Colección jurídica. Servicio social de higiene y seguridad en el trabajo, Madrid, 1981.

Barrenechea, J., y **Ferrer, M.A.**, *Infracciones y sanciones laborales,* Deusto, Bilbao, 2004.

Baylos Grau, A., y **Terradillos Basoco, J.M.**, «La responsabilidad penal del empresario en seguridad y salud», en *Revista Científico-Técnica de Seguridad y Salud Laborales. Alcor de MGO, núm. 1, Julio 2004*.

Baylos Grau, A., y **Terradillos Basoco, J.M.**, *Derecho penal del trabajo*, Trotta, Madrid, 1997.

Beck, U., *La sociedad del riesgo global,* Siglo XXI, Madrid, 2002.

Camas Roda, F., «Las infracciones y sanciones administrativas del empresario en el orden social», en *Estudios Financieros*, núm. 26, 2004. (Recuperado de: https://revistas.cef.udima.es/index.php/rtss/article/view/8787/8529)

Camas Roda, F., «Responsabilidad empresarial por siniestralidad laboral», en *La responsabilidad laboral del empresario: siniestralidad laboral,* obra colectiva coordinada por Pumar Beltrán, N., Bomarzo, Alicante, 2006.

De La Cuesta Arzamendi, J.L., «Una 'nueva' línea de intervención penal: el Derecho penal de las personas jurídicas», en *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, obra colectiva dirigida por Messuti, A., y Sampedro Arrubla, J.A., Edit. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001.

De Vicente Martínez, R., *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

De Vicente Martínez, R., *Seguridad en el trabajo y Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2001

Del Rey Guanter, S. y **Valverde Asencio, A.J.**, «La responsabilidad administrativa en materia de prevención de riesgos laborales», en *Alcor de mgo*, núm. 1, 2004.

Escajedo San Epifanio, L., «Art. 317 CP: un delito imprudente de peligro relativo a la vida, la integridad física o la salud de las personas», en *Actualidad penal,* núm. 38, 2000.

Gallardo García, R.M., «La mirada sindical ante el sistema de protección laboral y penal de los trabajadores», en *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad,* núm. 7, 2021.

Gallardo García, R.M., *Protección jurídica de la vida y la salud de los trabajadores. Derecho penal-Derecho administrativo sancionador*, Comares, Granada, 2016.

García Arán, M., «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en AA.VV., *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.

García Rivas, N., «Reflexiones sobre inseguridad laboral e imprudencia. A propósito de la Sentencia de la A.P. de Barcelona de 2 de septiembre de 2003», en *Revista de Derecho Social*, núm. 24, 2003.

Hortal Ibarra, J.C., *Protección penal de la seguridad en el trabajo,* Atelier, Barcelona, 2005.

Igartúa Miró, M.T., *Sistema de Prevención de riesgos laborales*, Tecnos, Madrid, 2023.

López Gandía, J., Blasco Lahoz, J.F., *Curso de Prevención de riesgos laborales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

Meléndez Morillo-Velarde, L., «Los sujetos responsables en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 78, 2016 (Recuperado de: https://www.researchgate.net/profile/Lourdes-Melendez-Morillo-Velarde/publication/28317198_Los_sujetos_responsables_en_la_ley_de_infracciones_y_sanciones_en_el_orden_social/links/56fbef8708ae1b40b8063fc8/Los-sujetos-responsables-en-la-ley-de-infracciones-y-sanciones-en-el-orden-social.pdf).

Ministerio de Trabajo y Economía Social, *Estadísticas de Accidentes de trabajo*, 2022 (Recuperado de: https://www.mites.gob.es/estadisticas/eat/eat22/Resumen_resultados_ATR_2022.pdf).

Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J., y **Alzaga Ruiz, I.**, *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, Ed. Universitaria Ramón Aceres, Madrid, 2009.

Oña Navarro, J.M., «Tratamiento penal de la siniestralidad laboral: algunos problemas actuales», en *Revista Sepin Penal,* núm. 19*,* 2009.

Pérez Capitán, L., «El principio *non bis in idem* en el derecho sancionador laboral. La jurisprudencia de la última década», en *Revista social*, 1994, (edición electrónica — sin paginar).

Pérez De Los Cobos Orihuel, F., «La prevención de riesgos laborales en las estructuras empresariales complejas», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 48, 2003.

Rodríguez Mesa, M.J., «La atribución de responsabilidad en Comisión por Omisión»*,* en *Revista de Derecho y Proceso Penal-monografía,* núm. 14, 2005.

Rojo Torrecilla, E., *Delitos contra los derechos de los trabajadores y contra la seguridad social,* Bosch, Barcelona, 1998.

Sánchez Lázaro, F.G., «El concepto de trabajador en el Derecho penal español», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 13, 2004.

Serrano-Piedecasas, J.R., «La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo», en *Revista penal,* núm. 10, Julio 2002.

Tamarit Sumalla, J.M., «Artículo 316», en *Comentarios al Código penal. Tomo II. Parte especial (Artículos 138 a 318)*, obra colectiva dirigida por Quintero Olivares, G., Thomson, Navarra, 2008.

Terradillos Basoco, J.M., «Los delitos contra la vida y salud de los trabajadores: diez años de vigencia (diez cuestiones controvertidas en los Tribunales)», *Siniestralidad laboral, Una análisis criminológico y jurisprudencial,* obra colectiva coordinada por J.M., Terradillos Basoco, M., Acale Sánchez, y R.M., Gallardo García, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, Cádiz, 2005.

Terradillos Basoco, J.M., *La siniestralidad laboral como delito*, Bomarzo, Albacete, 2006.

Viñeta I Roca, F., «Derecho fundamental a la integridad física y salud en el trabajo», en *Revista social*, núm. 7, 2003 (edición electrónica — sin paginar).

Zúñiga Rodríguez, L., «Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* núm. 12, 2010, (Recuperado de: http://criminet.ugr.es/recpc/).

Zúñiga Rodríguez, L., *Bases para la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas,* Aranzadi, Navarra, 2003.

LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN A TRAVÉS DE MEDIDAS DE TRANSPARENCIA RETRIBUTIVA Y LOS MECANISMOS PARA SU CUMPLIMIENTO: LA DIRECTIVA (UE) 2023/970

THE CONSOLIDATION OF THE PRINCIPLE OF EQUAL PAY THROUGH PAY TRANSPARENCY MEASURES AND THE MECHANISMS FOR COMPLIANCE: DIRECTIVE (EU) 2023/970

Gratiela-Florentina Moraru
Profesora Ayudante Doctora
Universidad de Castilla-La Mancha
gratiela.moraru@uclm.es

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. EL RECORRIDO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES: HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE SU CONSAGRACIÓN. II. EL CONTEXTO SOCIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2023/970. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA. IV. LA DIRECTIVA (UE) 2023/970 Y EL REFORZAMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES. 4.1. La finalidad de la Directiva (UE) 2023/970. 4.2. Ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2023/970. 4.3. La expansión de los conceptos: definiciones y ampliaciones del concepto de discriminación. 4.4. Mismo trabajo y trabajo de igual valor. 4.5. Transparencia retributiva previa al empleo y en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva. 4.6 Los derechos de información como mecanismo de transparencia en la Directiva (UE) 2023/970. 4.7. Tutela del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: vías de reparación y cumplimiento efectivo. 4.8. Disposiciones horizontales. V. CONCLUSIONES

Palabras clave: salario, igualdad, transparencia retributiva, trabajo de igual valor, información, brecha retributiva de género.
Keywords: salary, equality, pay transparency, work of equal value, information, gender pay gap.

Resumen: Los logros de la Directiva 2006/54/CE en lo que respecta la eliminación de la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos de la retribución no se han visto completamente alcanzados, hecho debido a la escasa transparencia retributiva, la inseguridad jurídica del concepto «trabajo de igual valor» y los farragosos procedimientos para su reivindicación. La imperiosa urgencia de enmendar estos aspectos es patente debiendo reforzarse la aplicación del principio de igualdad de retribución y erradicarse la discriminación retributiva directa e indirecta, cometido al que responde la Directiva (UE) 2023/970.

Abstract: The achievements of Directive 2006/54/EC regarding the elimination of direct and indirect discrimination on the basis of sex in all elements of remuneration have not been completely achieved due to the lack of remuneration transparency the legal uncertainty of the concept «work of equal value» and the cumbersome procedures for its claim. The urgency of amending these aspects is evident, and the application of the principle of equal pay must be reinforced and direct and indirect pay discrimination must be eradicated, a task to which Directive (EU) 2023/970 responds.

I. EL RECORRIDO INTERNACIONAL Y EUROPEO DE LA IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES: HACIA LA UNIVERSALIZACIÓN DE SU CONSAGRACIÓN

El principio de igualdad y no discriminación constituye un elemento central para todo ordenamiento jurídico, principio a través del cual se edifican marcos de protección y tutela de valores constitucionales de la persona. La igualdad y la no discriminación se eleva así en un cimiento fundamental de la comunidad internacional, europea y de todos los ordenamientos jurídicos que aspiren a la consecución de unos niveles reales de igualdad en su seno. Sin lugar a duda, se trata de un principio que ha recibido un reconocimiento universal y multinivel desde instancias internacionales, europeas y nacionales[1]. Como tendremos oportunidad de observar, la delimitación conceptual y la consagración jurídica de la igualdad y la prohibición de discriminación por las diversas causas que los distintos instrumentos normativos han contemplado, entre las que se encuentra el sexo, ha experimentado regresiones, pero tam-

1 Martínez Moreno, C., *Brecha salarial y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Bomarzo, Albacete, 2019, p. 92.

bién avances[2] y sobre el progreso de la igualdad en el seno de la Unión Europea y, en concreto, a través de la Directiva 2023/970 se hablará a lo largo de estas páginas.

Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, la igualdad de remuneración ha sido consagrada como un derecho humano dado que la propia Declaración contempla en su art. 23.2[3] que *«toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna a igual salario por trabajo igual»* añadiendo este mismo texto normativo que el derecho a la igualdad forma parte del *«patrimonio jurídico inalienable de la humanidad»*[4]. La Directiva (UE) 2023/970, desde su primer considerando, invoca el art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que dispone que los Estados Parte han de adoptar las medidas apropiadas a fin de garantizar, entre otras cosas, el derecho a igual remuneración, incluidas las prestaciones, y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor y con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo.

En el marco de la labor legislativa de la ONU, también merece una mención el art. 7.a.i) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala expresamente que los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, *«un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual»*.

No puede faltar una mención a los dos convenios de la OIT con proyecciones específicas en el ámbito del empleo y retribuciones: el Convenio núm. 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y el Convenio núm. 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración. Este último convenio integra en el concepto de *«remuneración»* tanto el salario básico, como cualquier partida retributiva, en dinero o en especie, abonados por el empresario, directa o indirectamente al trabajador en atención a la prestación de servicios de la persona trabajadora [art. 1.a)]. No hay que olvidar la notable influencia que el Convenio núm. 111 ha ostentado respecto de otros instrumentos normativos[5]. La trascendencia de ambos convenios ha sido reafirmada por la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo de la OIT al ser considerados convenios fundamentales.

Tras las crisis económica y financiera que han atravesado a todos los Estados Miembros de la Unión Europea, con el propósito de reestablecer el equilibrio entre derechos sociales y libertades económicas, la Comisión publicó la Recomendación (UE) 2017/761, de 26 de abril de 2017 sobre el pilar europeo de derechos sociales. El objetivo de este instrumento perseguía *«servir de guía para alcanzar resultados sociales»*, propósito que encuentra fun-

2 Casas Baamonde, M.E., «La igualdad de género en el estado constitucional», *Revista de Derecho Social*, n.º 88, 2019, p. 13. Sobre el sexo, señala la autora que «Sabido es que el sexo no se adjetiva en la Constitución, ni en los textos internacionales de derechos, de femenino, aunque haya sido y siga siendo el sexo femenino el discriminado por la acción de los poderes públicos y de convenciones sociales muy arraigadas, que han colocado a las mujeres en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona […]».

3 Precepto invocado por la Directiva (UE) 2023/970 en su Considerando 8.

4 Rodríguez González, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 95.

5 Martínez Moreno, C., *Brecha salarial y discriminación retributiva…*, *op. cit.*, p. 95.

damento jurídico en los arts. 3 TUE, 9 TFUE, 151 TFUE y 152 TFUE[6]. El Pilar Social Europeo descansa sobre un conjunto de principios con los que pretende sentar las bases indispensables para aproximarse a la realidad social y laboral. Los fundamentos sobre los que pivota el Pilar Social Europeo son los siguientes: igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones de trabajo justas y, en último lugar, una protección social adecuada y sostenible[7]. El Considerando 9 de la Directiva (UE) 2023/970 recoge en el alegato a favor de su trascendencia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y, particularmente, el derecho a la igualdad de retribución por un trabajo de igual como eje vertebrador del Pilar Social Europeo.

En el marco europeo y en lo que respecta el Consejo de Europa, la Carta Social Europea contempla en su art. 4.3, titulado *«derecho a una remuneración equitativa»*, que *«[…] las partes contratantes se comprometen […] a reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor»*. Siguiendo con los textos normativos que conforman la tutela de la igualdad retributiva en el seno de la Unión Europea, el considerando 7 de la Directiva (UE) 2023/970 alude al art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, precepto que consagra la prohibición de toda discriminación, en particular, por razón de sexo. Junto a la referida disposición, también se invoca el art. 23 de la misma Carta que dispone la garantía de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos, entre los cuales se encuentra, el empleo, el trabajo y la retribución.

Los primeros considerandos de la Directiva (UE) 2023/970 son copados por las referencias al derecho originario de la Unión Europea y, entre esas referencias se proyecta la preocupación europea por la consagración del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres como uno de los valores esenciales de la Unión. Con este propósito, se invoca el art. 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea[8] y los arts. 8, 10 y 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea[9]. Al margen de las referencias recogidas en la propia Directiva, tenemos que apuntar que la igualdad salarial ha estado presente en la normativa europea desde el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957, que en su art. 119 establecía que *«cada Estado miembro*

6 Aparicio Tovar, A., «Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica», *Revista de Derecho Social*, n.º 79, 2017, p. 251.

7 Ramos Quintana, M. I., «El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea», *Revista de Derecho Social*, n.º 77, 2017, p. 19 y ss.

8 El Considerando 2 de la Directiva (UE) 2023/970 dispone que *«El artículo 2 y el artículo 3, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea consagran el derecho a la igualdad entre mujeres y hombres como uno de los valores esenciales de la Unión»*.

9 Los Considerandos 3 y 4 de la Directiva (UE) 2023/970 señalan que *«Los artículos 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establecen que, en todas sus políticas y acciones, la Unión debe fijarse el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer, promover su igualdad y luchar contra toda discriminación por razón de sexo»* y *«El artículo 157, apartado 1, del TFUE obliga a cada Estado miembro a garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor. El artículo 157, apartado 3, del TFUE establece que la Unión ha de adoptar medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor (en lo sucesivo, «principio de igualdad de retribución»)»*.

garantizará, durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo». También el Tratado de Ámsterdam dio cabida al principio de igualdad retributiva en su art. 119, con posterioridad art. 141 del texto consolidado del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea: *«cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor»*[10].

El Derecho derivado de la Unión Europea también ha centrado su atención en la consagración de la igualdad entre mujeres y hombres y la Directiva 75/117/CE establecía en su art. 1 que *«el principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos que figura en el artículo 119 del Tratado, y que, en lo sucesivo, se denominará «principio de igualdad de retribución», implica para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos, y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo»*. Esta Directiva ha sido, sin embargo, refundida por la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, junto con otras directivas (Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE y la Directiva 97/80/CE). Actualmente, la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trabajo entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación otorga un tratamiento amplio e integral a la retribución siguiendo el modelo del Convenio núm. 100 de la OIT[11].

Hay que considerar, no obstante, que la desigualdad retributiva entre mujeres y hombres constituye una lacra decisiva para el conjunto de las relaciones laborales pudiendo adoptar numerosas formas en la realidad práctica. Así, el Considerando 25 de la Directiva (UE) 2023/970 apunta decididamente la posible intersección de distintos motivos de discriminación cuando la persona trabajadora pertenezca a uno o varios grupos protegidos contra la discriminación por razón de sexo y, además, concurran discriminaciones por origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Los anteriores motivos de discriminación han sido combatidos en el ámbito europeo mediante las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. Ambas directivas, tanto la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa al principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico como la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación han contribuido decididamente a la consolidación del recorrido europeo de la igualdad entre hombres y mujeres.

10 Cabeza Pereiro, J., «La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistemática», *Revista Lan Harremanak*, n.º 25, 2012, p. 83.

11 Martínez Moreno, C., «Principio de igualdad retributiva y trabajos de «igual valor»: el alcance del efecto directo del art. 157 TFUE. A propósito de la STJUE (Sala Segunda), de 3 de junio de 2021 (C-624/19), asunto Tesco Stores», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 22, 2022, p. 126.

II. EL CONTEXTO SOCIAL DE LA DIRECTIVA (UE) 2023/970

La valoración y análisis de los resultados prácticos de la Directiva 2006/54/CE ha arrojado importantes conclusiones respecto de la merma de la igualdad de retribución por la carencia de transparencia en los sistemas retributivos, la inseguridad jurídica originada por el término *«trabajo de igual valor»* y las trabas probatorias y procedimentales que las víctimas de discriminación tienen que afrontar. La transparencia retributiva ha de constituir una herramienta que permita exhibir los sesgos y discriminaciones de género en los sistemas salariales de las empresas y, por supuesto, repercutir en la negociación colectiva a efectos de adoptar medidas que garanticen el principio de igualdad retributiva[12].

Sobre la insuficiencia de las medidas adoptadas desde la Unión Europea y los escasos objetivos alcanzados por las directivas ya referidas en materia de igualdad se pronuncia la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Esta recomendación fechada en el año 2014 apunta a las mujeres como principales afectadas tanto por la discriminación salarial como por todas las demás desigualdades laborales. La causa de esta situación deriva de las carencias y la naturaleza poco eficaz del marco jurídico en la aplicación del principio de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor. Esta recomendación recalca, además, que las disposiciones europeas desincentivan las demandas judiciales dado que las mismas contemplan que las personas afectadas por este tipo de discriminación tengan que demostrar los sucesos que dan lugar a la presunción de discriminación con el propósito de trasladar la carga de la prueba al empresario. Entre los factores causantes de esta discriminación, se enumeran las estructuras salariales opacas y la falta de información sobre los niveles salariales de las personas trabajadoras que realizan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor.

La Recomendación referida parte de los datos recogidos en el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo COM (2013) 861 final que, en similares términos, pone de manifiesto los impedimentos derivados del acceso limitado a la información salarial necesaria, información que permitiría a las personas trabajadoras la formulación de reclamaciones en materia de igualdad salarial. Dentro de esta recomendación, se enfatiza la fundamentalidad del compendio de estadísticas salariales desagregadas por género y el envío de datos al Eurostat para el análisis y registro de las modificaciones en cuanto a la brecha salarial europea. Recuerda que el Reglamento 530/1999, de 9 de marzo de 1999, relativo a las estadísticas estructurales sobre ingresos y costes salariales requiere a los Estados Miembros la recopilación de las estadísticas estructurales sobre ingresos cada cuatro años con el fin de promover el cálculo de la diferencia de retribución entre hombres y mujeres. Los datos numéricos facilitados por las estadísticas permiten tener una visión integral sobre el problema de la discriminación retributiva, una mayor transparencia y concienciación sobre las desigualdades de género (Considerando 21). Como posible respuesta frente a la brecha salarial europea existente se sugiere el sistema de evaluación y clasificación de empleos no sexistas como herramienta de detección de la discriminación salarial indirecta derivada de la infravaloración del trabajo de las mujeres (Considerando 22).

12 Considerando 11 de la Directiva (UE) 2023/970.

En consonancia con los anteriores textos europeos, la Directiva (UE) 2023/970, desde sus prolegómenos, pone de manifiesto que los resultados de la Directiva 2006/54/CE se vieron mermados por la falta de transparencia de los sistemas jurídicos y, frente a ello, la Comisión, a través de su Comunicación de 5 de marzo de 2020 «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025», propuso medidas vinculantes en materia de transparencia salarial[13]. La intensificación de las desigualdades y discriminaciones de las que son objeto las mujeres se han visto agravadas por la crisis sanitaria y humanitaria del COVID-19, coyuntura en la que el trabajo de cuidados en sus múltiples vertientes adquirió una especial centralidad para el sostenimiento de la vida. El tratamiento jurídico de los cuidados permite diferenciar entre trabajo no remunerado y trabajo remunerado y, sobre todo, permite afirmar con rotundidad la infravaloración de este trabajo asumido principalmente por mujeres. Las consecuencias de la pandemia han sido negativas para la reducción de las discriminaciones retributivas entre mujeres y hombres en la Unión Europea. Este acontecimiento determinó que el abordaje del reforzamiento del principio de igualdad retributiva adquiriera un carácter perentorio.

Que la aplicación del principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres siga siendo un reto se justifica a partir de los datos del Eurostat, oficina que advierte sobre la diferencia salarial existente entre mujeres y hombres en la Unión Europea. Actualmente, las mujeres cobran un 13 % menos que los hombres y si bien es cierto que se está estrechando esta brecha, la disminución de la misma sigue siendo poco significativa: en el período comprendido entre 2011 y 2020, la brecha salarial de género disminuyó del 16 % al 13 %. Entre los factores de la brecha salarial de género que el Eurostat señala se encuentran: las interrupciones de las carreras profesionales, el trabajo a tiempo parcial, el desequilibrio de género en las funciones de dirección y la segregación en el empleo[14].

Antes de profundizar en la disección de la Directiva (UE) 2023/970, hay que poner de manifiesto que, a pesar de los puntos de encuentro de esta directiva tanto con el RD 6/2019 como con el RD 902/2020, en este artículo no se abordará el análisis conjunto de la normativa interna y las disposiciones de esta directiva. Las correspondencias o posibles incoherencias entre nuestro ordenamiento jurídico y la Directiva objeto de estudio se comprometen para un artículo posterior que tenga como propósito precisamente la valoración de la adaptación de nuestro ordenamiento a la reciente Directiva (UE) 2023.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA

Las constantes referencias y llamadas a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la Directiva (UE) 2023/970 hacen necesarios unos breves apuntes respecto a su labor interpretativa. El supuesto más común de discriminación por razón de sexo

13 Considerando 11 y 12 de la Directiva 2023/970.

14 https://www.consilium.europa.eu/es/infographics/pay-transparency/#:~:text=En%20la%20UE%2C%20las%20mujeres,la%20brecha%20salarial%20de%20g%C3%A9nero, consultado el 8 de noviembre de 2023.

es el referido a la desigualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras. La igualdad de retribución ha de sustentarse sobre los siguientes ejes que a continuación se exponen. En primer lugar, la remuneración fijada para un mismo trabajo retribuido por unidad de obra realizada se establece sobre la base de una misma unidad de medida. Y, en segundo lugar, la remuneración fijada para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo[15]. La invocación exitosa del principio de igualdad de retribución tuvo lugar en el caso Defrenne en el que se concluyó que los derechos involucrados en este litigio representan un patrimonio inalienable para las mujeres de la Unión. Este precedente impulsó la adopción de las primeras directivas sobre la igualdad entre los sexos. Casos como Kalanke, Marshall, Badek, Abrahmsson, han conferido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de poder pronunciarse en relación con la Directiva supra referida y con la igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que concierne el acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales[16].

En conexión con lo anterior, hay que recordar que el art. 4 de la Directiva establece que *«Para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución. En particular, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo»*. La parte dispositiva de la Directiva (UE) 2023/970 añade que la aplicación del principio de igualdad de trato ha de realizarse no sólo respecto de las discriminaciones derivadas de la pertenencia a un sexo u otro, sino también respecto de las discriminaciones originadas por el cambio de sexo[17]. Un pronunciamiento del TJUE sobre esta última cuestión es la sentencia de TJUE de 26 de junio de 2018, asunto C-451/16, supuesto en el que se deniega una pensión estatal de jubilación a una persona que ha cambiado de sexo a partir de la edad de jubilación de las personas del sexo adquirido.

Tempranamente, el tribunal europeo tomó consciencia de que el principal impedimento para el alcance de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres derivaba de la invisibilidad de las condiciones y rasgos definidores que concurren en los puestos de trabajo principalmente ocupados por mujeres. La exigua valoración del trabajo femenino constituye un estereotipo que en numerosas ocasiones pasa inadvertido. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dispuso, respecto de la discriminación retributiva, que la adecuada valoración de los puestos de trabajo exigía una correcta valoración de los puestos de trabajo. En el asunto Dato se abordó este pronunciándose sobre el esfuerzo físico, factor que caracteriza a los puestos de trabajo masculinizados. El asunto Dato contribuyó a que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciara sobre cual debía ser la herramienta aplicable para determinar la existencia de discriminación retributiva por una incorrecta valoración de puestos de trabajo[18].

15 Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G., «Prohibición de discriminación», *Temas Laborales,* n.º 145, 2018, p. 336.

16 López-Romero González, M. P., «Igualdad en la clasificación y promoción profesionales: avances y retrocesos» en Figueruelo Burrieza, A. (dir.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 205-206.

17 Considerando 5 de la Directiva (UE) 2023/970.

18 Ballester Pastor, M. A., «La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea», *Documentación Laboral*, n.º 115, 2018, pp. 13-31.

La obligada transparencia en la delimitación de las percepciones como mecanismo indispensable para garantizar la correcta valoración de los puestos de trabajo se formuló hace mucho tiempo. En el asunto Danfoss[19], la cuestión controvertida derivaba de la habilitación prescrita en convenio colectivo para que el empresario aumentara individualmente la retribución fijada atendiendo a factores como la flexibilidad, la formación profesional o la antigüedad de las trabajadoras y trabajadores. En este asunto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que el empresario no había probado la discriminación retributiva existente y era culpable de discriminación retributiva por razón de sexo. La doctrina Danfoss se proyectó en otras sentencias de este mismo órgano judicial como en el asunto Royal Copenhagen[20], pronunciamiento en el que se dictaminó que la falta de transparencia en los criterios para el abono de una percepción retributiva constituye un indicio de discriminación, lo que suponía el desplazamiento de la carga de la prueba al empresario. La fijación de criterios objetivos para el abono de las retribuciones constituye una vía preventiva contra la discriminación retributiva y defensiva para el empresario[21].

IV. LA DIRECTIVA (UE) 2023/970 Y EL REFORZAMIENTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN ENTRE MUJERES Y HOMBRES

4.1. La finalidad de la Directiva (UE) 2023/970

La aún persistente brecha salarial entre mujeres y hombres, los resultados arrojados por la evaluación de 2020 de las disposiciones de la Directiva 2006/54 y el incremento de las desigualdades por razón de género derivado de la pandemia del COVID-19 condujeron a la adopción de la Directiva (UE) 2023/970. Esta nueva Directiva trata de consagrar requisitos mínimos para blindar la aplicación del principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres contemplado en el art. 157 TFUE y la prohibición de discriminación dispuesta en el art. 4 de la Directiva 2006/54. La consecución del objeto declarado en el art. 1 de la Directiva (UE) 2030/970 se pretende alcanzar a través de la transparencia retributiva y el refuerzo de los mecanismos para su cumplimiento. En consecuencia, esta directiva nace con este doble cometido: en primer lugar, reforzar la aplicación del principio de igualdad de retribución y, en segundo lugar, intensificar su cumplimiento a través de la articulación de diversos mecanismos.

19 STJUE de 17 de octubre de 1989, C-109/88.

20 STJUE de 31 de mayo de 1995, C-400/93.

21 Ballester Pastor, M. A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2018, pp. 66 y ss.

4.2. Ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2023/970

Esta Directiva obliga a todos los empleadores tanto del sector público como privado (art. 2.1) siendo de aplicación a todas las personas trabajadoras que tengan un contrato de trabajo o una relación en los términos definidos por el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado Miembro, sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 2.2). Por lo tanto, la aplicación de esta Directiva se contempla al margen de la modalidad contractual de las personas trabajadoras: contrato de trabajo a tiempo parcial, contrato de duración determinada, personas trabajadoras de una empresa de trabajo temporal o contratos de alta dirección. El último apartado del art. 2, incluye en el ámbito de aplicación de la Directiva a los solicitantes de empleo en los términos del art. 5.

Dados los escollos existentes para la construcción de una noción homogénea de trabajador, la Directiva se limita a una remisión al constructo jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[22]. La referencia al Derecho vigente en el art. 2.2 de la Directiva (UE) 2023/970 tiene un especial significado fundamentalmente porque una de las problemáticas de las formas no convencionales de empleo es que en ciertos sistemas de relaciones de trabajo subsisten dudas sobre su laboralidad. Por lo tanto, la Directiva busca reconducir cualquier mínima duda en torno a la laboralidad de un vínculo contractual hacia los criterios mantenidos por el TJUE para decidir su aplicación a las formas de empleo más atípicas. Estas reflexiones han de ser completadas por el Considerando 18 de la Directiva, que se pronuncia expresamente sobre la aplicación de esta Directiva, siempre que se observen los criterios pertinentes, a los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas digitales, los trabajadores con empleos protegidos, los trabajadores en práctica y los aprendices.

La extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea[23] permite perfilar el concepto de trabajador resultante del Derecho de la Unión Europea posibilitando la delimitación de determinados elementos conceptuales que no se alejan de la interpretación que nuestra propia jurisprudencia realiza del alcance del art. 1.1 ET. En palabras del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el carácter de una actividad como trabajo asalariado ha de derivar de la convergencia de los criterios objetivos que definen a una relación laboral atendiendo a la posición, derechos y deberes de las personas involucradas[24].

22 En general, sobre el concepto de trabajador en el derecho de la Unión, *cfr.* Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión europea,* Bomarzo, Albacete, 2020.

23 Entre sus pronunciamientos más destacadas se pueden nombrar la STJUE de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isére (C-428/09), STJUE de 9 de julio de 2015, Balkaya (C-229/14) y la STJUE de 16 de julio de 2020, Governo della Repubblica italiana (C-658/18).

24 Martinez Moreno, C., «Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el derecho del Unión Europea: a propósito de la «laboralización» de los administradores y consejeros», *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, n.º 6, 2023, p. 63 y ss.

4.3. La expansión de los conceptos: definiciones y ampliaciones del concepto de discriminación

Para dar cumplimiento a su fundamental propósito, la Directiva (UE) 2023/970 recoge un elenco de definiciones en su art. 3.1 con el fin de facilitar la aplicación del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres: retribución, nivel retributivo, brecha retributiva, nivel retributivo mediano, brecha retributiva de género mediana, cuartil de la banda retributiva, trabajo de igual valor, categoría de trabajadores, discriminación directa, discriminación indirecta, inspección de trabajo, organismo de fomento de la igualdad y, en último lugar, representantes de los trabajadores.

El cometido del art. 3 no acaba con las nociones terminológicas que su primer apartado contempla, pues su segundo apartado trata de ampliar el concepto de discriminación con las inclusiones que a continuación se exponen. Primeramente, en el marco del concepto de discriminación se integrará el acoso y el acoso sexual, así como todo trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento o su sumisión a este, cuando las conductas acosadoras estén conectadas con el ejercicio de los derechos tutelados por la Directiva (UE) 2023/970 [art. 3.2.a)]. También se incluye en el concepto de discriminación *«toda orden de discriminar a personas por razón de sexo»* [art. 3.2.b)]. El trato menos favorable derivado del embarazo o el permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE es un supuesto contemplado en el art. 3.2 de la Directiva objeto de estudio. La posible discriminación por el ejercicio de los derechos de conciliación y cuidados también se incluye en este concepto de discriminación: *«cualquier trato menos favorable en el sentido de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, por razón de sexo, incluido el permiso de paternidad, el permiso parental o el permiso para cuidadores»* [art. 3.2.d)]. Por último, se consagra la discriminación interseccional, discriminación que en este último apartado del art. 3.2 se contempla como la discriminación por razón de sexo conjugada con cualquier otro motivo o motivos de discriminación contra los que tutela las Directivas 2000/43/CE o 2000/87/CE. Respecto a la discriminación interseccional, el art. 3.3 de la Directiva (UE) 2023/970 señala que no supondrá para los empleadores unas obligaciones añadidas consistentes en compendiar los datos retributivos en conexión con otras razones de discriminación protegidas diferentes del sexo.

4.4. Mismo trabajo y trabajo de igual valor

La Directiva (UE) 2023/970 abre la posibilidad a los Estados Miembros de adoptar las medidas necesarias para garantizar que los empleadores cuenten con estructuras retributivas que garanticen la igualdad de retribución por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor (art. 4.1). En lo que se refiere a estas estructuras retributivas, las mismas han asegurar la ausencia de diferencias salariales por razón de género que carezcan de justificación sobre la base de criterios objetivos y neutros. La finalidad de las estructuras retributivas radica en la posibilidad de realizar comparaciones de valor de diferentes puestos de trabajo dentro de una misma organización productiva. Estas estructuras retributivas pueden encontrar fundamento en los postulados vigentes de la Unión Europea en materia de sistemas de evaluación o clasificación profesional que sean neutros con respecto al género o en indicadores o modelos neutros (art. 4.4.). La casuística de Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluye que el valor del trabajo debe evaluarse y confrontarse sobre la base de criterios objetivos, incluidas las circunstancias educativas, profesionales y de formación, las competencias, el esfuerzo, la

responsabilidad y las condiciones de trabajo. Para promover la observancia y aplicación del concepto de trabajo de igual valor, fundamentalmente en el caso de las microempresas y de las pequeñas y medianas empresas, se ha de recurrir al empleo de criterios objetivos que contemplen cuatro aspectos: las competencias, el esfuerzo, la responsabilidad y las condiciones de trabajo (Considerando 26).

Los organismos de fomento definidos en el art. 3.1.l) de la Directiva como *«el organismo o los organismos designados en virtud del art. 20 de la Directiva 2006/54/CE»*[25] han de ser consultados por los Estados Miembros para la adopción de medidas necesarias para garantizar la provisión de instrumentos o metodologías analíticas de fácil acceso para proveer ayuda y orientación de cara a valorar y comparar el valor del trabajo atendiendo a los criterios contemplados en el art. 4 de la Directiva (art. 4.2). En el marco de la ordenación del *«mismo trabajo y trabajo de igual valor»*, el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2023/970 habilita a la Comisión para actualizar las directrices a escala de Unión referidas a los sistemas de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género. Para lo anterior, se consultará al Instituto Europeo de la Igualdad de Género.

4.5. Transparencia retributiva previa al empleo y en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva

Un aspecto fundamental para la erradicación de la brecha retributiva de género es la transparencia salarial antes de la contratación laboral, por lo que esta directiva incluye en su ámbito subjetivo, como ya se ha señalado, a los solicitantes de empleo. Se consagra a través de esta directiva un derecho de información de los solicitantes de empleo relativo a las siguientes cuestiones: en primer lugar, información sobre la retribución inicial o banda retributiva inicial, basado en criterios objetivos y neutros con respecto al género, correspondientes al puesto que aspiran y, en segundo lugar, información sobre los postulados del convenio colectivo aplicado por el empleador con respecto al puesto (art. 5.1).

El segundo apartado del art. 5 de la directiva establece un importante imperativo para los empleadores disponiendo que *«ningún empleador podrá hacer a los solicitantes preguntas sobre su historial retributivo en sus relaciones laborales actuales o anteriores»*. Asimismo, este precepto articula un mandato dirigido a los empleadores ordenando el deber de garanti-

25 El art. 20 de la Directiva 2006/54 consagra que: *«1. Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato entre todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, y adoptará en este sentido las disposiciones necesarias. Dichos organismos podrán formar parte de los órganos responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los derechos individuales. 2. Los Estados miembros velarán por que entre las competencias de estos organismos figuren las siguientes: a) sin perjuicio del derecho de víctimas y asociaciones, organizaciones u otras personas jurídicas contempladas en el artículo 17, apartado 2, prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación; b) realizar estudios independientes sobre la discriminación; c) publicar informes independientes y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con dicha discriminación; d) intercambiar, al nivel adecuado, la información disponible con organismos europeos equivalentes, como el futuro Instituto europeo de igualdad de género»*.

zar que las ofertas de trabajo o *«anuncios de las vacantes de trabajo y de las denominaciones de los puestos de trabajo»* sean formulados en términos neutros con respecto al género. Los empleadores tendrán, además, que garantizar los procesos de selección sin discriminaciones (art. 5.3).

Por otro lado, esta directiva promueve la impregnación de la transparencia en las políticas de fijación de las retribuciones y de progresión retributiva disponiendo que los empleadores pongan a disposición de las personas trabajadoras los criterios empleados para definir la retribución, los niveles y la progresión retributivos. Se impulsa la objetividad y neutralidad de los referidos criterios con respecto al género (art. 6.1). La Directiva pone a disposición de los Estados Miembros la posibilidad de eximir de esta obligación relacionada con la progresión retributiva a los empleadores que cuenten con una plantilla de 50 trabajadores (art. 6.2).

4.6. Los derechos de información como mecanismo de transparencia en la Directiva (UE) 2023/970

El acceso de las personas trabajadoras a los datos salariales ha representado uno de los puntos conflictuales en las relaciones de trabajo dado que en la confrontación de posturas derivada de las diferentes posiciones que empresario y trabajador ocupan en el proceso productivo, el empresario siempre ha mostrado resistencia a la hora de facilitar este tipo de información[26]. Los derechos de información contemplados en la Directiva (UE) 2023/970 cobran especial relevancia pues consagran unas facultades informativas para las personas trabajadoras, mientras perfilan unas concretas obligaciones para los empleadores. En lo que se refiere a los derechos informativos de las personas trabajadoras, a estas el art. 7.1 les reconoce un derecho de solicitud y un derecho de recibir información de forma escrita tanto sobre su nivel retributivo individual como sobre los niveles retributivos medios. Toda la información sobre los niveles retributivos ha de ir desglosada por sexo, para las categorías de trabajadores que realicen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor al suyo. Estos derechos de información podrán ser ostentados por las personas trabajadoras a través de los representantes de los trabajadores o los organismos de fomento de la igualdad (art. 7.2). La información inexacta o incompleta, dará derecho a las personas trabajadoras de solicitar aclaraciones y detalles adicionales y razonables relativos a los datos proporcionados bien personalmente bien a través de sus representantes. Este derecho está reforzado a través de la consagración de un derecho a recibir una respuesta motivada (art. 7.2).

Los mecanismos de transparencia consagrados en la Directiva se consolidan con una serie de mandatos dirigidas a los empleadores en el art. 7. En primer lugar, se establece un mandato consistente en informar anualmente a las personas trabajadoras de su derecho a recibir información sobre los niveles retributivos individuales medios y de las acciones que han de emprenderse para ejercerlo (art. 7.3). En segundo lugar, la Directiva consagra el imperativo de facilitar la información sobre los niveles retributivos en un plazo razonable y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde el momento en que se formalizó la solicitud (art. 7.4).

26 Nieto Rojas, P., «La reducción de la brecha salarial a través de mecanismos de transparencia. Registro retributivo y auditorias salariales» en Molero Marañón, M. L., *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, Navarra, 2021, p. 184.

Para garantizar el ejercicio de estos derechos de información, la Directiva dispone expresamente que no se impedirá a las personas trabajadoras revelar su retribución a efectos del cumplimiento del principio de igualdad de retribución. Para ello, los Estados Miembros establecerán medidas orientadas a evitar y prohibir las cláusulas contractuales que obstaculicen a las personas trabajadoras divulgar la información sobre sus salarios (art. 7.5). En el marco de estos derechos de información de las personas trabajadoras, el legislador europeo dicta que la información distinta a las retribuciones o al propio nivel retributivo será protegida por el postulado contenido en el art. 7.6 de la Directiva que impide su uso con fines distintos del ejercicio de su derecho a la igualdad de retribución concediendo a los empleadores la posibilidad de exigírselo a los trabajadores.

La accesibilidad de la información es otro aspecto nuclear de esta directiva dado que su art. 8 prevé que los empleadores faciliten la información dada a los trabajadores o a los solicitantes de empleo en un formato accesible para las personas con discapacidad. Para dar cumplimiento a este precepto se han de tener en cuenta las necesidades específicas de las personas con discapacidad. El Considerando 37 de la Directiva manifiesta la relevancia del acceso a la información y la comprensión de esta con una forma de asistencia y apoyo adecuada. A modo de ejemplo, se señala facilitar la información de una forma que sea fácil de entender y que puedan percibir, empleando un tamaño de letra adecuado, suficiente contraste u otro formato adecuado al tipo de discapacidad.

Otra importante disposición de la Directiva (UE) 2023/973 es la que consagra la información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras (art. 9). Para dotar de virtualidad a este precepto, el legislador europeo articula todo un mecanismo informativo teniendo en cuenta varias coordenadas, a saber: las materias sobre las que las empresas tendrán que informar, por un lado, y las empresas obligadas atendiendo a la dimensión de su plantilla, por otro. En este sentido, el art. 9 encomienda a los Estados Miembros garantizar que los empleadores facilitarán la siguiente información sobre su organización: a) la brecha retributiva de género; b) la brecha retributiva de género en los componentes complementarios o variables; c) la brecha retributiva de género mediana; d) la brecha retributiva de género mediana en los componentes complementarios o variables; e) la proporción de trabajadoras y de trabajadores que reciben componentes complementarios o variables; f) la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada cuartil de la banda retributiva; y g) la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables.

Considerando la dimensión de las empresas y una fecha límite, se contempla que los empleadores con una plantilla igual o superior a 250 trabajadores proporcionarán la información recogida en líneas anteriores correspondiente al año natural a más tardar el 7 de junio de 2027 y posteriormente cada año (art. 9.2). Para los empleadores con una plantilla comprendida entre 150 y 249 trabajadores la anterior obligación se establece en similares términos, salvo que con posterioridad esta información se facilitará cada tres años (art. 9.3.). La siguiente horquilla de trabajadores se refiere a empleadores con una plantilla comprendida entre 100 y 149 trabajadores y la obligación de facilitar la información se tendrá que cumplir a más tardar el 7 de junio de 2031 y posteriormente cada tres años (art. 9.4). Respecto a aquellos empleadores con una plantilla inferior, podrán facilitar la información sobre los aspectos contemplados en el art. 9.1 con carácter voluntario. Para los empleadores con plantilla inferior a 100 personas trabajadoras, la directiva abre la posibilidad de que los Estados Miembros exijan a los empleadores que faciliten información sobre las remuneraciones (art. 9.5)

Para completar la regulación relativa a la información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras, el art. 9.6 hace un llamamiento a la representación de las personas trabajadoras dado que estipula que el equipo de dirección del empleador corroborará la exactitud de la información previa consulta con las instancias representativas de las personas trabajadoras. La presencia de los sujetos colectivos se refuerza con el acceso a las metodologías utilizadas por el empleador que este mismo precepto le confiere.

La transparencia de la información contemplada en el art. 9.1 se afianza a través de su comunicación a la autoridad encargada de recopilar y publicar esos datos. Además, el empleador podrá publicar la información comprendida en las letras a) a f) del art. 9.1 en su página web o divulgarla a través de otros medios (art. 9.7). Igualmente, los Estados podrán recopilar la información comprendida en las letras a) a f) del art. 9.1 a través de datos administrativos o los datos presentados por los empleadores a las autoridades fiscales o de la Seguridad Social (art. 9.8).

La información relativa a la brecha retributiva de género, por categorías de trabajadores, desglosada por salario o sueldo base ordinario y por componentes complementarios o variables será facilitada por los empleadores a todos los trabajadores y sus representantes. Esta información igualmente será proporcionada a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos. Previa solicitud, se proporcionará la información correspondiente a los cuatro años anteriores, si esta está disponible (art. 9.9).

A las personas trabajadoras y sus instancias representativas, a la inspección de trabajo y a los organismos de fomento de igualdad, la directiva les reconoce un derecho de solicitar a los empleadores aclaraciones, elucidaciones, pormenores adicionales sobre los datos publicados e incluso explicaciones sobre diferencia retributiva de género. Las peticiones formuladas han de recibir una respuesta motivada en un plazo razonable. Ante la existencia de posibles diferencias retributivas carentes de justificación con respecto al género, la directiva establece el deber de los empleadores de corregir lo anterior con la cooperación de los representantes de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo de fomento de la igualdad (art. 9.10).

La consecución de la transparencia retributiva exige herramientas de evaluación retributivas y el art. 10 de la directiva pretende sentar las bases mínimas para su alcance. Así, el art. 10.1 dispone que los Estados Miembros orquestarán medidas adecuadas para que los empleadores obligados a informar sobre retribuciones junto con los representantes de los trabajadores realicen una evaluación retributiva conjunta cuando concurran las condiciones que a continuación se exponen. En primer lugar, la primera condición es relativa a que la información presentada en relación con las retribuciones demuestre la existencia de una diferencia en el nivel retributivo medio de las personas trabajadoras de al menos el 5 por 100 en cualquier categoría de trabajadores. La segunda condición se daría cuando el empleador no hubiera justificado esa diferencia en el nivel retributivo medio sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género. Y, la última condición, concurre cuando el empleador no haya subsanado esa diferencia injustificada en el nivel retributivo medio en los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la información sobre las retribuciones [art. 10.1.a), b) y c)].

El objetivo principal de la evaluación retributiva conjunta consiste en la detección, subsanación y el soslayo de diferencias retributivas entre las personas trabajadoras que no estén justificadas en base a criterios objetivos y neutros con respecto al género. La evaluación retributiva conjunta ha de incluir múltiples aspectos que podrían contribuir a su finalidad. Pri-

meramente, esta evaluación ha de integrar un análisis de la proporción de trabajadoras y de trabajadores en cada categoría de trabajadores [art. 10.2.a)]. El siguiente aspecto que ha de ser incluido en la evaluación conjunta es la información sobre los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores y los componentes complementarios o variables para cada categoría de trabajadores [10.2.b)]. De especial relevancia para la realización de la evaluación conjunta, sería la inclusión de cualquier diferencia en los niveles retributivos medios de las trabajadoras y los trabajadores en cada categoría de trabajadores [art. 10.2.c)]. Otra inclusión fundamental en la evaluación conjunta sería la de las razones, si existen, de tales diferencias en los niveles retributivos medios, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género y determinadas de forma conjunta por los representantes de los trabajadores y el empleado [art. 10.2.d)]. La proporción de trabajadoras y de trabajadores que han recibido alguna mejora de su retribución tras su reincorporación después de un permiso de maternidad o de paternidad, un permiso parental o un permiso para cuidadores, si se produjo tal mejora en la categoría profesional pertinente durante el período en que disfrutaban del permiso, es otro dato esencial que ha de ser incluido en la evaluación conjunta a fin de detectar, subsanar y evitar diferencias retributivas [art. 10.2.e)]. Se han de contemplar, asimismo, en esta enumeración de datos que han de formar parte de la evaluación, las medidas para resolver las diferencias de retribución, si no están justificadas sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género [art. 10.2.f)]. Por último, se ha de incorporar en la evaluación retributiva conjunta una evaluación de la eficacia de las medidas de anteriores evaluaciones retributivas conjuntas [art. 10.2.g)].

La evaluación conjunta retributiva será puesta a disposición de las personas trabajadoras y sus representantes y comunicada al organismo de seguimiento *ex* art. 29.3.d) de la directiva. Esta evaluación también será proporcionada a la inspección de trabajo y al organismo de fomento de la igualdad, a petición de estos (art. 10.3). Aplicadas las medidas indicadas para la evaluación retributiva conjunta, el empleador deberá realizar las subsanaciones pertinentes con el fin de subsanar las diferencias retributivas injustificadas en un plazo razonable. Para lo anterior, el empleador podrá contar con la cooperación de las instancias representativas de las personas trabajadoras o con la participación de la inspección de trabajo o del organismo de fomento si esta se solicitara. La aplicación de las medidas comprenderá un examen de los sistemas existentes de evaluación y clasificación profesional neutros con respecto al género o el establecimiento de tales sistemas para garantizar la exclusión de toda discriminación retributiva directa o indirecta por razón de sexo (art. 10.4).

Dentro de este Capítulo II dedicado a la transparencia retributiva, la Directiva (UE) 2023/970 muestra preocupación por los empleadores con una plantilla inferior a 250 trabajadores que se traduce en la configuración de un apoyo consistente en asistencia técnica y formación. Con el fin de promover el cumplimiento de las obligaciones consagradas en la directiva, los Estados han de proporcionar este apoyo a los empleadores y a los representantes de los trabajadores (art. 11).

Dado que la efectividad de las medidas configuradas en la directiva implica el manejo de datos personales, el art. 12 de la misma confiere atención a la *«protección de datos»* y recuerda la observancia del Reglamento (UE) 2016/679 (art. 12.1). Este precepto recoge una advertencia señalando que los datos personales tratados para dar cumplimiento a los derechos de información de las personas trabajadoras, la información sobre la brecha retributiva entre trabajadores y trabajadoras y a la evaluación retributiva conjunta no podrá utilizarse con propósitos diferentes de la aplicación del principio de igualdad de retribución (art. 12.2).

Con el fin de respetar la protección de datos, se dispone que los Estados Miembros podrán decidir que solo tengan acceso a esta información los sujetos representativos de las personas trabajadoras, la inspección de trabajo y el organismo de fomento de igualdad cuando la divulgación de la información ocasione la divulgación, directa o indirecta, de la retribución de una persona trabajadora identificable. Los representantes de los trabajadores o el organismo de fomento de igualdad tiene atribuida una función asesora en la medida en que podrán asesorar a las personas trabajadoras acerca de la eventualidad de formular una demanda al amparo de esta directiva sin desvelar los niveles retributivos efectivos de cada una de las personas trabajadoras que desempeñan el mismo trabajo o un trabajo de igual valor. No obstante, para la realización del seguimiento y la sensibilización, la información estará disponible sin limitaciones (art. 12.3).

El último artículo del Capítulo II es dedicado al *«diálogo social»* y consagra un importante mandato dirigido a los Estados Miembros a efectos de garantizar la participación efectiva de los interlocutores sociales, participación que se canalizará a través del dialogo sobre los derechos y obligaciones que se contemplan en la Directiva (UE) 2023/970. El art. 13 de la directiva establece otra prescripción para los Estados Miembros consistente en adoptar las medidas adecuadas para la promoción del papel de los actores sociales y el fomento del ejercicio del derecho a la negociación colectiva sobre las medias para erradicar la discriminación retributiva y su repercusión negativa en la valoración de los puestos de trabajo desempeñados predominantemente por trabajadores de un determinado sexo.

4.7. Tutela del principio de igualdad de retribución entre mujeres y hombres: vías de reparación y cumplimiento efectivo

La protección y defensa de los derechos perfilados en la Directiva (UE) 2023/970 es otra de las preocupaciones del legislador europeo para garantizar el acceso a la justicia. El art. 14 de la directiva encomienda a los Estados Miembros proteger y velar porque, una vez accionado el posible recurso de conciliación, todas las personas trabajadoras puedan acceder a los procesos judiciales correspondientes para hacer valer los derechos y obligaciones conectadas al principio de igualdad de retribución. El fácil acceso a los procedimientos judiciales ha de garantizarse tanto durante la relación de trabajo como una vez extinguida la misma: *«Esos procedimientos deberán ser de fácil acceso para los trabajadores y quienes actúen en su nombre, incluso después de que haya terminado la relación laboral durante la que se haya producido la presunta discriminación»* (art. 14).

Con el propósito de dar efectividad y reforzar la protección de los derechos de las personas trabajadoras, el art. 15 de la directiva, titulado *«Procedimientos en nombre o en favor de los trabajadores»*, vuelve a realizar otra llamada a los Estados Miembros para que tutelen y garanticen la participación en los procedimientos administrativos o judiciales referidos a una presunta infracción de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución de las asociaciones, organizaciones, organismos de fomento de la igualdad y representantes de los trabajadores u otras entidades jurídicas que tengan un interés legítimo en garantizar la igualdad entre hombres y mujeres. Añade este precepto que las referidas organizaciones y entidades, contando con la autorización de la persona trabajadora, podrán actuar en nombre o en favor de todo trabajador o trabajadora que sea una presunta víctima de la infracción de cualquiera de los derechos o las obligaciones relacionados con el principio de igualdad de retribución.

Los anteriores mandatos están acompañados del derecho a indemnización contemplado en el art. 16 de la directiva. La vulneración del principio de igualdad de retribución y el ulterior menoscabo sufrido por la persona trabajadora conllevará implícito el derecho a reclamar y el derecho a una indemnización, derechos cuya efectividad tendrá que estar garantizada por los Estados Miembros (art. 16.1). Respecto a la indemnización, el art. 16.2 contempla que los términos de la misma serán determinados por los Estados Miembros debiendo ser real y efectiva en atención a los daños y perjuicios sufridos. El art. 16.2 de la directiva predica respecto de la indemnización o reparación que será disuasoria y proporcionada. Profundizando en la ordenación jurídica del derecho a indemnización consagrado en la directiva, el art. 16 en su tercer apartado define la restitución a la situación en la que se habría encontrado la persona trabajadora si no hubiera sido discriminada por razón de sexo o si no se hubiera producido ninguna infracción de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución. Con este fin, se dispone que los Estados Miembros tendrán que velar por la inclusión en la indemnización o reparación del resarcimiento por la pérdida de oportunidades, los daños morales, cualquier perjuicio causado por otros factores pertinentes, entre los que se puede contemplar la discriminación interseccional, así como los intereses de demora. Por último, en lo que se refiere a la definición jurídica del derecho a indemnización, se dispone que la misma no estará supeditada a ningún límite establecido con carácter previo.

Al margen de las anteriores herramientas de desagravio, la directiva consagra *«Otras vías de reparación»* en su art. 17. Este precepto encierra otra prescripción para los Estados Miembros consistente, en esta ocasión, en posibilitar que, ante una vulneración de los derechos y obligaciones derivadas del principio de igualdad retributiva, las autoridades competentes o los órganos jurisdiccionales nacionales puedan decidir, de conformidad con el Derecho nacional, a petición de la parte reclamante y a expensas de la parte reclamada, la adopción de una medida por la que se ordene el cese de la información o una medida para garantizar que se apliquen los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución (art. 17.1). El incumplimiento de estas medidas por la parte reclamada conllevará una multa coercitiva con el propósito de garantizar su cumplimiento, multa que los Estados Miembros tendrá que delimitar y velar.

La inversión de la carga de la prueba es otra relevante cuestión entre los aspectos procedimentales orientados a dotar de virtualidad el principio de igualdad de retribución. En este sentido, el art. 18 de la directiva contiene una pormenorizada ordenación de la prueba de los hechos constitutivos de una discriminación directa o indirecta con fundamento en la retribución. Así, se dispone que los Estados Miembros dispondrán la adopción de medidas adecuadas atendiendo a las características de sus sistemas judiciales para hacer recaer la carga de la prueba en la parte reclamada. La inobservancia o incumplimiento del principio de igualdad de retribución y el perjuicio de la persona trabajadora implicarán que esta tenga que demostrar ante una autoridad competente u órgano jurisdiccional nacional la producción de hechos que posibiliten presumir una discriminación directa o indirecta (art. 18.1).

Junto a lo anterior, el art. 18 dispone que los Estados Miembros garantizarán que, cuando el empleador no haya observado las obligaciones derivadas de la transparencia retributiva consagradas en la práctica totalidad del Capítulo II de la directiva, corresponderá a este acreditar que no se ha producido la discriminación retributiva en todo procedimiento administrativo o judicial (art. 18.2). La aplicación de estos postuladas no se dará cuando el empleador pruebe que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en los arts. 5, 6, 7, 9 y 10 ha sido manifiestamente involuntario y de carácter menor. Hay que señalar que el legislador

europeo confiere espacio para que los Estados Miembros puedan incorporar instrumentos normativos sobre la carga de la prueba más favorables para la persona trabajadora en un proceso judicial o administrativo que verse sobre una presunta vulneración de la igualdad de retribución (art. 18.3). Los Estados Miembros quedarán eximidos de aplicar lo consagrado en el art. 18.1 a los procedimientos en los que la averiguación fáctica corresponda a las autoridades competentes o a los órganos jurisdiccionales competentes. Por último, las disposiciones del art. 18 de la directiva no se aplicarán a los procedimientos penales sin perjuicio de lo que disponga el derecho nacional (18.5).

Otro interesante abordaje es el de la acreditación de la realización del mismo trabajo o de un trabajo de igual valor que se perfila en el art. 19. Para determinar si las personas trabajadoras realizan un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, la evaluación de la situación comparable comprenderá tanto las situaciones en las que las personas trabajadoras presten servicios para el mismo empleador como la fuente única que delimite las condiciones de retribución. Existirá una fuente única cuando aquella perfile los elementos retributivos pertinentes para la comparación entre las personas trabajadoras (art. 19.1). Se prevé igualmente que la evaluación de si las personas trabajadoras se encuentran en una situación comparable no se limitara únicamente a los trabajadores que estén empleados al mismo tiempo que el trabajador o la trabajadora de que se trate (art. 19.2). La imposibilidad de determinar o alcanzar un referente de comparación real, permitirá hacer uso de cualquier otro instrumento probatorio para demostrar la presunta discriminación retributiva y, dentro de estos instrumentos, la directiva incluye estadísticas o comparaciones de cómo se trataría a un trabajador en una situación comparable (art. 19.3).

El acceso a las pruebas motiva al legislador europeo a instrumentar el art. 20, precepto que contiene varios mandatos dirigidos a los Estados Miembros a fin de que estos tutelen la exhibición de pruebas que obren en poder de la parte reclamada y protejan la utilización de las pruebas que contengan información. Asimismo, el primer apartado del art. 20 encarga a los Estados Miembros tutelar para que, en los procesos relativos a reclamaciones de igualdad retributiva, las autoridades competentes o las instancias jurisdiccionales puedan exigir a la parte reclamada la exhibición de cualquier prueba pertinente que obre en poder de la misma atendiendo al derecho y a las prácticas nacionales. En el art. 20.2 se contempla que los Estados Miembros garanticen a las autoridades competentes o a los órganos jurisdiccionales la facultad de ordenar la exhibición de las pruebas que contengan información confidencial cuando lo consideren pertinente para la reclamación de la igualdad retributivo. Este precepto advierte sobre la importancia de la articulación de medidas eficaces para proteger esta información confidencial, con arreglo a las disposiciones procesales nacionales. El último apartado del art. 20 confiere a los Estados Miembros la posibilidad de mantener o introducir normas más favorables para la parte reclamante (art. 20.3).

La Directiva (UE) 2023/970 dedica un precepto a la configuración de los plazos de prescripción confiando a los Estados Miembros la tarea de velar porque las normas nacionales aplicables a los plazos de prescripción de las reclamaciones sobre la igualdad de retribución delimiten cuándo empieza a computar el plazo, la duración y las coyunturas en las que puede suspenderse o interrumpirse. Respecto del inicio del cómputo del plazo, el art. 21.1 señala expresamente que los plazos no pueden comenzar antes de que la parte reclamante tenga conocimiento de una infracción o quepa razonablemente que lo tenga. Este precepto encomienda a los Estados Miembros la posibilidad de decidir que los plazos de prescripción no empiecen a correr mientras una infracción esté en curso o antes de la finalización del con-

trato de trabajo o la relación laboral. En todo caso, la directiva señala, por último, en el art. 21.1, que los plazos de prescripción no serán inferiores a tres años. Otro cometido para los Estados Miembros será el de velar porque el plazo de prescripción se suspenda o, atendiendo a lo consagrado en el derecho nacional, se interrumpa tan pronto como la parte reclamante notifique una reclamación al empleador o formule una demanda ante la instancia jurisdiccional, directamente o mediante los sujetos representativos de los trabajadores, la inspección de trabajo o el organismo del fomento de la igualdad (art. 21.2). Por último, el art. 21.3 establece que las disposiciones contempladas en el mismo no se aplicarán a las normas relativas a la caducidad de la demanda.

Sobre las costas procesales, la Directiva (UE) 2023/970 contiene unas interesantes prescripciones. En los casos en los que la demanda por discriminación retributiva no prospere, los Estados Miembros garantizarán que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan valorar, con observancia del derecho nacional, si la parte demandante cuya demanda no ha prosperado tenía motivos para su formulación y, en caso afirmativo, si procede eximir a la parte demandante del pago de las costas procesales (art. 22).

La Directiva (UE) 2023/970 también conforma un régimen de sanciones en lo que se refiere a los incumplimientos del principio de igualdad de retribución perfilando un elenco de reglas básicas que los Estados Miembros tendrán que observar. En este sentido, se establecen varios cometidos para los Estados Miembros. En primer lugar, se hace un llamamiento a que los Estados Miembros establezcan un régimen de sanciones que se caractericen por la efectividad, proporcionalidad y el carácter disuasorio de las mismas. Para garantizar su aplicación, los Estados Miembros tendrán que adoptar las medidas necesarias y notificarán sin dilaciones a la Comisión el referido régimen de sanciones y las medidas, así como toda modificación posterior (art. 23.1). El segundo apartado del art. 23 insiste en el carácter disuasorio de las sanciones y la inclusión de multas atendiendo a lo dispuesto en el derecho nacional (art. 23.2). Dentro de la determinación del régimen de sanciones, se señala expresamente la relevancia de cualquier factor agravante o atenuante aplicable a las circunstancias de la infracción [por ejemplo, la discriminación interseccional (art. 23.3)]. Los supuestos de reincidencia en el incumplimiento del principio de igualdad de retribución conllevarán la garantía de sanciones específicas por los Estados Miembros (art. 23.4). Por último, se ordena a los Estados Miembros la adopción de medidas necesarias para asegurar la eficacia práctica de las sanciones (art. 23.5).

Dado que el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2023/970 comprende al sector público y privado, su art. 24 consagra la *«Igualdad de retribución en los contratos y concesiones públicos»*. Los Estados Miembros tendrán que articular medidas dirigidas a garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución por los operadores jurídicos en la ejecución de contratos o concesiones públicos (art. 24.1). Asimismo, los Estados Miembros, a instancia de la directiva objeto de estudio, examinarán requerir a las instancias adjudicadoras que definan e introduzcan sanciones y condiciones de rescisión, cuyo principal objetivo será garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de retribución en la ejecución de los contratos y concesiones públicas (art. 24.1). En consonancia con lo anterior, el art. 24.3 contempla *que «los poderes adjudicadores podrán excluir —por iniciativa propia o a requerimiento de los Estados miembros— a cualquier operador económico de la participación en un procedimiento de licitación pública, si pueden demostrar por cualquier medio adecuado que ha incumplido las obligaciones a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, bien por incumplimiento de los requisitos de transparencia retributiva, bien por la existencia de*

una brecha retributiva de más del 5 % en cualquier categoría de trabajadores que no esté justificada por el empleador sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género. Esta disposición se entiende sin perjuicio de los demás derechos u obligaciones establecidos en las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE o 2014/25/UE».

Dentro de este tercer capítulo se confiere atención a otra cuestión de sumo interés: *«Victimización y protección frente a un trato menos favorable»*. El art. 25 consagra una tutela especial para las personas trabajadoras o los representantes de los trabajadores que hayan ejercido los derechos derivados del principio de igualdad de retribución o apoyado a otra persona en la defensa de sus derechos. En este sentido, se dispone que no recibirán un trato menos favorable (art. 25.1). Para consolidar esta protección, los Estados Miembros articularán en su ordenamientos jurídicos medidas para proteger a los trabajadores, incluidos los trabajadores que sean representantes de los trabajadores, contra el despido o cualquier otro trato desfavorable de un empleador como reacción ante una denuncia efectuada en la organización del empleador o ante cualquier procedimiento judicial o administrativo a efectos del cumplimiento de los derechos u obligaciones relativos a la igualdad de retribución (art. 25).

Por último, el art. 26 recoge un postulado sobre la relación entre la Directiva (UE) 2023/970 y la Directiva 2005/54/CE señalando que *«El capítulo III de la presente Directiva se aplicará a los procedimientos referentes a cualquiera de los derechos u obligaciones relativos al principio de igualdad de retribución que se establece en el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE»*.

4.8. Disposiciones horizontales

Dentro del capítulo IV, denominado *«Disposiciones horizontales»*, la Directiva (UE) 2023/970 regula algunos aspectos fundamentales para la efectividad del principio de igualdad de retribución en los Estados Miembros, tales como el nivel de protección del principio de igualdad en la retribución en los Estados Miembros (art. 27), la conformación de los organismos de fomento de la igualdad que velen por la observancia de los derechos y obligaciones consagradas en la directiva (art. 28), seguimiento y sensibilización (art. 29), la proyección de la directiva en la negociación y las acciones colectivas (art. 30), confección de estadísticas para evaluar la brecha retributiva de género (art. 31), adopción de medidas para asegurar la divulgación de la información (art. 32), aplicación y llamada a los interlocutores sociales para la implementación de las medidas consagradas en la directiva (art. 33), plazo de transposición (art. 34), presentación de informes y revisión (art. 35), entrada en vigor (art. 36) y, por último, destinatarios (art. 37).

El nivel de protección consagrado en la Directiva (UE) 2023/970 impide que los Estados Miembros puedan reducir los derechos por ella contemplados disponiendo que estos podrán incorporar o conservar prescripciones que sean más favorables para las personas trabajadoras que las establecidas en la directiva (art. 27).

Para garantizar la vigilancia y el cumplimiento de los postulados contemplados en la Directiva (UE) 2023/970, se configuran los organismos de fomento de la igualdad, instancias que serán competentes sobre los aspectos tutelados por el ámbito de aplicación de la directiva. La constitución de los organismos de fomento se contempla sin perjuicio de las funciones y competencia de la inspección de trabajo u otras entidades encargadas de velar por los

derechos de las personas trabajadoras (art. 28.1). Para consolidar el fomento de la igualdad retributiva, se prevé la adopción de medidas activas para facilitar y garantizar la cooperación y coordinación entre las inspecciones de trabajo, los organismos de fomento de la igualdad y, cuando proceda, los interlocutores sociales (art. 28.2). Por último, el mandato contenido en el art. 28 de la directiva encomienda a los Estados Miembros dotar a los organismos de fomento de la igualdad de medios suficientes y necesarios para el desarrollo efectivo de sus funciones (art. 28.3).

El cumplimiento de la Directiva (UE) 2023/970 y de las vías de reparación exigirá que los Estados Miembros garanticen un seguimiento y un apoyo sistemático y coordinado (art. 29.1). Se contempla la designación de un organismo para el seguimiento y apoyo de la realización y ejecución de las medidas nacionales, así como la consagración de unas medidas que aseguren su buen funcionamiento. Sobre la constitución del órgano de seguimiento, la directiva confiere libertad a los Estados Miembros para la determinación su estructura señalando *«que podrá formar parte de un organismo o estructura ya existente a nivel nacional»* (art. 29.2). La sensibilización es otro tema fundamental, cuya garantía se pretende asegurar a través de la facultad que se confiere a los Estados Miembros consistente en poder *«designar a más de un organismo a efectos de sensibilización y recogida de datos»*. Los cometidos del órgano de seguimiento se compendian en el art. 29.3: a) sensibilizar a las empresas y organizaciones públicas y privadas, a los interlocutores sociales y a la ciudadanía en general acerca del objetivo de promover el principio de igualdad de retribución y el derecho a la transparencia retributiva, también abordando la discriminación interseccional en relación con la igualdad de retribución; b) analizar las causas de la brecha retributiva de género y crear instrumentos que ayuden a evaluar las desigualdades retributivas, utilizando, en particular, el trabajo analítico y las herramientas del EIGE; c) recopilar los datos recibidos de los empleadores sobre la brecha de género y publicar sin demora los datos a que se refiere el artículo 9, apartado 1, letras a) a f), en un formato de fácil acceso y de fácil manejo que permita la comparación entre empleadores, sectores y regiones del Estado miembro de que se trate y garantice que los datos correspondientes a los cuatro años anteriores sean accesibles, si están disponibles; d) reunir los informes de las evaluaciones retributivas conjuntas con arreglo al artículo 10, apartado 3; y, por último, e) agregar datos sobre el número y los tipos de denuncias por discriminación retributiva interpuestas ante las autoridades competentes, incluidos los organismos de fomento de la igualdad, y las demandas interpuestas ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Se establece como plazo el 7 de junio de 2028 y con posterioridad cada dos años, para que los Estados proporcionen los datos contemplados en el art. 29.3, presentación que se realizará a través de una única instancia.

En materia de negociación y acciones colectivas, las ordenaciones recogidas no tendrán implicaciones dado que el art. 30 señala que no afectará el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos o iniciar acciones colectivas, según lo establecido en el derecho y las prácticas nacionales.

La relevancia de las estadísticas para la efectividad de los mecanismos de igualdad retributiva es manifiesta dado que el art. 31 recoge el mandato a los Estados Miembros de proporcionar anualmente a la Comisión y al Eurostat datos nacionales actualizados para el cálculo de la brecha retributiva de género. Sobre el tratamiento de los datos, se señala que los mismos tendrán que desglosarse por sexo, sector económico, jornada laboral, control económico y edad debiendo calcularse con una periodicidad anual.

Las disposiciones que se adopten en aplicación de la Directiva (UE) 2023/970 y las disposiciones en vigor han de ser objeto de divulgación y puesta en conocimiento de todas las personas interesadas, cometido para el cual se emplearán todos lo *«medios apropiados»* (art. 32). La aplicación de la directiva podrá ser encomendada por los Estados Miembros a los interlocutores sociales, siempre y cuando quede garantizada la consecución de los objetivos pretendidos por la misma. Los cometidos de implementación confiados a los interlocutores sociales podrán contemplar: el desarrollo de las herramientas o metodologías analíticas, así como de las sanciones pecuniarias equivalentes a multas, siempre que sean efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Otro aspecto fundamental dentro de las disposiciones horizontales establecidas es la transposición de la directiva. Se establece como plazo límite para la transposición el 7 de junio de 2026 teniendo que informar de ello los Estados Miembros a la Comisión. La información de la transposición tendrá que ir acompañada de un resumen de los resultados de la evaluación del impacto de sus medidas de transposición en lo que respecta a los trabajadores y los empleadores con una plantilla de menos de 250 trabajadores y harán referencia al lugar de publicación de dicha evaluación (art. 34.1). Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas adoptadas para el cumplimiento de lo previsto en la directiva incluirán una referencia a la misma o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial (art. 34.2).

El plazo límite para la presentación de informes sobre el cumplimiento y repercusiones de la directiva es el 7 de junio de 2031 (art. 35.1). Otra fecha clave es el 7 de junio de 2033, fecha límite para que la Comisión presente un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva. El informe verificará los umbrales para los empleadores previstos en los artículos 9 y 10 y el porcentaje del 5 % para la puesta en marcha de la evaluación retributiva conjunta prevista en el artículo 10. Este informe será la base en virtud de la cual la Comisión propondrá, si corresponde, las modificaciones legislativas que considere necesarias (art. 35.2).

5. CONCLUSIONES

El derecho a la igualdad retributiva constituye uno de los elementos centrales para la consecución del trabajo decente y los derechos sociales. La propia Directiva (UE) 2023/970 rinde cuenta de la universalización de la consagración de la igualdad de trato y de oportunidades en las relaciones de trabajo a través de la acción normativa de instancias internacionales, europeas y nacionales. En el seno de la Unión Europea, tanto el derecho originario como el derecho derivado reafirma la necesidad de un efectivo planteamiento de la igualdad retributiva. A pesar de su protección y reconocimiento multinivel, la Directiva 2006/54/CE ha visto mermados sus objetivos en la aplicación del principio de igualdad retributiva como consecuencia de unos sistemas retributivos caracterizados por su escasa transparencia y por los contornos imprecisos del concepto de «trabajo de igual valor», entre otros motivos. Por supuesto, la pandemia ha profundizado las brechas retributivas causando aún más estragos en materia salarial. A modo de balance pospandémico, es importante reseñar el relevante giro en la orientación de la producción normativa de la Unión Europea habiéndose producido en estos últimos años una revalorización de la dimensión social del proyecto europeo. Este cambio es impulsado también por el Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Social, pilar que ejerce su notable influencia en este redimensionamiento social de los instrumentos

normativo de la Unión Europea. Todo lo anterior proyecta su influencia en la adopción de la directiva objeto de estudio. Aunque su análisis comparativo con el RD 902/2020 ha quedado comprometido para un futuro estudio, podemos anticipar que el mismo ya introduce muchos de los mecanismos en la directiva establecidos. Queda, por tanto, observar el recorrido práctico de esta directiva y el modelo de transposición por el que los Estados Miembros de la Unión Europea abogarán.

TRABAJO DECENTE: DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA DE UNAS CONDICIONES DE TRABAJO MÍNIMAS

DECENT WORK: FROM THEORY TO PRACTICE OF MINIMUM WORKING CONDITIONS

Olga Lenzi
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universitat de València (UVEG)
olga.lenzi@uv.es

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL TRABAJO DECENTE COMO REACCIÓN. III. EL TRABAJO DECENTE: UN MENSAJE PROMOCIONAL. IV. CONCRETANDO EL TRABAJO DECENTE: UNA PROPUESTA DE CONTENIDO NORMATIVO. V. REFLEXIONES FINALES.

Palabras clave: OIT, trabajo decente, derechos fundamentales, contenido normativo mínimo, operatividad.
Keywords: ILO, decent work, fundamental rights, minimum normative content, operability.

Resumen: El paradigma internacional del trabajo decente, lejos de ser un programa novedoso, aglutina los principios y derechos liminares de la OIT. Si bien, en los últimos años, su indeterminación le ha costado a la organización numerosas críticas, ésta ha sido su principal fortaleza en cuanto que le ha permitido tener cabida, no solo en algunos de los más importantes foros políticos mundiales, sino en la propia Agenda 2030. A fin de que pueda desplegar toda su eficacia, se ofrece aquí una propuesta de plasmación jurídica del trabajo decente mediante la identificación de las normas internacionales que delimitarían su alcance y contenido, estableciendo una suerte de «mínimo denominador común». Este bloque convencional puede contribuir a configurar un marco de referencia que pudiera servir a los Estados y los agentes sociales en el diseño de futuras legislaciones de trabajo.

Abstract: The international paradigm of decent work, far from being a new program, brings together the ILO's core principles and rights. Although, in recent years, its indeterminacy has cost the organization numerous criticisms, this has been its main strength insofar it has allowed it to find a place, not only in some of the most important global political forums,

but also in the 2030 Agenda itself. In order for it to be fully effective, we offer here a proposal for the legal formulation of decent work by identifying the international standards that would delimit its scope and content, establishing a sort of «lowest common denominator». This set of conventions can contribute to establishing a frame of reference that could be used by States and social agents in the design of future labor legislation.

I. INTRODUCCIÓN

La expresión «trabajo decente» fue utilizada por primera vez, en público, en 1999 por el Sr. J. Somavía, en aquel momento director general de la Organización Internacional del Trabajo (por todos conocida como OIT).

El 22 de marzo de 1999, en el discurso de toma de posesión, Somavía presentó su programa y su propuesta presupuestaria para los años venideros. En él se afirmaría que, frente a los nuevos desafíos planteados por la globalización, la Organización «necesita(ba) centrarse», «necesita(ba) una orientación», una meta concreta hacía la que dirigir todos sus esfuerzos[1]. Surgió de esta necesidad la introducción del término «trabajo decente», al estar convencido de que «el objetivo central de la OIT hoy en día es promover oportunidades de trabajo decente para todos»[2]. Una meta ciertamente ambiciosa, que debía ser lograda mediante la convergencia de «cuatro objetivos estratégicos»: la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo; la creación de mayores oportunidades para que hombres y mujeres consigan un empleo e ingresos decentes; la extensión de la cobertura y eficacia de la protección social; y, en último lugar, el reforzamiento del tripartismo y el diálogo social; todos ellos cruzados por un quinto eje transversal vinculado con las políticas de igualdad de género[3].

En cuestión de meses, en junio de 1999, la memoria del director general presentada en Ginebra en la 87.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) titulada precisamente «Trabajo decente», reafirmaría la pertinencia del término «en estos momentos de transición mundial» y concretaría su significado pues, por trabajo decente debe entenderse aquel trabajo «productivo» realizado «en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana»[4].

Desde entonces, esta expresión ha adquirido un creciente protagonismo y apoyo a nivel mundial, habiendo sido llevada a algunos de los más importantes foros internacionales. En la Cumbre Mundial de las Naciones Unidas de 2005, por ejemplo, los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a «apoya(r) firmemente una globalización justa y resolve(r) que los objetivos del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, en particular las

1 Véase el discurso integral en inglés en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/speeches/somavia/1999/oath.htm (21.10.2023).

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

4 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87.ª reunión, Ginebra, 1999.

mujeres y los jóvenes, serán una meta fundamental en nuestras estrategias nacionales de desarrollo, incluidas las estrategias de reducción de pobreza como parte de nuestro esfuerzo por alcanzar los objetivos de desarrollo del milenio»[5].

Algunos años después, la CIT adoptó, el 10 de junio de 2008, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, institucionalizando el concepto y colocándolo en el «centro de políticas de la Organización para alcanzar sus objetivos constitucionales»[6]. El Pacto Mundial para el Empleo de 2009, a su vez, lo promovió a modo de respuesta frente a la crisis financiera y económica[7].

La expresión, además, no solo ha sido incorporada en numerosas memorias e informes del director general, en algunos estudios generales o en informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), sino que consta en el propio título y articulado del Convenio núm. 189, de 2011, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos[8]. Es más, en 2015 el trabajo decente ha sido proclamado por las Naciones Unidas como uno de los diecisiete nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), los cuales, de manera conjunta, integran la denominada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

En todo caso, si bien ha sido considerado por algunos como un «nuevo bien público mundial»[9], lo cierto es que actualmente no existe un concepto único y universalmente aceptado del término. El trabajo decente es, por suerte o por desgracia, una noción todavía indeterminada. De ahí que, tanto desde el propio organismo internacional como desde la comunidad científica, en las últimas décadas se haya venido desarrollando una extensa labor conceptual, interpretativa y empírica a fin de precisar su alcance y contenido[10].

---

5 NACIONES UNIDAS., *Documento Final de la Cumbre Mundial 2005,* de 20 de septiembre de 2005, A/60/L.1, disponible en castellano en el siguiente enlace: https://undocs.org/es/A/60/L.1 (última consulta: 17.08.2020).

6 Prefacio de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 97.ª reunión en Ginebra el 10 de junio de 2008, p. 1.

7 OIT, Un Pacto Mundial para el Empleo, Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, Ginebra, 2009.

8 El articulo 6 dispone que «Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad».

9 Boutin, C., *De la mondialisation à l'universalitation: une ambition sociale*, Rapport intermédiare au Président de la Rébuplique, Collection des rapports officiels, 2010, pp. 51 y ss.

10 Sin ánimo exhaustivo, en el seno de la OIT, la Revista Internacional del Trabajo en el año 2003 dedicó un número monográfico a «La medición del trabajo decente». En este número participaron autores como Ghai, D., «Trabajo decente. Concepto e indicadores», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2, 2003, pp. 125-160 o Anker, R. y otros, «La medición del trabajo decente con indicadores estadísticos», en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 122, núm. 2, 2003, pp. 161-195. Desde la doctrina científica, en cambio, puede destacarse Rodgers, G., «El trabajo decente como una meta para la economía global», en *Boletín Cinterfor,* núm. 153, 2001, pp. 9-28; Baylos Grau, A., «Sobre el trabajo decente: la formación del concepto», en *Derecho & Sociedad,*

Con la presente investigación, pretendo sumarme al debate en curso sobre la necesidad de dotar de un contenido más preciso al término; no obstante, para ello, he considerado oportuno partir de sus inicios; analizar seguidamente su significado léxico así como su intención subyacente; para culminar con una propuesta de «bloque convencional» de trabajo decente que pudiera constituir un «mínimo común denominador internacional» por debajo del cual no debería ser jurídicamente tolerable el desempeño de ningún tipo de actividad laboral[11].

II. EL TRABAJO DECENTE COMO REACCIÓN

El trabajo decente surge como respuesta a un contexto de criticidad socioeconómica mundial. Pasado tan solo un año desde la aprobación de la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo[12], el director general entrante de la OIT lanzó en 1999 el Programa de Trabajo Decente con la intención de crear un «sólido marco social» capaz de afrontar los complejos desafíos ocasionados por el fenómeno de la globalización económica[13].

Mediante el diálogo social entre gobiernos, empleadores y trabajadores, la OIT se ha esforzado siempre por promover los derechos fundamentales de los trabajadores del mundo a fin de garantizarles una amplia difusión de la prosperidad y el bienestar, fomentar el empleo remunerado, proporcionar protección social y mejorar así las condiciones de trabajo y de vida de las personas[14]. No obstante, su labor no ha sido un camino de rosas, pues ha tenido que afrontar uno de los siglos más turbulentos de la historia de la humanidad.

A finales del siglo XX, el organismo se encontró de nuevo en serias dificultades. Como admitiría el director general, para entonces, el mundo y la OIT estaban «viviendo momentos de

---

núm. 15-16, 2012, pp. 77-120 y Gil y Gil, J. L., «Concepto de trabajo decente», en *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica,* núm. 15-18, 2012, pp. 77-120; entre numerosas otras publicaciones.

11 Expresión de Gallin, D., «Sindicalismo y Nuevo Orden Mundial», en *Globalización y sindicalismo. Vol. 2: Por un nuevo internacionalismo*, obra colectiva, editor Joaquín Arriola, Germania, Valencia, 2001, p. 53.

12 Se trata de un instrumento breve que ha clasificado un conjunto de convenios como «fundamentales», obligando, por tanto, a todos los Estados miembros que se han incorporado libremente a la Organización, a respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos en ellos contenidos, con independencia de si los han ratificado o no. En un primer momento, estos convenios eran el núm. 87 y el núm. 98, sobre la libertad sindical y la negociación colectiva; el núm. 29 y el núm. 105, sobre el trabajo forzoso; el núm. 100 y el núm. 111, sobre igualdad y no discriminación; y el núm. 138 y el núm. 182, sobre el trabajo infantil. No obstante, en junio de 2022, la Conferencia Internacional del Trabajo ha adoptado una resolución para sumar los convenios núm. 155 y núm. 187, sobre la seguridad y salud en el trabajo, ampliando así a diez el número de convenios fundamentales.

13 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente…*, *op. cit.*

14 ILO, *Statement by Mr. Juan Somavía upon taking his oath of Office*, International Labour Organization, Geneva, 1999.

gran turbulencia»[15]. La desenfrenada mentalidad competitiva y los constantes cambios económicos aflorados a raíz de la integración económica mundial estaban teniendo importantes repercusiones en el mundo del trabajo. Las necesidades humanas parecían haber caído en el olvido. Se había producido una auténtica ruptura entre lo económico y lo social.

La Declaración de la OIT de 1998 fue considerada una respuesta insuficiente para encarar el complejo proceso de globalización económica. Como se ha señalado desde la doctrina académica, lo que se necesitaba no era un «mínimo civilizatorio» sino, más bien, «un estándar de adecuación normativa estatal y colectiva sobre las relaciones laborales»[16]. En otras palabras, urgía un marco de políticas en el que los objetivos en materia de empleo y sociales conformasen una estrategia integral de desarrollo[17].

Precisamente por ser «el punto de referencia mundial en materia de conocimientos relativos al empleo y los asuntos laborales, así como el centro de acción normativa en el mundo del trabajo, una plataforma para el debate y la negociación sobre la política social y un proveedor de servicios de movilización, información y adopción de medidas políticas»[18], la OIT se sintió aludida y tomó las riendas del asunto.

Antes, sin embargo, debía solventar los dos tradicionales problemas que el propio organismo venía arrastrando, en la medida en que podrían dificultar sus esfuerzos para afrontar esta situación[19].

El primero de ellos, como declararía el mismo director general, aludía a «la tendencia institucional a engendrar una gama creciente de programas sin un orden de prioridad claramente fijado que organice y ensamble sus actividades, lo cual ha diluido el impacto de la OIT, difuminando su imagen, recortado su eficacia y desconcertado a su personal»[20]. En el momento de su toma de posesión, el organismo disponía de unos treinta y nueve programas principales en activo. Esto, en parte, era consecuencia directa de la excepcional riqueza de su mandato. Además, los diferentes temas de los derechos en el trabajo, el empleo y las condiciones de trabajo tendían a ser manejados por separado, como si de compartimentos estancos se tratara, sin profundizar en cómo y por qué las diferentes dimensiones del trabajo se relacionan y entrelazan entre sí. Por tanto, la OIT, para salir adelante, debía necesariamente acotar sus prioridades y regir su quehacer político «por el criterio de la adecuación, la excelencia y la eficacia»[21].

El segundo de los problemas, más complejo, derivaba del frágil consenso entre los mandantes de la OIT surgido al término de la Guerra Fría. El carácter tripartito de la organización ha sido siempre la peculiaridad que lo ha distinguido de los otros organismos sociales, pero la desconfianza y la desmedida defensa de sus intereses individuales, había tornado su con-

15 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente…*, *op. cit.*

16 Baylos Grau, A., «Sobre el trabajo…», *op. cit.*, p. 20.

17 Rodgers, G., «El trabajo decente como una meta para la economía global» en *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 153, 2002, p. 13.

18 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente…*, *op. cit.*

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

vivencia imposible. Para afrontar la globalización, no obstante, hacía falta un diálogo social fuerte y un tripartismo sólido, pues sin el consenso interno muy difícilmente podrían influir en la esfera política internacional[22].

Habida cuenta de la situación, el director general decidió emprender una serie de consultas entre los mandantes con el objetivo de esclarecer qué expectativas tenían ellos del organismo y preparar, en base a ello, el programa con el que iniciaría su mandato. De ahí comprendió que la OIT necesitaba una dirección que pudiera representar de manera conjunta, las prioridades de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, y que permitiera lanzar a la opinión pública un mensaje claro sobre su acción futura.

Este mensaje claro pronto se materializó en el denominado paradigma internacional del trabajo decente. Por consiguiente, no erraríamos al afirmar que éste nace como una reacción con un triple propósito[23]: en primer lugar, reorganizar la oficina para hacerla más eficaz; en segundo lugar, restablecer un punto de encuentro entre los mandantes de la OIT; y, por último, erigir un mensaje preciso e integrado a fin de reforzar su posición en la arena internacional y encarar los efectos sociales de la globalización[24].

III. EL TRABAJO DECENTE: UN MENSAJE PROMOCIONAL

El trabajo decente es, en opinión de muchos, un concepto «evolutivo» o «en construcción»[25], en la medida en que se le ha ido dotando de contenido con el pasar de los años. Como ya se ha mencionado, la primera aparición expresa y formal de la expresión trabajo decente se da en la Memoria del director general de la OIT en 1999. Ahí es definido como «un trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad» en el que se protegen los derechos y cuenta con unos ingresos y una protección social adecuada[26]. De esta primera —y quizás preliminar— formulación, se colige claramente que este es: a) un trabajo productivo; b) con protección de derechos; c) remuneración adecuada; y d) protección social justa.

En esta misma dirección, afirma el texto de la Declaración Ministerial del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre generación de empleo pleno y productivo y trabajo decente para todos de 2006 que «el trabajo decente para todos (…) comprende la pro-

22 *Ibid.*

23 La estrategia del trabajo decente surge como reacción a un contexto socioeconómico delicado y preocupante en el que la categoría de trabajo se hallaba fuertemente debilitada. Lanari M.E., *Trabajo decente: significado y alcances del concepto. Indicadores propuestos para su medición,* Subsecretaría de Programación Técnica y Estudios Laborales, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Argentina, 2005, p. 107.

24 Reynaud, E., *The International Labour Organization and globalization: fundamental rights, decent work and social justice*, ILO Research Paper no. 21, International Labour Office, Geneva, 2018, p. 12.

25 Por todos, Ermida Uriarte, O., «Trabajo decente y formación profesional», en *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, 2001, p. 13.

26 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente…*, *op. cit.*

tección social, los principios y derechos fundamentales en el trabajo, y el diálogo social»[27]. En esta ocasión, si bien se omite toda referencia en materia de ingresos, se valora positivamente la mención expresa al tripartismo y diálogo social.

Poco después, la OIT amplia la definición afirmando que se trata de «la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para todos, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres»[28].

Es evidente que, con esta iniciativa, básicamente, se ha buscado revalorizar el trabajo. No basta un trabajo cualquiera. No es suficiente con crear puestos de trabajo, sino que éstos, además, deben ser de una «cierta calidad»[29].

Ahora bien, el principal problema entorno a esta «nueva» expresión guarda relación con el lenguaje que se ha optado por emplear desde la organización. En efecto, el uso del adjetivo «decente» ha descolocado a muchos ya que, como se ha señalado, no tiene antecedentes en el laboralismo[30].

Acostumbrados al uso de calificativos tales como «digno», «justo», «de calidad» o «con derechos» para acompañar el trabajo —expresiones todas ellas que surgieron desde las luchas particulares del movimiento obrero por la mejora de las condiciones de trabajo—, desde la doctrina, son muchos los que han dudado de la idoneidad del término «decente». Hay quien incluso ha llegado a sospechar que la utilización de este nuevo concepto pudiera tratarse de un movimiento razonado de la OIT para huir del nivel de exigencia que la reivindicación del trabajo y sus condiciones precisan[31].

27 Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/GB/297/GB.297_WP_SDG_1_span.pdf (08.11.2023)

28 Definición extraída de la página oficial de la OIT: https://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm (08.11.2023).

29 OIT, *Memoria del director general: Trabajo decente…*, *op. cit.*

30 Destaca Barretto, G., «Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección social básica y la participación de los trabajadores en la empresa», en *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, 2001, p. 154, que esté termino no se había utilizado con anterioridad en el estricto ámbito jurídico-laboral, sin embargo, sí se había empleado en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, concretamente en el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, en su versión en inglés, exige a los Estados miembros la garantía de un «*decent living for themselves and their families*», traducido en castellano como unas «condiciones de existencia dignas para ellos y sus familias».

31 En este sentido, explica Zubero, I., «Concepto y dimensiones del trabajo decente: entre la protección social básica y la participación de los trabajadores en la empresa» en *Se busca trabajo decente*, obra colectiva, Ediciones Hoac, Madrid, 2007, pp. 14-15, que el lenguaje utilizado es fundamental en la medida en que «los cambios (en el mismo) comportan cambios en la percepción de la realidad, de manera que quien controla el lenguaje controla, o tiene muchas más probabilidades de controlar, la realidad».

En todo caso, antes de sacar conclusiones apresuradas, con el objeto de comprender qué se oculta tras esta expresión, considero que lo primero que se debe hacer es analizar la noción desde una perspectiva puramente semántica.

La expresión «trabajo decente» es una traducción literal del inglés *decent work*. De manera que, si seguimos la pista y acudimos al *Oxford Learner's dictionary* o al *Merriam Webster dictionary*, se observa que el sustantivo *decency* alude a «un comportamiento socialmente aceptable» o a un «comportamiento conforme con las normas generalmente aceptadas sobre moral y comportamiento respetable»[32]. Análogamente, el adjetivo *decent* significa «de buen nivel o calidad», «honesto y justo», «adecuado, conveniente» o «satisfactorio»[33].

De acuerdo con estas definiciones es indiscutible que, en inglés, el adjetivo «decente» tiene un significado muy concreto dado que, si alguien afirma tener un empleo o un ingreso decente, se está expresando algo positivo[34]. Se sobrentiende que el empleo y los ingresos son buenos, es decir, que satisfacen las expectativas propias y las de la comunidad pero que, simultáneamente, no son exagerados ni mucho menos idílicos, sino que entran dentro de las aspiraciones razonables de las personas razonables. Así las cosas, «un trabajo calificado como decente no es excepcional ni entusiasma, pero es "aceptable", "correcto" y "conveniente"»[35], en el sentido de que las condiciones sociales y económicas que éste ofrece son suficientes para que tanto el trabajador como sus familiares puedan vivir dignamente.

El problema aparece, pues, cuando se traduce en otros idiomas, ya que es en este proceso en el que su significado puede verse alterado o perder parte de su esencia. El término «decente», en efecto, es uno de esos vocablos que no siempre se traduce bien. Su significado puede variar en otras lenguas y, en ocasiones, incluso ser interpretado en su sentido estricto de lo opuesto a lo «indecente» y, por tanto, con connotaciones morales[36].

Aun así, probablemente por motivos de coherencia lingüística, la organización ha decidido emplear el mismo término en sus otros dos idiomas oficiales[37]. En todo caso, ¿transmiten las expresiones *travail décent* —en francés— y *trabajo decente* —en castellano— el mismo significado que en inglés?

El adjetivo decente deriva del latín *decêns -entis*, que significa conveniente, apropiado o adecuado. De hecho, la palabra *decens* constituye el participio del verbo *decere*, que equivale a «ser apropiado». En francés, según el *Petit Robert*, el término *décent* expresa algo «acorde

32 Extraído de https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/decency y https://www.merriam-webster.com/dictionary/decency (última consulta 05.11.2023).

33 Definiciones encontradas en el diccionario https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/decent?q=decent y https://www.merriam-webster.com/dictionary/decent (última consulta: 05.11.2023).

34 Rodgers, G., «El trabajo decente…», *op. cit.,* p. 14.

35 Auvergnon, P., «De Declaración en Declaración de la OIT: El trabajo decente, lema de acompañamiento social de la globalización», en *Relacionales laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 15-18, 2012, p. 1/12 (versión electrónica accesible en Smarteca).

36 Rodgers, G., «El trabajo decente…», *op. cit.,* p. 14.

37 Coincido con Gil y Gil, J. L., «Concepto de trabajo…», *op. cit.,* p. 1/25 (versión electrónica disponible en Smarteca).

con la decencia, apropiado, adecuado» o «de nivel aceptable, correcto»[38]; similarmente, para el *Dictionnaire Larousse* significa «conforme a la decencia, las buenas costumbres, la modestia, el decoro» o «conveniente en términos de lo que es normal esperar, lo que se considera justo, aceptable, correcto»[39].

Al respecto, la Real Academia Española recoge un total de seis definiciones para el adjetivo «decente», siendo su significado primario «honesto, justo y debido». Es tan solo en la cuarta acepción que es definido como «digno, que obra dignamente» y en la sexta como «de buena calidad o en cantidad suficiente»[40]. El Diccionario de María Moliner lo define, de igual modo, como «decoroso», que «permite vivir decentemente», es decir, «sin pobreza o miseria, pero sin lujo»[41].

Desde luego, sobre la base de estas premisas, aunque en castellano lo opuesto a la «decencia» es la «indecencia», un término con una carga moral extraordinaria, no se puede negar que, en un sentido amplio, la expresión promovida por la OIT emite la idea de un empleo respetuoso de la persona y los derechos básicos y fundamentales del trabajador. Dicho de otro modo, un trabajo indecente no tiene por qué ser un trabajo inmoral, más bien se trata de reflejar un trabajo inapropiado, no tanto por la actividad que se desarrolla, sino por las condiciones en las que ésta es ejecutada[42].

Precisamente por esta razón, una parte de la doctrina estima que el término no solo constituye el perfecto acompañante para el sustantivo trabajo, sino que, además, es el más adecuado para adjetivarlo, ya que representa la combinación de algo «suficiente y deseable»[43]. Es más, se ha afirmado que este vocablo tiene la capacidad de comunicar «la idea de una ambición realista de que se cumplan unas normas sociales básicas en materia de ingresos, condiciones de trabajo y seguridad, derechos y dignidad»[44].

38 Definición procedente de https://dictionnaire.lerobert.com/definition/decent (última consulta: 05.11.2023).

39 Disponible en el siguiente enlace: https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/décent/22091 (última consulta: 05.11.2023).

40 Extraído de https://dle.rae.es/decente (última consulta: 06.11.2023)

41 Moliner, M., *Diccionario del uso del español*, Gredos, Madrid, 2000, p. 414.

42 Bordas Martínez, J. y Pinilla García, F. J., «¿Trabajo decente o trabajo indecente?», en *Tendencias sociales. Revista de Sociología*, núm. 5, 2020, p. 81.

43 Señala Rodgers, G., «El trabajo decente…», *op. cit.,* p. 14, que es esta su acepción más corriente en inglés. Precisamente por este motivo Ermida Uriarte, O., «Trabajo decente y…», *op. cit.,* pp. 9-10 y Barretto, G., «Concepto y dimensiones…», *op. cit.,* p. 156, lo han considerado el vocablo más apropiado, en la medida en que tiene un poder explicativo especialmente sugerente en su propio recinto del lenguaje común. En esta misma línea, Lozano Lares, F., «La eficacia jurídica del concepto de trabajo decente», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 4, núm. 4, 2016, p. 4.

44 VV.AA., *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social: 1919-2009*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 4.

No obstante, existe un sector doctrinal contrario que ha manifestado su profunda desaprobación puesto que hubiese preferido hablar de «trabajo digno»[45], tal y como se ha venido haciendo en las versiones en italiano —*lavoro dignitoso*[46]— y en alemán —*menschenwürdige Arbeit*[47]—.

En este sentido, se ha señalado que al hablar de trabajo decente se ha desaprovechado la oportunidad de vincular la noción, de una parte, con la corriente de pensamiento que estima la protección de la dignidad del trabajador como la función primigenia del Derecho del trabajo[48]; y, de otra, con la dignidad humana reconocida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en algunas Constituciones como, por ejemplo, la alemana (art. 1.1), la italiana (art. 3.1) o la española, que reconoce «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social» (art. 10.1)[49].

Otros, en cambio, creen que ambos vocablos son inadecuados en cuanto transmiten un concepto desacertado del trabajo[50]. La dignidad y la decencia —considerados sinónimos— reside en la propia cualidad personal del trabajador y en la orientación que lo guía, pero nunca en el régimen contractual al que queda sujeto; de modo que, salvo supuestos excepcionales

45 Tanto Baylos Grau, A., «Sobre el trabajo…», *op. cit.,* p. 21 como Baeza Sanjuan, R., «Una aproximación al concepto de "trabajo decente"», en *Fundación Primero de Mayo*, Comisiones Obreras Servicios, 2017, p. 1/5, han señalado que hubiesen preferido el término «digno» o cualquier otra acepción más o menos afortunada. En opinión de Ferrer Dufol, J., «Trabajo decente (digno) y formación profesional», en *Boletín Cinterfor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*, núm. 151, 2001, nota a pie de página 1.ª, la expresión «trabajo decente» omite toda dimensión dignificante del trabajo. En esta misma dirección, Auvergnon, P., «De Declaración en…», *op. cit.,* p. 1/12 (versión electrónica accesible en Smarteca) señala que la noción de «trabajo decente» se limita a expresar la idea de la «suficiencia», la cual se sitúa en un «grado por debajo» de la de «trabajo digno», quedando lejos de toda dimensión «dignificante».

46 Esta es la traducción oficial que emplea la OIT en la *Dichiarazione dell'ILO sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta*, de 10 de junio de 2008, disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/genericdocument/wcms_151919.pdf (última consulta: 02.11.2023).

47 Tal es la terminología utilizada por la Organización en *Erklärung der IAO über soziale Gerechtigkeit für eine faire Globalisierung*, de 10 de junio de 2008, disponible en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-berlin/documents/genericdocument/wcms_100192.pdf (última consulta: 02.11.2023).

48 En especial, el texto de Sinzheimer, H., «La esencia del Derecho del Trabajo» publicado en 1927, extraído de su obra posterior, *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del trabajo*, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1984, pp. 69-77, en el que se recuerda que nuestra disciplina no se limita únicamente a regular las relaciones patrimoniales entre individuos, sino también y, sobre todo, a proteger un compromiso en el que está implicada la persona humana y, por ende, su propia dignidad personal.

49 Gil y Gil, J. L., «Concepto de trabajo…», *op. cit.,* p. 1/25 (versión electrónica disponible en Smarteca),

50 Esta controvertida, aunque interesante, tesis ha sido primero presentada en diversos foros formales e informales y, posteriormente, desarrollada en Vigo Serralvo, F., «Repensemos el *trabajo decente*. Sobre lo inadecuado de este lema y los motivos por los que la dignidad del trabajo es independiente de las condiciones en las que se presta», en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, vol. 10, núm. 1, 2022, pp. 69-112.

y con independencia de las condiciones materiales en las que sea desarrollado, todo trabajo es siempre digno y también decente, pues son valores inherentes a la persona humana, que no pueden concederse ni tampoco arrebatarse externamente.

En ocasiones, la propia Organización ha empleado «trabajo decente» y «trabajo digno» indistintamente, pero la misma ha aclarado recientemente que con el empleo del adjetivo «decente» su intención ha sido la de reflejar el elemento de «valor» que las personas atribuyan al trabajo, algo que por el contrario no es capaz de transmitir, por ejemplo, el término «calidad»[51].

Siendo así, el término decente lleva implícitos los estándares de cada sociedad[52]. De manera muy expresiva, se puede afirmar que el «trabajo precario» constituye la antítesis conceptual y práctica del derecho a un «trabajo decente»[53], ya que un déficit de éste último, equivale, en palabras de la OIT, a «una oferta de empleo insuficiente, una protección social inadecuada, la denegación de los derechos en el trabajo y deficiencias en el diálogo social»[54] o, en otros términos, en las nociones de privación y exclusión en la medida en que ello implica que un determinado contexto laboral no alcanza los estándares de trabajo socialmente esperados[55].

La expresión «trabajo decente», a mi parecer, no pretende esconder segundas intenciones, ni tampoco se corresponde con una estrategia para disminuir el nivel de exigencia requerido por las reivindicaciones del trabajo y sus condiciones. En todo caso, surge como un mensaje o, mejor dicho, un eslogan promocional del organismo internacional para afrontar los impactos negativos generados por el fenómeno de la globalización económica[56].

51 Somavía, J., «El Programa de trabajo decente de la OIT como aspiración de las personas: inserción de los valores y la ética en la economía global», en *El Trabajo Decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales,* obra colectiva, director Dominique Peccoud, Organización Internacional del Trabajo, Madrid, 2016, p. 6.

52 Rodgers, G., «El trabajo decente…», *op. cit.,* p. 22.

53 Cabeza Pereiro, J., *Ensayo sobre el trabajo precario y las personas vulnerables*, Laborum, Murcia, 2015, p. 27 y Monereo Pérez, J.L. y López Insua, B.M., «La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente"», *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm. 177, 2015, p. 19/32 (versión electrónica accesible en Smarteca), califican el «trabajo precario» o la «precariedad laboral» como los perfectos antónimos del trabajo decente. Pese a la ambigüedad del término, conforme a estos últimos autores, a grandes rasgos el trabajo precario se identifica a partir de las cuatro siguientes dimensiones: 1) la inestabilidad e inseguridad en el empleo, generalmente derivada de las frecuentes transiciones y rotaciones laborales (*flexibilidad externa)*; 2) las propias condiciones de trabajo, incluyendo salarios bajos, inseguridad y riesgos para la salud laboral, constante movilidad funcional, geográfica y de tiempo de trabajo, entre otros (*flexibilidad interna)*; 3) una mayor vulnerabilidad de los trabajadores precarios nacida de la individualización del trabajo y de la pérdida de fuerza de las organizaciones sindicales y de los instrumentos colectivos; y, por último, 4) la deficitaria protección social y de Seguridad Social.

54 OIT, *Memoria del director general: Reducir el déficit de trabajo decente – un desafío global*, Conferencia Internacional del Trabajo, 89.ª reunión, Ginebra, 2001, p. 68.

55 En este sentido, Nizami, N. y Prasad, N., *Decent work: Concept, Theory and Measurement*, Palgrave Macmillan, Singapore, 2017, p. 17.

56 Coincido aquí con Auvergnon, P., «De Declaración en…», *op. cit.,* p. 1/12 (versión electrónica accesible en Smarteca) para quien la expresión trabajo decente representa «un lema de acompañamiento social de la globalización».

En efecto, el trabajo decente es nuevo en la forma de enunciarlo y en su denominación tan pegadiza, pero no lo es en su sustancia[57]. Si bien esta expresión no aparece ni en el primer texto constitucional de 1919, ni tampoco en la Declaración de Filadelfia a este anejo en 1944, las ideas que aglutina han subyacido siempre, desde sus orígenes, en la filosofía del propio organismo[58].

En un período de manifiesta desigualdad y enorme incertidumbre global, el paradigma internacional del trabajo decente aspira a recuperar el «espíritu de Filadelfia» cuyo objetivo no es otro que el de promover el desarrollo y el bienestar de las personas «en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades», cuatro condicionantes que, como se ha podido comprobar, figuran expresamente ya en la definición primigenia del trabajo decente. Recordemos, además, que la Declaración de Filadelfia de 1944 insistía en la dimensión subjetiva del trabajo sobre aquella objetiva, afirmando la preeminencia de la persona del trabajador, en cuanto sujeto que trabaja, frente al fruto, resultado o producto final del trabajo humano[59]. Defendía, además, que la persona trabajadora no podía ser utilizada como simple medio y que el trabajo, en cualquier caso, no debe agotarse en los aspectos meramente materiales, sino que debe posibilitar la realización personal, la integración en la sociedad y la participación en la comunidad. En otras palabras, el trabajo debe permitir al hombre «perseguir su bienestar material» y también «su desarrollo personal»[60].

El trabajo decente surge, por tanto, como una suerte de «*deja-vú*»[61] que, con igual o mayor intensidad, devuelve todas esas reivindicaciones al presente para ser recogidas bajo un único marco integrado y coherente[62]. La fórmula del trabajo decente propone así un medio para revitalizar unos principios y objetivos que han estado siempre en el centro de la acción del organismo pero que, por circunstancias varias, han ido perdiendo cada vez más influencia. Aglutina los objetivos históricos de la organización: la promoción de los derechos en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. No es más que la expresión contemporánea de la preocupación permanente de la OIT por la paz, la justicia social, la democracia

57 Son diversos los autores que consideran que el trabajo decente no ha aportado nada sustancialmente nuevo. Sin ánimo exhaustivo, Lanari, M.E., *Trabajo decente…, op. cit.,* p. 108; Hughes, S., «The International Labour Organisation» en *New Political Economy*, vol. 10, núm. 3, 2005, p. 420 y Bordas Martínez, J. y Pinilla García, F.J., «¿Trabajo decente o…?», *op. cit.,* p. 84.

58 De hecho, para Egger, P. y Sengenberger, W., «Problemas y políticas del trabajo decente», en *Boletín Cintefor: Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional,* núm. 151, 2011, p. 29, «el trabajo decente es un reflejo veraz de la Constitución de la OIT».

59 Gil y Gil, J. L., «Concepto de trabajo…», *op. cit.,* p. 1/25 (versión electrónica disponible en Smarteca).

60 Puede accederse a la versión completa del texto en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/static/spanish/inwork/cb-policy-guide/declaraciondefiladelfia1944.pdf (09.11.2023)

61 Este término, en francés, significa literalmente «ya visto» y solemos emplearlo para hacer referencia a la extraña experiencia que sentimos cuando un momento determinado se repite, como si lo rescatáramos del pasado lejano.

62 Explica acertadamente Lanari, M.E., *Trabajo decente…, op. cit.,* p. 109, que esta fórmula «nos evoca a la visión cíclica de la historia (…) y nos predispone también a reiterar la vigencia de nociones como equidad y justicia, para abordar la actual cuestión social que, aunque más compleja, mantiene como entonces la demanda esencial de afrontar la exclusión».

y la igualdad[63]. Constituye así «una reformulación, en lenguaje sencillo, directo y fácilmente comprensible, del mensaje que transmite la OIT desde sus orígenes»[64].

En suma, el trabajo decente recoge el «anhelo básico de la gente de todo el mundo» de poder obtener un empleo con el que poder «sustentarse a sí mismo y a sus familias en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humanas»[65]. Esencialmente, busca mejorar la calidad de la vida de las personas, lo que se refiere no solo, por ejemplo, a su nivel de ingresos, pues «el trabajo sólo es realmente «decente» cuando es un medio de transformación humana o de realización de uno mismo, tanto en el sentido material como en el ético y espiritual»[66]. Para la OIT esto es, nada más y nada menos, que un retorno a sus inicios.

IV. CONCRETANDO EL TRABAJO DECENTE: UNA PROPUESTA DE CONTENIDO NORMATIVO

En el apartado anterior, se ha podido constatar que el trabajo decente ha recibido críticas y elogios a partes iguales. Si para algunos se trata de una noción excesivamente «subjetiva», «elástica», «vaga» o «abstracta», cuyos difusos perfiles pueden dar pie a una multiplicidad de interpretaciones[67]; otros, por el contrario, encuentran precisamente en su indeterminación su principal fuerza institucional[68].

63 A diferencia de autores como Quintero Lima, M.G., «ODS 8: trabajo decente y el futuro del trabajo», en *Primavera*, núm. 132, 2019, p. 74, que consideran el trabajo decente como «la cristalización moderna de la primigenia Justicia social», coincido con Trebilcock, A., *From social justice to decent work: An overview of the ILO's guiding ideals 1919-2008*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2009, pp. 29-30 quien está convencida de que el trabajo decente y la justicia social no solo son objetivos distintos, sino que el primero es menos extenso que el segundo. La propia autora se pregunta si el trabajo decente ha suplantado la justicia social y acaba concluyendo que el trabajo decente es tanto un ideal como un medio para alcanzar otros ideales, especialmente la justicia social. Éste, más que haberla suplantado, constituye una vía esencial para la consecución del objetivo primordial de la justicia social.

64 Gil y Gil, J. L., «Concepto de trabajo…», *op. cit.,* p. 3/25 (versión electrónica disponible en Smarteca).

65 Egger, P. y Sengenberger, W., «Problemas y políticas…», *op. cit.,* p. 28.

66 AA.VV., «Síntesis de las comunicaciones presentadas por distintas tradiciones humanistas, filosóficas, espirituales y religiosas», en *El Trabajo Decente. Puntos de vista filosóficos y espirituales*, Organización Internacional del Trabajo, obra colectiva, director Dominique Peccoud, Madrid, 2016, p. 25.

67 Algunos de los mandantes empleadores de la OIT se han mostrado reticentes y ciertos gobiernos poco entusiastas con el término. La consejera técnica de empleadores de Canadá, por ejemplo, ha afirmado que se trata de un «concepto vago y subjetivo que tiene corolarios poco afortunados en todos los idiomas», *vid.,* OIT, *Actas de la 90.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2002, p. 70.

68 Huertas Bartolomé, T., «Derecho del Trabajo y globalización: el trabajo decente como nuevo paradigma internacional del trabajo», en *Relaciones laborales, organización de la empresa y glo-*

No se puede negar que su ambigüedad le ha servido para alcanzar la más alta cima. No solo se ha insertado en los discursos de algunos de los foros políticos mundiales más importantes, sino que desde 2015 se ha proyectado universalmente al ser instituido como uno de los diecisiete objetivos con los que han acordado comprometerse los más de 190 Estados miembros de las Naciones Unidas[69].

Ahora bien, habiéndose asentado ya en el discurso político internacional, creo que ha llegado el momento de dar un paso más y dotarlo de un contenido normativo concreto a fin de que pueda desplegar toda su operatividad, dejando de ser un paradigma para llegar a materializarse en la sociedad.

La realidad es que la OIT viene insistiendo en esta necesidad de dotarlo de contenido legal vinculante desde el mismo momento de su lanzamiento. Ya en el año 2000 se subrayó la importancia de «relacionar el concepto de trabajo decente con las normas internacionales del trabajo vigentes, para poner de manifiesto la conexión existente entre el trabajo decente y ciertos elementos como la calidad del trabajo, la seguridad y la representación, así como la utilidad de la labor de promoción de un trabajo decente para todos los mandantes de la OIT»[70].

Considerando que la aplicación de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 había revelado que los «elementos que encierran las normas y principios de la OIT pueden contribuir a configurar el concepto de trabajo decente», reconociéndose, por tanto, que «las normas internacionales del trabajo relacionadas con los cuatro objetivos estratégicos sirven para definir las medidas que exige su cabal cumplimiento en las diferentes variantes de desarrollo», se confió la búsqueda del vínculo entre el concepto de trabajo decente y las normas internacionales del trabajo al Instituto Internacional de Estudios Laborales (IIEL).

Desde entonces, la OIT ha seguido esforzándose por encontrar la justa conexión entre la expresión de trabajo decente y las normas internacionales del trabajo con el propósito de hacer efectivo el cumplimiento de los cuatro objetivos estratégicos. Es más, en la propia Memoria del director general presentada ante la 92.ª CIT en el marco del debate sobre la dimensión social de la globalización, se enfatizó nuevamente la urgencia de determinar «un conjunto más integrado de normas internacionales del trabajo (capaz de captar) los elementos esenciales del enfoque relativo al trabajo decente»[71], en el entendido de que solo fortale-

balización, obra colectiva, directores Jesús Lahera Forteza y Fernando Valdés Dal-Ré, Cinca, Madrid, 2010, p. 427, para quien el carácter «abierto» del término ha contribuido a convertirlo en el Programa de la Organización.

69 Para una profundización de las diversas fases por las que ha pasado el trabajo decente hasta su más alto reconocimiento internacional, *vid.,* Lenzi, O., *El trabajo doméstico: un análisis a la luz del paradigma internacional del trabajo decente*, tesis doctoral, Universitat de València, Valencia, 2022.

70 OIT, *Marco de políticas y estrategias para el período 2002-2005 y examen preliminar de las propuestas de Programa y Presupuesto para 2002-2003. Actualización del Programa de Trabajo Decente*, presentando en la 279.ª reunión del Consejo de Administración, Ginebra, 2000, Documento GB.279/PFA/6, párr. 14.

71 OIT, *Memoria del director general: Por una globalización justa – El papel de la OIT*, Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, Ginebra, 2004, p. 54.

ciéndose la capacidad del organismo para promover las normas internacionales del trabajo en general y los principios y derechos fundamentales en el trabajo en particular podría convertirse el trabajo decente en un objetivo de carácter mundial[72].

Hoy por hoy, sin embargo, la OIT todavía no se ha aventurado a trazar un listado tasado de normas internacionales del trabajo que podrían colmar el concepto jurídico de trabajo decente y así delimitar su dimensión normativa. Aun así, aunque sin apuntar a normas concretas, en la reunión tripartita de expertos sobre la medición del trabajo decente celebrada en Ginebra los días 8 a 10 de septiembre de 2008 sí se indicaron un conjunto de elementos que podrían dar forma al marco jurídico del trabajo decente. Estos son: (1) el pleno empleo; (2) seguro de desempleo; (3) salario mínimo legal; (4) máximo de horas de trabajo; (5) vacaciones anuales pagadas; (6) licencia de maternidad (incluidas las semanas de licencia, la tasa de sustitución y la cobertura); (7) trabajo infantil (incluidas las políticas públicas para luchar contra el mismo); (8) trabajo forzoso (incluidas las políticas públicas para luchar contra el mismo); (9) legislación sobre la protección del empleo (incluido el preaviso de terminación de la relación de trabajo, en semanas); (10) ley contra la discriminación basada en el sexo del trabajador; (11) ley contra la discriminación basada en la raza, el origen étnico, la religión o el origen nacional; (12) seguro de lesiones profesionales; (13) inspección de trabajo; (14) pensión (pública/privada); (15) incapacidad para trabajar a causa de enfermedad/licencia por enfermedad; (16) incapacidad para trabajar debido a invalidez; (17) libertad sindical y de asociación y derecho de sindicación; (18) derecho a la negociación colectiva; y, por último, (19) consultas tripartitas[73].

En esta misma dirección, el Pacto Mundial para el Empleo adoptado por la OIT en el año siguiente, puso de manifiesto que si bien es cierto que «el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo es fundamental para la dignidad humana» y «esencial para la recuperación y el desarrollo», existen otras muchas normas internacionales básicas para realizar el Programa de Trabajo Decente, tales como las relativas a la política de empleo, los salarios, la seguridad social, la relación de trabajo, la terminación de la relación de trabajo, la administración y la inspección de trabajo, los trabajadores migrantes, las condiciones de trabajo en el marco de los contratos públicos, la seguridad y salud en el trabajo, las horas de trabajo y los mecanismos de diálogo social[74].

No cabe duda de que lo idílico sería que el concepto de trabajo decente concordase con la totalidad de convenios aprobados por la OIT, en la medida en que forman el conjunto más importante y completo de normas internacionales sobre la regulación de las relaciones de trabajo; no obstante, reconozco que se trataría de una meta claramente inalcanzable —por no decir imposible— dada la diversidad de prioridades y, sobre todo, posibilidades de los 187 Estados miembros que componen el organismo.

72 OIT, *Informe correspondiente al año 2003-3004 presentado por el presidente del Consejo de Administración a la Conferencia*, actas de la 92.ª reunión, Ginebra, 2004, párr. 8.

73 OIT, *Guía sobre los nuevos indicadores de empleo de los Objetivos del Milenio incluido el conjunto completo de indicadores de Trabajo Decente,* Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, pp. 43-47.

74 OIT, *Un Pacto Mundial para el Empleo,* Conferencia Internacional del Trabajo, 98.ª reunión, Ginebra, 2009, párr. 14, apdo. 2.º.

Es por ello que, en los últimos años, desde la doctrina académica se han avanzado distintas propuestas que señalan aquel conjunto de normas internacionales del trabajo que, de manera integrada, podría configurar el denominado «bloque convencional» del trabajo decente.

Una primera propuesta nace a partir del análisis de los comentarios publicados por la CEACR[75]. Si bien con toda certeza, actualmente, el número de normas sería muy superior, para el período comprendido entre el 2002 y el 2010 sobresalen veintiocho normas que guardarían una estrecha relación con la estrategia del trabajo decente[76].

La segunda propuesta, en cambio, toma como punto de partida dos premisas básicas: la primera es la de tomar en consideración tan solo los convenios —excluyendo, por tanto, las recomendaciones— en la medida en que son éstos los instrumentos que tienen la capacidad de operar como auténticos tratados y generar obligaciones, tanto de comportamiento como de resultado, para los Estados ratificantes; también opta por prescindir de los convenios «específicos», es decir, aquellos relativos a algún aspecto concreto de las relaciones laborales, así como de los «sectoriales», esto es, los dedicados a un determinado colectivo profesional o una rama de actividad concreta[77]. Con arreglo a esta metodología, se acaban distinguiendo un total de veintiocho normas internacionales que actuarían como «una espe-

75 Auvergnon, P., «De Declaración en…», *op. cit.,* pp. 121-139.

76 Por orden decreciente de referencias los convenios destacados son los siguientes: (1) el Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo; (2) Convenio núm. 81, de 1947, sobre la inspección del trabajo (industria y comercio); (3) Convenio núm. 111, de 1958, sobre la discriminación (empleo y ocupación); (4) Convenio núm. 138, de 1973, sobre la edad mínima; (5) Convenio núm. 182, de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil; (6) Convenio núm. 131, de 1970, sobre la fijación de salarios mínimos; (7) Convenio núm. 144, de 1976, sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo); (8) Convenio núm. 87, de 1948, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación; (9) Convenio núm. 129, de1969, sobre la inspección del trabajo (agricultura); (10) Convenio núm. 26, de 1928, sobre los métodos para la fijación de salarios mínimos; (11) Convenio núm. 98, de 1949, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva; (12) Convenio núm. 95, de 1949, sobre la protección del salario; (12) Convenio núm. 142, de 1975, sobre el desarrollo de los recursos humanos; (14) Convenio núm. 100, de 1951, sobre la igualdad de remuneración; (15) Convenio núm. 117, de 1962, sobre política social (normas y objetivos básicos); (16) Convenio núm. 120, de 1964, sobre la higiene (comercio y oficinas); (17) Convenio núm. 130, de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; (18) Convenio núm. 115, de 1960, sobre protección contra las radicaciones; (19) Convenio núm. 169, de 1989, sobre pueblos indígenas y tribales: (20) Convenio núm. 128, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; (21) Convenio núm. 121, de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; (22) Convenio núm. 102 de 1952, sobre la seguridad social (norma mínima); (23) Convenio núm. 94, de 1949, sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas); (24) Convenio núm. 24, de 1927, sobre el seguro de enfermedad (industria); (25) Convenio núm. 151, de 1978, sobre las relaciones de trabajo en la administración pública; (26) Convenio núm. 149, de 1977, sobre el personal de enfermería; (27) Convenio núm. 107, de 1957, sobre poblaciones indígenas y tribuales; y, (28) Convenio núm. 29, de 1930, sobre el trabajo forzoso.

77 Esta metodología ha sido avanzada por Lozano Lares, F., «La eficacia jurídica…», *op. cit.*, pp. 27-28.

cie de suelo mínimo de *umbral de trabajo decente*»[78]. Este resultado se vería actualmente incrementado por una norma más tras la adopción del Convenio núm. 190, de 2019, sobre violencia y acoso.

En cualquier caso, habiendo argumentado aquí que, a mi juicio, la noción de trabajo decente no propone nada realmente «nuevo», sino que constituye una reformulación moderna de los tradicionales principios y objetivos del organismo en una economía mundial en plena evolución[79], mi propuesta adopta, a diferencia de la precedente, un método deductivo, en la medida en que es a partir del estudio del texto constitucional inicial y de la Declaración de Filadelfia de 1994 que propongo un conjunto de normas que podrían delimitar la dimensión jurídica del trabajo decente.

Siguiendo los pasos de la segunda propuesta, mi razonamiento se limita también a observar los convenios, en cuanto normas mínimas vinculantes. Así pues, del total de 191 convenios aprobados por la OIT, se han descartado aquellos catalogados por el propio organismo como «superados»[80] o «extintos»[81]. Teniendo en cuenta que el objetivo del trabajo decente busca ser universal, ahí donde hubiese normas «genéricas», he considerado oportuno excluir

78 El suelo mínimo estaría, por consiguiente, compuesto por las siguientes normas: a) el objetivo básico de la promoción del empleo, quedaría plasmado en el Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo. b) El objetivo relativo a los derechos fundamentales, sería más amplio, e incluiría el Convenio núm. 29, de 1930, sobre el trabajo forzoso; el Convenio núm. 105, de 1957, sobre la abolición del trabajo forzoso; el Convenio núm. 138, de 1973, sobre la edad mínima; el Convenio núm. 182, de 1999, sobre las peores formas de trabajo infantil; el Convenio núm. 142, de 1975, sobre desarrollo de los recursos humanos; el Convenio núm. 100, de 1951, sobre igualdad de remuneración; el Convenio núm. 111, de 1958, sobre la discriminación; el Convenio núm. 159, de 1983, sobre la readaptación profesional (personal inválidas); el Convenio núm. 1983, de 2000, sobre la protección de la maternidad; y el Convenio núm. 156, de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares. c) El objetivo básico de la protección social lo conformarían: el Convenio núm. 95, de 1949, sobre la protección del salario; el Convenio núm. 131, de 1970, sobre la fijación de salarios mínimos; el Convenio núm. 132, de 1970, sobre las vacaciones pagadas (revisado); el Convenio núm. 140, de 1974, sobre la licencia pagada de estudios; el Convenio núm. 102, de 1952, sobre la seguridad social; el Convenio núm. 168, de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; el Convenio núm. 158, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo; el Convenio núm. 1, de 1919, sobre las horas de trabajo (industria); el Convenio núm. 30, de 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas); el Convenio núm. 14, de 1921, sobre el descanso semanal (industria); Convenio núm. 106, de 1957, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas); el Convenio núm. 171, de 1990, sobre el trabajo nocturno; el Convenio núm. 155, de 1981, sobre seguridad y salud de los trabajadores; el Convenio núm. 161, de 1985, sobre los servicios de salud en el trabajo; y el Convenio núm. 187, de 2006, sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo. d) El último objetivo estratégico, el relativo al diálogo social, quedaría plasmado en: el Convenio núm. 87, de 1948, sobre libertad sindical y derecho de sindicación y el Convenio núm. 98, de 1949, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva.

79 Sigo aquí a Supiot, A., «Esquisse d'un accord-cadre relatif à l'extension de la protection sociale», en *Protection sociale et travail décent*, núm. 1272, 2006, p. 91.

80 Se trata de normas formalmente en vigor, pero sustituidas posteriormente por otros convenios revisados. La OIT, de hecho, no solicita ningún informe a los Estados miembros sobre su aplicación. Actualmente, son 48 los convenios superados.

81 Se trata de convenios derogados, retirados o reemplazados. Son 41 los convenios con este estatus.

aquellas dirigidas a una rama de actividad o colectivo determinado. En cuanto norma de carácter eminentemente técnico, también he considerado pertinente dejar al margen el recién aprobado Convenio núm. 191, de 2023, sobre un entorno de trabajo seguro y saludable, cuyo objetivo principal no es otro que introducir en ciertos convenios enmiendas derivadas de la adopción de la Resolución sobre la inclusión de un entorno de trabajo seguro y saludable en el marco de la OIT relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Así pues, tras esta primera criba, he asignado uno o varios convenios —priorizando, en la medida de lo posible, aquellos actualizados[82]— a los principios y objetivos liminares del organismo.

De conformidad con este método, emergen un total de treinta convenios. En su gran mayoría, coinciden con el marco jurídico avanzado por la OIT, a falta de normas relativas a las vacaciones anuales pagadas y la terminación de la relación laboral. Entre éstos se encontrarían, por supuesto, los diez convenios relativos a los principios y derechos fundamentales en el trabajo[83], así como otros directa o indirectamente vinculados con éstos[84]. El asunto del empleo sería abordado por diversas normas, principalmente por el Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo[85] y otras normas vinculadas con las condiciones del empleo y trabajo[86]. La tercera dimensión relativa a la protección social quedaría reflejada en un conjunto de normas que regulan aspectos estrechamente vinculados con la seguridad social[87]. El Convenio núm. 81, de 1946, sobre la inspección de trabajo, destacaría la importancia de vigilar y controlar la correcta aplicación de las normas. Por último, el objetivo del diálogo social sería abordado por un único convenio[88], si bien presenta una innegable relación con algunos de los convenios considerados como «fundamentales».

82 Hay convenios que actualmente se encuentran «en situación provisoria» por haber sido ratificados por un número reducido de Miembros; convenios por los que se ha «solicitado información», en el sentido de que se ha presentado a los Grupos de Trabajo del Consejo de Administración una solicitud relativa a su pertenencia y a sus posibilidades de enmienda; y, por último, convenios «pendientes de revisión», es decir, normas que se espera que pronto serán modificadas por nuevas disposiciones en forma de Protocolo o de un nuevo convenio.

83 *Vid.* Nota a pie núm. 12.

84 Por ejemplo, el Convenio núm. 161, de 1985, sobre los servicios de salud en el trabajo y el Convenio núm. 190, de 2019, sobre la violencia y el acoso.

85 Lo acompañan el Convenio núm. 88, de 1948, sobre el servicio del empleo; el Convenio núm. 140, de 1974, sobre la licencia pagada de estudios (revisado) y el Convenio núm. 142, de 1975, sobre desarrollo de los recursos humanos.

86 El Convenio núm. 1, de 1919, sobre las horas de trabajo (industria); el Convenio núm. 14, sobre el descanso semanal (industria); el Convenio núm. 30, de 1930, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas); el Convenio núm. 95, de 1949, sobre la protección del salario; el Convenio núm. 106, de 1957, sobre el descanso semanal (comercio y oficinas); y, el Convenio núm. 131, de 1970, sobre la fijación de salarios mínimos.

87 El Convenio núm. 102, de 1952, sobre la seguridad social (norma mínima); el Convenio núm. 121, de 1964, sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; el Convenio núm. 129, de 1967, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes; el Convenio núm. 130, de 1969, sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad; el Convenio núm. 168, de 1988, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo; y, el Convenio núm. 183, de 2000, sobre la protección de la maternidad.

88 El Convenio núm. 144, de 1976, sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo).

Pese a estos intentos recurrentes por reparar la tan criticada «liquidez» del término, el Grupo de los Empleadores del organismo se ha manifestado siempre en contra de la idea de definirlo jurídicamente. Desde el principio ha trazado una insuperable «línea roja» con respecto de la posibilidad de dotarlo de contenido convencional, pues entiende que esta facultad le corresponde individualmente a cada país, en función de sus particularidades y preferencias[89].

Con todo, la vinculación del trabajo decente con la acción normativa contribuiría a transitar de la teoría a la práctica de unas condiciones de trabajo mínimas. En efecto, más allá de esclarecer su significado, las normas, de una parte, «ofrecen una respuesta digna de crédito a la pregunta sobre lo que implica el trabajo decente en términos concretos en lo que se refiere a las condiciones previas (principios y derechos fundamentales), a su contenido (trabajo que reúne ciertos criterios de calidad y de seguridad) y al proceso en virtud del cual este objetivo se puede alcanzar (diálogo social)» y, de otra parte, constituyen «un indicador riguroso del progreso hacia el logro de los objetivos de la OIT, no por medio de promesas que no se han de cumplir sino en la legislación y la práctica, y el sistema de control de la OIT es el medio más avanzado de que se dispone para vigilar la aplicación de los convenios ratificados y para alentar el cumplimiento de las recomendaciones»[90]. Probablemente, solo de esta forma el trabajo decente puede llegar a ser un objetivo de carácter claro, transparente y eficaz.

V. REFLEXIONES FINALES

Desde su constitución, la OIT, ha tenido siempre como prioridad la mejora de las condiciones laborales del colectivo de trabajadores. No obstante, el mundo laboral no es inmune a los cambios socioeconómicos, más bien es altamente sensitivo a ellos, de modo que la organización, a lo largo de los años, se ha visto obligada a responder a los múltiples desafíos que la realidad sociolaboral le ha ido planteando. En este sentido, el objetivo del trabajo decente se configura como una réplica al fenómeno de la globalización y la crisis económico y financiera.

El trabajo decente ha sido criticado de manera generalizada tanto desde la doctrina científica como desde la perspectiva sindical y patronal; sin embargo, a mi juicio, es un concepto poderoso desde la perspectiva de la necesidad de globalizar las condiciones de trabajo, pues no esconde segundas intenciones, más bien pretende responder a la voluntad del organismo de dar vida a un mensaje promocional original, que actúe en calidad de distintivo privativo capaz de renovar la imagen «quemada» de la organización.

Es más, como he defendido aquí, no estamos ante un concepto de nuevo contenido, porque la formulación de las garantías mínimas en condiciones laborales es tan antigua como la propia organización. De hecho, el trabajo decente constituye una versión moderna e integrada del mandato constitucional de la OIT, que busca devolvernos no solo al «espíritu de Filadelfia», sino al tiempo de la creación del organismo y a la terminante afirmación de que «el trabajo no es una mercancía».

89 Lo explica Maupain, F., «New foundation or new façade? The ILO and the 2008 Declaration on Social Justice for a Fair Globalization», en *The European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, p. 838.

90 OIT, *Memoria del director general: Reducir el..., op. cit.*, p. 68.

Así pues, a mi modo de ver, una de las principales críticas vertidas respecto del trabajo decente constituye precisamente su fortaleza. En efecto, este objetivo ha hecho fortuna precisamente gracias a su indeterminación, por cuanto es capaz de amoldarse a las diferentes circunstancias sociales, económicas, laborales y políticas de los diversos Estados miembros de la OIT.

También considero, no obstante, que ahora que ha alcanzado su más alto reconocimiento internacional, sería pertinente identificar el denominado «bloque convencional» del trabajo decente, pues más allá de crear ese «mínimo denominador común» por debajo del cual no debería ser jurídicamente tolerable el desempeño de ningún tipo de actividad laboral, puede tener la fuerza suficiente para contribuir a generar un marco de referencia que pudiera servir a los Miembros para sentar las bases de cara a la ratificación futura en aquellos casos en los que las condiciones y las realidades socioeconómicas no estén lo suficientemente maduras para una ratificación inmediata.

LA TÉCNICA DEL ACOMODO RAZONABLE EN EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGOSOS EN EL ÁMBITO DE LA EMPRESA

José Manuel Roales Fernández
Graduado Social por la Universidad de Sevilla
Grado en Derecho por Universidad Internacional de la Rioja
Máster Universitario en Abogacía y Práctica Jurídica por la Universidad Internacional de Valencia
Doctorando Universidad Pública de Navarra

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

Palabras clave: acomodamiento razonable, TS, TJUE, TEDH, símbolos religiosos
Keywords: Reasonable accommodation, TS, CJEU, ECHR, religious symbols

Resumen: El objetivo de este artículo pretende acercar a la sociedad el concepto y la técnica del *acomodamiento razonable*, desde su génesis y evolución jurisprudencial, en la perspectiva real, del empleo de símbolos religiosos en la empresa, teniendo en cuenta el análisis de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) en los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19 de 15.07.2021 (la cual examina si la reglamentación interna de una empresa privada que veta, en el lugar de trabajo, la utilización de cualquier símbolo religioso implica una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o ideológicos), y en el asunto C-344/20 de 13 de octubre de 2022 (Prohibición de discriminación por motivos de religión o convicciones), tras una breve mención al Tribunal Supremo (TS).

El origen del concepto de *acomodamiento razonable* es anglosajón, el «*reasonable accommodation»,* y se considera eje principal en las relaciones laborales que tienen, en alguna medida, tintes de discriminación y en las que se hace necesario aplicar ese acomodo o ajuste razonable en aras de conseguir una igualdad en el empleo.

Se trata de un debate necesario centrado en la exteriorización, por parte de los trabajadores, de sus convicciones religiosas a través de los símbolos religiosos y con el límite (*«contrainte excessive»)*, por parte de la empresa, de no caer en el mal funcionamiento de la misma, contando además con un proceso de adaptación del trabajador en ese acomodo razonable.

Abstract: The objective of this article aims to bring society closer to the concept and technique of reasonable accommodation, from its genesis and jurisprudential evolution, in the real perspective, of the use of religious symbols in the company, taking into account the analysis of the Court's Judgments of Justice of the European Union (STJUE) in accumulated cases

C-804/18 and C-341/19 of 07.15.2021 (which examines whether the internal regulations of a private company that vetoes, in the workplace, the use of any religious symbol implies direct or indirect discrimination for religious or ideological reasons), and in case C-344/20 of October 13, 2022 (Prohibition of discrimination based on religion or belief), after a brief mention to the Supreme Court (TS).

The origin of the notion of reasonable accommodation is Anglo-Saxon, the «reasonable accommodation», well understood as the main axis in labor relations that have to some extent tinges of discrimination and where this reasonable accommodation or accommodation is necessary for the sake of equality in employment.

This is a necessary debate that focuses on the externalization by workers of their religious convictions through religious symbols and with the limit, the «contrainte excessive», business of not falling into the malfunction of the company, with a pseudo-adaptation of the worker in that reasonable accommodation.

I.- ACOMODAMIENTO RAZONABLE. MARCO INTERNACIONAL

Se trata de un concepto jurídico que podríamos definir como «la obligación de acomodar o ajustar que, en virtud del Derecho, incumbe a las distintas instituciones y organizaciones, de índole privada y pública, de evitar cualquier discriminación empleando medidas de armonización, aplicando para ello ciertas leyes o reglamentos»[1].

El «acomodo razonable» ve la luz en la Jurisprudencia estadounidense, legislada en 1971 a través de una Enmienda del título VII del *Civil Rights* de 1964, y que posteriormente Canadá puso en práctica a partir de 1985 con la Sentencia Ontario Human Rights Commissión y O´Malley c. Simpsons Sears Ltd., de 17 de diciembre de 1985 del Tribunal Supremo.

El *acomodamiento razonable* es uno de los medios adecuados para lograr, en las sociedades democráticas, el Estado de Derecho cohesionador de diversas culturas. No obstante, existe otra vía para lograrlo que no requiere la necesidad de acudir a un Tribunal, es el llamado «Ajuste Concertado», que consiste en ser capaz de hallar una solución que satisfaga a las partes implicadas en el conflicto y en el que las negociaciones amistosas son partes esenciales.

Como se pondrá de manifiesto a lo largo de este artículo, el *acomodo razonable* como concepto emana de la Jurisprudencia y de los numerosos fallos de los Tribunales que logran, en unos casos, y tratan de conseguir, en otros, «ajustar» la aplicación de una norma o ley a favor de una persona o de un grupo de ellas que se sienten discriminadas por razones diversas (culturales, religiosas, étnicas, raciales, etc.)

1 Elósegui Itxaso, M. (2014), «*El concepto jurisprudencial del acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público*». Revista: Anuario de filosofía del Derecho. Página 110.

Constatamos que en las últimas décadas son múltiples las solicitudes de ciudadanos que pretenden lograr la plena realización de la libertad religiosa, por ejemplo, en sus puestos de trabajo (públicos o privados).

En relación con lo anteriormente expuesto, los Tribunales norteamericanos imponen la necesidad de demostrar que el uso de alguna práctica religiosa es fundamental para el demandante como parte de su modo de entender la religión y la vida en general. Sin embargo, los Tribunales asienten que la carga de la prueba compete a ambas partes pues, por un lado, pertenece al demandante demostrar que se ha producido una discriminación por los efectos perjudiciales de una medida y, por otro lado, corresponde al demandado demostrar que ha puesto todos los medios de acomodamiento razonable necesarios para que no se le imputen los efectos perjudiciales.

En este artículo se tratará de dar forma a la diversa casuística que prevalece en el ordenamiento jurídico internacional y nacional.

El origen del concepto *acomodo razonable* se encuentra en Canadá. Para aplicar esta cláusula, los tribunales exigen la existencia de una situación de discriminación que debe cumplir los siguientes requisitos:

1. Que una norma concreta tenga efectos discriminatorios.

2. Que la discriminación se produzca por uno de los motivos contemplados en la *Charter of Rights and Freedoms*, es decir, debe estar basada en la raza, color, sexo, embarazo, la orientación sexual, el estado civil, la edad, las convicciones políticas, la lengua, el origen étnico o nacional, la condición social o una minusvalía.

3. Que el cumplimiento de la norma provoque un perjuicio en el demandante.

En Europa, a diferencia de Norteamérica (donde podríamos añadir que la práctica del acomodamiento se basa en aplicar el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo, religión, etc.), la aplicación del *acomodo razonable s*e ha empleado fundamentalmente con las personas discapacitadas.

El informe canadiense Bouchard-Taylor define esta doctrina como[2] «*el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos*»[3].

Una vez expuesto brevemente en que consiste el acomodo razonable y como ha ido evolucionando a lo largo de las últimas décadas, conviene centrar la temática del presente artículo en *«el empleo de los símbolos religiosos en las relaciones laborales»* y su influencia en el panorama nacional e internacional.

2 Martín Sánchez, I. (2012): *«El caso Lautsi ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos».* Revista: Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXVIII.

3 Informe de la Comisión Bouchard-Taylor: *«Fonder l´avenir. Le temps de la conciliation, Québec 2008».* Commission de consultation sur les pratiques d´accommodement rélies aux differences culturelles, p. 289.

Detrás de determinados símbolos, como el velo islámico, puede haber una interpretación religiosa o meramente cultural. Su uso estaría amparado en cualquiera de ambos supuestos, por la libertad religiosa, en el primer caso, y la libertad de expresión o el derecho a la propia imagen, en el segundo, no pudiendo ser prohibido mientras no exista un peligro para el orden público (entendido en su sentido estricto, y no como una forma de proteger una cultura mayoritaria), o para los derechos de terceros[4].

Un símbolo religioso puede definirse desde dos puntos de vista, subjetivo y objetivo.

La parte subjetiva se basa en el sujeto en sí mismo que ejerce su derecho a la libertad religiosa, pues este debe demostrar que esa práctica religiosa es fundamental para él, constituyendo una parte esencial en su modo de entender la religión y la vida en general. De hecho, cuando el acomodamiento se solicita por razón religiosa (recordemos que existen diferentes acepciones o modalidades de acomodamiento) parte de esa demostración consiste en explicar la razón por la que esa norma tiene un efecto perjudicial sobre el mismo sujeto.

Recogiendo las palabras de *ELÓSEGUI ITXASO*, debemos mencionar que la Jurisprudencia Norteamericana, en este caso Canadá, suele aplicar dos criterios que podríamos calificar como subjetivos:

– Primero.- El demandante no tiene que demostrar que la práctica religiosa que solicita sea un precepto objetivo obligatoria de su religión, pues basta con demostrar la sinceridad de la creencia.

– Segundo.- El tribunal no tiene obligación de entrar en debates internos religiosos, puesto que no tiene que definir si lo solicitado es obligatorio en las religiones. Dicho de otro modo, como cada caso de *acomodamiento razonable* debe valorarse individualmente, el demandante puede solicitar alguna práctica que sea fundamental para él, pero que no se considere como tal en la mayoría de los creyentes de dicha religión.

Respecto al criterio objetivo, estaríamos ante la protección del derecho fundamental a partir de una concreta concepción objetiva realizada por la norma suprema[5].

Si bien el artículo culminará con el análisis de las últimas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde el inicio debemos preguntarnos si debe dejarse la resolución de conflictos por el empleo de símbolos religiosos en manos del Estado o deberían plantearse soluciones que tuvieran en cuenta el *acomodamiento razonable*.

En palabras de Rossell, «*debe abogarse por el acomodamiento razonable, tal como el canadiense, pues permite una solución mucho más pluralista, en cuanto reflejo de una realidad social variada y caracterizado por su flexibilidad, que permita una adecuada compo-*

4 Torres Gutierrez, A.: *«Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo: Orden público frente a acomodamiento razonable»*, en: Callebat, B., De Courrèges, H. y Parisot, V., *Les religions et le droit du travail: regards croisés, d'ici et d'ailleurs*, Bruylant, Bruselas, 2017, p. 416.

5 *Cfr. Ibid,* p. 418

sición de intereses, y la correcta adaptación de las normas, sin renunciar a su fondo de garantía de los valores de la convivencia, a las costumbres y necesidades cambiantes»[6].

En definitiva, cada situación debe analizarse, en su contexto concreto, porque la decisión que se tome debe fundamentarse en la correcta aplicación de los criterios subjetivos y objetivos. De cualquier manera, llegados a este punto, es necesario saber que existen unos límites legales / sociales que los diferentes tribunales deben tener en cuenta.

Puede ser atendida una demanda, similar de acomodo, como proporcional y razonable en una empresa de grandes dimensiones y no ser este el caso en un negocio pequeño[7].

Debe examinarse si la solicitud del empleado y su posible acomodamiento atenta contra los derechos de otros empleados, si el inconveniente es mínimo o si hay obligación de atenderlo en aras del ejercicio individual de ciertas libertades fundamentales en una sociedad multicultural[8].

En el siguiente punto trataremos de exponer parte de la casuística que dimana de los diferentes Tribunales, con el objeto de mostrar las posturas que mantienen los Tribunales de los distintos organismos.

III.- JURISPRUDENCIA SOBRE EL USO DEL VELO ISLÁMICO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ÁMBITO LABORAL

En primer lugar, debemos citar uno de los casos que mayor repercusión ha tenido en los últimos años, el relativo al C-344/20. Se produjo al presentarse una ciudadana musulmana con pañuelo islámico a una entrevista para unas prácticas en una empresa dedicada al arrendamiento y explotación de viviendas sociales.

En dicha entrevista se le informó de la política de neutralidad de la sociedad, pero ella se negó a quitarse su pañuelo, lo cual conllevó que su candidatura fuera rechazada porque en las instalaciones no se permitía ninguna prenda que cubriera su cabeza, con independencia que fueran gorras, gorros, pañuelos, o velos.

Ante dicha negativa, la exaspirante ejercitó una acción de cesión que llegó hasta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Basó su demanda en que la política de dicha empresa era discriminatoria y no por ello neutral.

6 Rossell, J.: «*La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp.171-203*

7 Elósegui Itxaso, M. (2014), «*El concepto jurisprudencial del acomodamiento razonable. El Tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público».* Revista: Anuario de filosofía del Derecho. Página 144

8 *Id.5*

El Tribunal dio la razón a la parte demandada ya que, aunque toda persona puede profesar una religión o tener convicciones de diversa índole, la norma interna de la empresa, siempre que se aplique de manera general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato…. Siendo, por ello, neutral la política de la empresa.

Es conveniente profundizar en este asunto para poder interpretar el análisis del Alto Tribunal:

1. La norma interna es discriminatoria si implica una diferencia de trato indirectamente basada en la religión o las convicciones y si se demuestra que la obligación ocasiona una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas determinadas convicciones.

2. Una diferencia de trato nunca puede constituir una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente con una finalidad legítima y si los medios para conseguir esa finalidad son adecuados y necesarios. Por ello, confirma en Alto tribunal que la voluntad de un empresario de seguir un régimen de neutralidad en las relaciones con los clientes (privados o públicos) está vinculado a la libertad de empresa.

3. Pone de manifiesto que la Directiva 2000/78 establece un marco general para lograr la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dejando un margen de apreciación e interpretación subjetiva a los Estados Miembros, en particular a la conciliación de los diferentes derechos e intereses en juego, pero siempre debe ir acompañado de un control por parte del Juez correspondiente, que consista en apreciar si las medidas adoptadas a nivel nacional están justificadas y son proporcionadas.

Uno de los primeros casos que tuvo lugar en Europa fue *«El caso Dahlab»,* el cual procedemos a exponer:

1.- Lucía Dahlab, originaria de Suiza, es contratada como maestra en una escuela pública de Ginebra el 1 de septiembre de 1990. Años después de comenzar a usar el velo islámico en el trabajo, el 23 de agosto de 1996, la Dirección General de Educación Primaria le prohíbe acceder al centro con el velo, alegando que se trata de un sistema escolar público y laico tal y como disponía la sección 6 de la Ley de Educación Pública.

2.- La demandante alega la violación del artículo 9 del CEDH y su libertad de manifestar su religión, y que la decisión de las autoridades suizas constituía un acto de discriminación por razones del artículo 14 del ya mencionado convenio. El Tribunal Federal alega que la prohibición sólo afecta a la prestación del trabajo dentro de la escuela y hace referencia a la importante influencia que cualquier profesor tiene y más en alumnos de esa edad.

3.- La demandante representa la escuela y ostenta parte de la autoridad escolar y con ello al Estado, y en un contexto en el que la educación es obligatoria, es necesario la neutralidad en la vestimenta. La paz confesional en Suiza impone una rigurosa separación entre Estado y religión que trae consigo esa aconfesionalidad y neutralidad religiosa en el sector público.

4.- El TEDH, en base a su jurisprudencia, afirma que el artículo 9 recoge la libertad de pensamiento, conciencia y religión, las cuales constituyen una de las bases de una sociedad democrática. Observa, además, que en las sociedades en las que coexisten diferentes religio-

nes, puede ser necesario que estas libertades se restrinjan en aras de la conciliación con los intereses de los demás individuos y grupos que conforman una sociedad.

5.- Es difícil valorar el impacto que el uso de un símbolo religioso, como es el velo, puede tener en la libertad de conciencia y de religión de niños tan pequeños como son los de la demandante. El mensaje de tolerancia, respeto, igualdad y no discriminación que tiene que transmitirse en un centro docente entra en confrontación con el uso del velo.

6.- El Tribunal considera que la prohibición del uso del velo en el contexto de sus tareas profesionales era necesaria en una sociedad democrática, con el objetivo de proteger no sólo los derechos y libertades de los demás sino también el orden y la seguridad públicos. La prohibición buscaba la neutralidad del sistema de educación primaria y estatal, y afirma, además, que tal medida se habría aplicado a un hombre que usara una vestimenta que lo identificara con una religión en concreto.

7.- La neutralidad religiosa cede frente a la libertad de manifestar la religión propia. Se deja constancia del rechazo a la discriminación por razón del sexo: «El Tribunal recuerda igualmente que la progresión hacia la igualdad de sexos constituye hoy día un objetivo importante de los Estados miembros del Consejo de Europa. De ahí que sólo razones de gran peso puedan justificar a la vista del Convenio una diferencia de trato fundada en el sexo».

8.- Priorizando la neutralidad religiosa, la discriminación por razón de sexo alegada por Lucía Dahlab no resulta válida al afirmar que tal prohibición podría afectar a varones pues hay más religiones con prescripciones de alcance similar. La demanda resulta, por tanto, inadmisible.

El Tribunal Supremo, en Autos de 20 de marzo y de 29 de mayo de 2018, se pronuncia sobre el uso del velo islámico en el ámbito laboral, teniendo así la oportunidad de aplicar la doctrina del *acomodamiento razonable*.

Las denunciantes alegan que están en pleno derecho de portar cualquier símbolo religioso amparadas por su derecho de libertad de religión y por ser este absoluto[9].

Ahora bien, en este caso, nos encontraríamos con derechos que están en contraposición: el de la empresa a la defensa de sus propios intereses y el de los trabajadores a su libertad religiosa.

Según el TSJ de la Rioja, antecedente judicial de instar al Tribunal Supremo, los despidos de las empleadas no se deben calificar como improcedentes porque no hubo vulneración de ningún derecho fundamental, en este caso el de libertad religiosa. El despido se justifica como el incumplimiento de las normas de la empresa para vigilar y cumplir la certificación de calidad.

El TS inadmite los recursos de casación interpuestos por las trabajadoras y defiende límites tales como el orden público, la salud de los consumidores, trabajadores e higiene de los alimentos, así como la imagen corporativa.

9 Sentencias del TSJ de La Rioja 131/2017; 132/2017, de 22 de Junio de 2017.

Además, el TS defiende que no se produce discriminación indirecta porque existan otras trabajadoras que profesen la misma religión y que sí acepten las normas, las cuales cubren todo el velo por debajo del gorro del trabajo. El cambio se produjo a raíz de la llamada de atención del Certificado de calidad, por lo que la empresa nunca quiso perjudicar a las empleadas ni discriminarlas[10].

Ninguno de los dos Autos del TS hace mención alguna a la doctrina del *acomodamiento razonable*, con escasa acogida en Europa, en general, y en España, en particular[11].

Muchos autores opinan que el problema radica en que los políticos de estos países deben ser más inclusivos con las distintas creencias religiosas.

En este sentido, señala MOTILLA: «*Llama la atención que no se le exigiera a la empresa haber realizado un mínimo intento de acomodación razonable, hubiese sido más fácil crear una gorra más amplia donde tuviese cabida el velo de los trabajadores evitando la limitación del derecho de los mismos a portarlo*»[12].

Otra Sentencia interesante es la que podemos analizar contra la empresa ACCIONA AIRPORT SERVICES, y con una significativa referencia jurisprudencial en el asunto contra BRITISH AIRWAYS relativo al caso de un crucifijo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) concluyó que no existían circunstancias ni pruebas de invasión real de los intereses de un tercero y, por tanto, las autoridades nacionales no protegieron, de manera suficiente, el derecho de la demandante a manifestar su religión, vulnerando por ello la obligación positiva de conformidad con el art. 9 CE[13].

La Sentencia expuesta examina el conflicto planteado considerando que el uso del *hiyab* es una manifestación de la creencia religiosa de la trabajadora y, por lo tanto, que la empresa no mantiene ninguna política de neutralidad religiosa, obedeciendo la prohibición impuesta a esta trabajadora a una exigencia meramente estética. No es comparable el uso de meros adornos a la utilización, en este caso, del velo, ya que ni siquiera se ha invocado ni acreditado por la empresa la acusación de perjuicio alguno en su imagen derivado del uso del *hiyab*. Además, no existía en la empresa norma prohibitiva alguna, ni el Manual referenciado por la empresa prohibía el uso de símbolos religiosos.

La sentencia resuelve a favor del derecho de la trabajadora, estimando que se ha producido la discriminación invocada y la lesión de su derecho a la libertad religiosa.

10 Autos del TS 3140/2017, de 20 de marzo 2018, y 2965/2017, de 29 de mayo de 2018.

11 Borgues Blazquez, L. (2011): *«Freedom of religion versus freedom of business management in Spain:* Spanish Case-Law analyzed in the light of «reasonable accommodation» figure according to Canadian Case-law». Anuario de acción humanitarian y derechos humanos VIII. Páginas *55-70.*

12 Motilla, A (2019): *«Jurisprudencia del Tribunal Supremo», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado 35, pp. 685-686.*

13 Sentencia Juzgado de lo Social de Palma de Mallorca 2/2017 de 06 de febrero de 2017.

IV.- JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL SOBRE SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA E INDIRECTA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES.

IV.I. CUESTIONES PREJUDICIALES ASUNTO C-344/2020.

1.- ¿Debe interpretarse la Directiva 2000/78 de forma que los términos «religión o convicciones» que figuran en él constituyen un solo y único motivo de discriminación o, por el contrario, esos términos se refieren a motivos de discriminación distintos?

2.- ¿Debe interpretarse que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 se opone a que las disposiciones nacionales que tienen por objeto garantizar la transposición de esa Directiva al derecho nacional, y se interpretan en el sentido de que las convicciones religiosas, filosófica y políticas, constituyen tres motivos de discriminación distintos y, por lo tanto, pueden tenerse en cuenta como «disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato previsto en dicha directiva»?

3.- ¿ El artículo 2.2.a) de la Directiva 2000/78 debe interpretarse de manera que una disposición del Reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente o a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante un signo visible o una prenda de vestir con connotaciones religiosas, sea esta una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones» en el sentido de dicha Directiva?

Una vez expuestas las cuestiones prejudiciales que debemos plantearnos a la hora de entrar en el fondo del asunto, conviene proseguir con las decisiones adoptadas desde Europa.

Según lo establecido en Luxemburgo, una disposición del reglamento laboral interno de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar verbalmente, a través de su vestimenta o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad religiosa y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o convicciones», en el sentido del Derecho de la Unión. Esto será así siempre que se aplique esa disposición de forma general e indiferenciada y no establezca una diferencia de trato basado en un criterio indisolublemente ligado a la religión o a las convicciones.

Sin embargo, el TJUE precisa que una norma interna puede constituir una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones, si se demuestra (extremo que debe comprobar el Tribunal Nacional), que la obligación aparentemente neutra que contiene, ocasiona una desventaja particular para aquellas personas que profesan una religión o tienen unas convicciones determinadas.

La Sentencia C-344/2020 centra su marco jurídico en la Directiva 2000/78 y gira en torno al litigio principal: la no consideración de la candidatura de la demandante para obtener unas prácticas ante la negativa de ésta a respetar la prohibición impuesta por la sociedad a sus empleados de manifestar sus convicciones religiosas a través de la forma de vestir.

En virtud de todo lo expuesto el TJUE (Sala segunda) declara:

– Que los términos «religión o convicciones» que figuran en el art. 1 de la Directiva constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarcan tanto las convicciones religiosas como las filosóficas o espirituales.

– Que una disposición de un reglamento laboral de una empresa que prohíbe a los trabajadores manifestar, verbalmente, a través de la forma de vestir o de cualquier otra forma, sus convicciones religiosas o filosóficas, del tipo que sean, no constituye, respecto de los trabajadores que pretendan ejercer su libertad de religión y de conciencia mediante el uso visible de un signo o de una prenda de vestir con connotaciones religiosas, una discriminación directa «por motivos de religión o connotaciones» en el sentido de dicha Directiva, siempre que esa disposición se aplique de forma general e indiferenciada.

– Que el artículo 1 de la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que disposiciones nacionales que garantizan la transposición de esa Directiva al derecho nacional, significan que las convicciones religiosas y las convicciones filosóficas constituyen dos motivos de discriminación distintos y así pueden tenerse en cuenta como «disposiciones más favorables para la protección del principio de igualdad de trato que las previstas en dicha Directiva»[14].

Una de las Sentencias más destacadas dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Gran Sala, fue la de los asuntos acumulados C-804/18 y C-341/19, la cual examina si la reglamentación interna de una empresa privada que veta, en el lugar de trabajo, la utilización de cualquier símbolo religioso implica una discriminación directa o indirecta por motivos de religión o ideológicos[15].

En este caso particular, se abordan dos asuntos acumulados que responden a las siguientes peticiones de decisión prejudicial planteados por el Tribunal de lo Laboral de Hamburgo, Alemania y por el Tribunal Supremo de lo Laboral, Alemania.

El marco jurídico será la Directiva 2000/78 y la interpretación de la misma con respecto a estas cuestiones:

1. ¿Admite la Directiva una discriminación indirecta por motivos de religión teniendo en cuenta la idea de la empresa de querer una política neutra a nivel religioso, si con ello el empleador busca respetar los deseos de sus clientes?

2. ¿Se niega la Directiva o el derecho fundamental a la libertad de empresa, asentado en el art. 16 de la Constitución Española, a una regulación jurídica nacional, sobre la base del Derecho fundamental a la libertad religiosa en aras de la prohibición de simbología,

14 Sentencia del TJUE C-344/20, de 13 octubre 2022.

15 Sentencia del TJUE C-804/18 de 15 Julio 2021; y C-341/19 de 27 Julio 2021.

vestimenta religiosa, y no puede argumentarse por la capacidad a poner en riesgo la mentalidad del empresario, sino que es obligatorio un riesgo real, de ocasionar un perjuicio económico individualizado al empresario?

La primera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-804/18 debe interpretar la Directiva 2000/78 de la siguiente forma: una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible sobre convicciones religiosas en el lugar de trabajo no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones con respecto a los trabajadores que siguen determinadas reglas vestimentarias relativas a preceptos religiosos, siempre que esta norma se aplique de forma general e indiferenciada.

En cuanto a la segunda cuestión planteada en el asunto C-804/18 y C-341/19, debe interpretarse de manera que las disposiciones nacionales que protegen la libertad religiosa puedan tenerse en cuenta como disposiciones más favorables, en el sentido del art. 8.1. de esta Directiva, al examinar el carácter adecuado de una diferencia de trato basado indirectamente en la religión o las convicciones.

Respecto a la segunda cuestión prejudicial planteada en el asunto C-341/19 no se pronuncia el Tribunal.

1.- La Gran Sala avala la restricción de la libertad religiosa, en caso de demostrar la existencia de un riesgo o perjuicio económico tras ponderar la libertad religiosa y otros derechos fundamentales.

2.- La segunda interpretación de la Gran sala versa sobre una diferencia de trato basada indirectamente en la religión. Esta procede de una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones religiosas en el lugar de trabajo, y esta prohibición puede estar justificada por la voluntad del empresario de mantener un régimen de neutralidad religiosa. Será así siempre que responda a una verdadera necesidad del empresario, que dicho régimen se siga de forma congruente y sistemática y, por último, que la limitación de la prohibición sea estrictamente necesaria, es decir, proporcional a las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar mediante tal prohibición.

«*Culmina el TJUE argumentando que una discriminación indirecta basada en la religión, procedente de una norma interna de una empresa que prohíbe llevar signos visibles de convicciones religiosas en el lugar de trabajo con el objetivo de garantizar un régimen de neutralidad, solo puede justificarse si esa prohibición cubre toda forma visible de expresión de las convicciones religiosas. Sin embargo, una prohibición limitada al uso de signos de convicciones religiosas que sean vistosos y de gran tamaño puede, constituir una discriminación directa basada en la religión y, por eso, no puede justificarse sobre la base de esa disposición*»[16].

En cuanto a la utilización del velo o pañuelo islámico en el trabajo, el TJUE establece, en su sentencia 157/15 de 14 de marzo de 2017: «La prohibición de llevar un pañuelo islámico dimanante de una norma interna de una empresa privada que prohíbe el uso visible de cualquier signo religioso en el lugar de trabajo, no constituye una discriminación directa, por motivos de religión.»

16 *Ibidem.*

La decisión con respecto al asunto planteado ante el TJUE por la justicia belga referente a la extinción de la relación laboral de una trabajadora (recepcionista) que se había opuesto a quitarse el velo en horario laboral, el Tribunal de Luxemburgo ha señalado que «*el deseo de un empresario de ofrecer una imagen muestra ante sus clientes tanto del sector público como del sector privado tienen un carácter legítimo, en particular cuando solo atañe a los trabajadores que están en contacto con los clientes*»[17]

Por ello, no constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones. Así pues, encarga a los jueces nacionales certificar que la norma interna de la empresa se aplica a todos los supuestos, correspondiendo a la justicia belga, en este caso, concretar en un régimen general o indiferenciado «en relación con la prohibición del uso visible de cualquier signo religioso»[18].

Otros de los casos más sonados, fue el relativo a la solicitud de un abogado judío italiano de retrasar la fecha de celebración de un juicio con cuatro meses de antelación, la cual fue fijada en una fiesta nacional judía[19].

Tal y como aparece previsto en la legislación, el abogado podía haber hecho uso de su derecho a ser sustituido por otro abogado, pero rehusó en varias ocasiones, ya que consideraba fundamental su presencia/asistencia.

El día de la celebración el abogado no acudió y los demandantes exigieron la paralización del proceso, a lo que el juez se negó alegando el derecho de los demandados a continuar con el proceso sin dilaciones indebidas.

El TEDH declaró que no se había producido una violación del art. 9 del Convenio (derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) porque consideró que el rechazo de la autoridad judicial a retrasar la fecha de celebración de una audiencia fijada en una fiesta judía está protegido/amparado por la ley estatal, y justificada por la protección de los derechos y libertades de los demás.

Así mismo, añade el TEDH que el abogado podría haber hecho compatible esa obligación religiosa, sin obstaculizar el procedimiento, enviando un sustituto, y no aporta ninguna prueba de que haya sido presionado para cambiar sus convicciones religiosas ni que se le haya impedido manifestar su religión o su convicción.

Al respecto de esta sentencia, resulta significativo enunciar que de los siete jueces que componían dicho Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tres de ellos apoyaban que había habido violación de dicho art. 9 del Convenio, contraargumentando todos los razonamientos del fallo de la sentencia.

De todos los contraargumentos de los jueces disidentes, se debe poner de manifiesto que sí consideran que el recurrente había aportado prueba de que había recibido presiones para su práctica religiosa, pues al no habérsele permitido el cambio de fecha del proceso, se había

17 Garcia Hernández, J. (2017): *«La velada discriminación indirecta. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017».* Anales de Derecho, Vol 35. Páginas 1-15.

18 Sentencia del TJUE, n.º C-157/15 de 14 de Marzo de 2017.

19 Sentencia TEDH, n.º 28790/08, de 3 de Marzo de 2012

impedido el ejercicio de la libertad de religión, y que con ese impedimento ya no es necesario aportar ninguna prueba más de que haya recibido presión de ningún tipo. Pero debemos matizar que lo que produce la violación del derecho de libertad religiosa es el hecho de no haber tenido en cuenta la posibilidad de cambiar la fecha de la vista.

En el presente caso, el letrado de la parte demandante solicitó con la suficiente antelación el cambio de día, lo que hubiese permitido organizar las audiencias de manera que se hubiera podido no retrasar el procedimiento y que a su vez el abogado pudiera asistir a su fiesta religiosa.

Situación distinta ocurrió en el caso *S.H. et H.V. c. Austria, 13 de enero de 1993,* donde la parte recurrente avisó con muy poca antelación ante un cambio de fecha, lo que ocasionó que fuera imposible cambiarla[20].

Concluye el TEDH ante el presente caso que el Convenio no protege cualquier acto motivado por una religión o una convicción, por lo que no se produce una violación del artículo 9 del Convenio.

Realmente el conflicto sobre el velo islámico ha sido y es uno de los casos más recurrentes de *Acomodo Razonable*, pues es común en nuestros días. Otro claro ejemplo es el caso *Azmi*.

Una joven musulmana que, una vez pasadas todas las entrevistas previas a su contratación, y a los pocos días de comenzar la relación laboral, manifestó sus creencias musulmanas y añadió que, en presencia de varones, solo estaba dispuesta a ejercer sus tareas con su rostro tapado por el *niqad (velo islámico (burka))*.

La dirección del centro le transmitió durante meses que su actitud creaba problemas para el desarrollo de su actividad y que durante sus entrevistas previas, con varones, no tenía el rostro tapado con ninguna indumentaria.

Tras varios intentos por parte de la Dirección del centro, esta joven fue despedida y procedió a demandar al Colegio por discriminación y acoso.

Sus argumentos fueron rechazados en instancia y apelación por parte de los tribunales, concluyendo los jueces británicos, los siguientes particulares:

1. No existió discriminación directa ni indirecta, pues la razón de su suspensión era el mantenimiento del velo sobre su cara. Este influía negativamente en la eficacia de la enseñanza, considerándose, por lo tanto, un motivo suficientemente válido para justificar la adopción de medidas que supusieran la limitación en la expresión de creencias de la demandante.

2. El centro había permitido a la demandante que permaneciera en su puesto de trabajo, pero vistiendo una túnica larga y el *hijab* o aceptando que podía llevar el *niqab* en el recinto escolar, pero siempre que no esté impartiendo clases. (Ella se negó)

20 Comisión Europea de Derechos Humanos, *caso S.H. et H.V. c. Austria, 13 de enero de 1993.*

V.- BREVE EXPOSICIÓN ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA SOBRE EL EMPLEO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS EN LA EMPRESA

Llegados a este punto conviene traer a colación, una Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, donde se analiza la posible discriminación del dueño de un comercio de ropa hacia una empleada al obligarla a trabajar el viernes por la tarde y el sábado, cuando la religión de la empleada le exigía no trabajar desde el viernes, una vez comenzaba a anochecer[21].

No obstante, cabe mencionar que se trataba de una empleada que llevaba muchos años trabajando en el negocio y que decidió con el tiempo convertirse a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, de carácter protestante. El contrato de trabajo firmado en su momento incluía trabajar el sábado, pues los mejores momentos, en cuanto a facturación del negocio, tenían lugar desde el jueves hasta el sábado.

De hecho, la trabajadora siempre había trabajado los sábados hasta la fecha en que se adhiere a esta Iglesia protestante. A partir de ese momento, el dueño del negocio le recuerda la obligatoriedad de trabajar el sábado, ella se niega, y llegan al acuerdo de trabajar a media jornada, eliminando así los días problemáticos.

Tras llegar a ese acuerdo, la empleada planteó una demanda en virtud del art. 4 del Código de Ontario de Derechos de la Persona en la que exigió una indemnización por la diferencia entre el empleo a tiempo completo y el empleo a tiempo parcial.

La Comisión de investigación de dicho caso denegó el derecho a esa investigación, por lo que se apeló al Tribunal Supremo. Este falló a favor de la demandante, reconociéndole el derecho a esa indemnización y dictaminando la discriminación por violar el citado art. 4 del Código de Ontario de los Derechos de la persona.

A colación de lo anteriormente expuesto, debemos ratificar la relevancia de esta sentencia pues asienta las bases del *Acomodamiento Razonable* en el panorama internacional.

En el presente caso, el Tribunal Supremo dictaminó la existencia de una discriminación calificada como indirecta, consecuencia de un efecto perjudicial, al aplicar una regla o una norma que es, *a priori*, neutral e igual para todos los trabajadores, pero que tiene un efecto discriminatorio por un motivo religioso para un empleado o grupo de empleados.

De hecho, para que tenga lugar este tipo de discriminación no es obligatorio que el empleado tenga esa intención o sea consciente de ello, a diferencia de la discriminación directa (por ejemplo: «*Aquí no trabaja ningún musulmán, o ningún gitano»)*

21 Sentencia Tribunal Supremo de Canadá: «Ontario Human Rights Commission y O´Malley v. Simpsons Sears LTD»

El Alto Tribunal afirma que tanto el dueño está autorizado a explotar su negocio el sábado y a contratar empleados con la condición de que trabajen ese día, como la trabajadora a practicar su religión y no ser forzada a trabajar los sábados, pues esto iría en contra de sus creencias religiosas.

Manifiesta en la misma sentencia la importancia de la carga de la prueba, la cual compete a ambas partes:

– Demandante: Debe demostrar que se ha producido una discriminación por los efectos perjudiciales de una medida laboral interpuesta.

– Demandado: Debe demostrar que ha puesto todos los medios de *acomodamiento razonable* necesarios para que no se le imputen los efectos perjudiciales demostrados por la otra parte.

En el caso que nos atañe sí constan las pruebas aportadas por la demandante, pero no hay ninguna prueba en sentido contrario, por parte del demandado que debería haber aportado pruebas de la aplicación de medidas de *acomodamiento razonable*. Por ello, concluye el Juez:

> *«El empleador no ha aportado ninguna prueba. Incluso si la prueba aportada por la demandante demuestra que el empleador ha tomado ciertas medidas con el fin de entenderse con ella, no hay ninguna prueba en el dossier en relación con la cuestión de la carga excesiva seguida por el empleado.*
>
> *La primera reacción que tuvo fue la de despedirle, cuando la recurrente le anunció que no podría trabajar en sábado. Unos días más tarde, como ella no había renunciado, el empleador le ofreció, por su propia iniciativa, un empleo a tiempo parcial que ella aceptó. A su vez, el empleador aceptó teniendo en cuenta su candidatura para otros puestos vacantes a tiempo completo, pero todos exigían trabajar en sábado, salvo alguno para el que no tenía la cualificación apropiada.*
>
> *No se ha aportado ninguna prueba de posibles problemas que se habrían planteado en el caso de que la empresa hubiera tomado otras medidas, los gastos que se hubieran tenido que hacer para modificar el calendario de trabajo para la ventaja de la empleada, o de otros conflictos que hubieran podido surgir, si se hubieran tomado otras medidas de acomodamiento.*
>
> *No hay, por tanto, ninguna prueba que permita al presidente de la Comisión llegar a la conclusión de que estas otras medidas habrían supuesto una carga excesiva para el empleador y que hubieran sido no razonables.*
>
> *En ausencia de esa prueba, no puedo más que concluir que el recurso debe ser aceptado.*
>
> *En consecuencia, soy de la opinión de aceptar la demanda con las costas y ordenar al empleador a pagar a la demandante, a título de indemnización, la diferencia entre el salario total que ha cobrado como empleada a tiempo parcial del empleador, desde el 23 de octubre de 1978 hasta el 6 de julio de 1979, y la cantidad que hubiera ganado como empleada a tiempo completo en el transcurso de ese mismo período.»*

Como añadido a esta importante sentencia, hay un concepto esencial para el *acomodo razonable* como «carga de la prueba excesiva».

La finalidad de este concepto es delimitar la obligación de *acomodamiento razonable* que incumbe al empleador, pero hacerlo desde un punto de vista realista.

La obligación, en este caso, consiste en adoptar medidas razonables para llegar a un acuerdo con la demandante, a menos que dichas medidas causen un efecto negativo excesivo. Ejemplo: *la aplicación de la medida del Acomodo Razonable implica costes excesivos que ponen en entredicho el devenir presente y futuro del negocio.*

El empleador debe demostrar y justificar la racionalidad de la regla discriminatoria, y también que esta es necesaria en relación con el empleo o funcionamiento de la empresa.

Otro caso que tuvo repercusión se produjo en Estados Unidos, donde un oficial médico de las Fuerzas Aéreas Norteamericanas, judío ortodoxo y rabino, trabajaba como psicólogo clínico en una base californiana. No tuvo problema en vestir su *yarmulke* (gorro en forma de casquete, que como judío ortodoxo debían llevar siempre y que él siempre lo enmascaraba debajo de su gorro militar).

El conflicto se originó cuando este oficial dio su testimonio ante un Tribunal Estadounidense militar con la citada prenda puesta. Esa conducta fue el origen de una reclamación de uno de los letrados del citado Tribunal ante el coronel jefe del Hospital Militar donde el judío prestaba sus servicios como psicólogo clínico.

La reclamación tuvo como argumento principal la incorrecta aplicación de las normas de las Fuerzas Aéreas que prohibían la vestimenta de cualquier prenda que cubriese la cabeza en el interior de los centros militares.

Ante dicha reclamación, el coronel jefe exigió al oficial médico que se quitara el *yarmulke* siempre que estuviera en un área fuera del hospital, sin ampliar dicha orden al área interna del hospital.

El judío ortodoxo se negó a cumplir dicha orden, y ante esta negativa el coronel decidió ampliar su orden al interior del hospital, formulando un escrito para que su período de servicio activo no fuera renovado al vencimiento.

El Tribunal Supremo Estadounidense falló (5 votos a favor vs. 4 votos en contra) a favor de los órganos disciplinares militares, pero con un argumento que no arrojó un criterio válido de evaluación del problema planteado porque no entraron en el fondo del asunto ni en el *acomodo razonable* ni en la libertad religiosa. Se basaron en que no había que examinar la cuestión según los parámetros habituales en materia de objeción de conciencia religiosa, pues dicho asunto queda sujeto al ejercicio militar, y a sus exigencias de disciplina y jerarquía inherentes a la sociedad militar. De ahí que consideraran procedentes las medidas disciplinares impuestas al oficial judío.

No obstante, dicha sentencia recibió cuatro votos particulares de los jueces discrepantes, quienes criticaron la no racionalidad por parte de las autoridades militares respecto al mínimo o casi nulo impacto negativo que tenía habilitar el uso de dicha prenda en la disciplina militar.

Dicha falta de racionalidad es mucho más evidente si consideramos que la norma militar sí habilita al uso de piezas discretas de joyería, como anillos, pulseras, relojes….

La parte discrepante concluyó señalando que el Tribunal debió aprovechar este caso para determinar cuáles son las condiciones de *acomodamiento* que debe existir en el ejercito al ser un entorno muy concreto, en lugar de limitarse a afirmar que el análisis del *acomodamiento* en la doctrina militar debe ser muy distinto al de la sociedad civil.

Ha habido otras sentencias similares a la anterior en otros cuerpos de seguridad del estado donde también se prohibía por parte de una oficial de policía el uso del velo islámico mientras estaba de servicio.

El pañuelo sólo le cubría el cabello y la parte posterior del cuello. Aun así, el permiso le fue denegado alegando la aplicación de las directivas sobre uniformes de la policía y justificando que dicha directiva servía para crear una identidad colectiva homogénea que fomentara el espíritu del cuerpo hacia el interior y el exterior. Esta oficial se negó e insistió en vestir su velo en todo momento, lo cual conllevó una sanción económica y una suspensión temporal.

A este respecto, la Corte realizó un análisis de la situación a la luz de la *Civil Rights Act 1964* estadounidense, que entre sus cometidos se encuentra la prohibición de discriminación por causa de religión y obliga al empleador a *acomodar razonablemente* las creencias religiosas de sus empleados, salvo que ello le suponga, tal y como hemos explicado anteriormente, soportar una carga excesiva.

Tras dicho análisis, la Corte federal consideró que la autorización del velo atentaba contra el interés estatal del cuerpo de policía y contra su imagen de cara a la sociedad. En el mismo análisis incluyó una sentencia similar, la cual fue considerada procedente, y que tenía como argumentación un despido de un oficial evangélico de la policía federal estadounidense en una ciudad del estado de Texas, que se negó a quitar de su uniforme un pin con una cruz dorada.

VI.- CONCLUSIONES

Tras el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la jurisprudencia menor, hasta la actualidad, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se observa que todas ellas adolecen de soluciones previas que pongan en práctica la técnica del *acomodamiento razonable* como eje necesario para evitar o, al menos intentarlo, el conflicto laboral, sobre todo en el empleo de símbolos religiosos.

El acomodamiento razonable debe girar en torno a tres medidas que impidan la discriminación y fomenten la tolerancia:

1. Aplicación genérica e indiferenciada de la medida.

2. Análisis concreto del asunto.

3. Carácter finalista, con medios adecuados y necesarios, sobre una necesidad real que deberá probarse.

Es una realidad que en España, en la actualidad, el *acomodamiento razonable* como técnica no ha encontrado, ni en la jurisdicción laboral ni en ninguna otra, la acogida en el ordenamiento jurídico que sí tiene en países como Canadá, o Estados Unidos. No obstante, se hace necesaria la instauración de esta práctica para la resolución de conflictos por el empleo de símbolos religiosos, como alternativa pluralista y flexible, previa a la intervención del Estado a través de los Tribunales de Justicia.

Más allá de que en España no haya habido esa acogida en el *acomodamiento razonable*, no es menos cierto que existe un prejuicio instaurado de no aceptación del empleo de símbolos religiosos no relacionados con el catolicismo.

Esta última reflexión debe centrarse en el *islam,* donde existe un rechazo a la contratación laboral de personas pertenecientes a dicha religión, al considerar de manera errónea y generalizada, que dicha religión es similitud de odio, machismo, racismo etc. Muestra de ello han sido los últimos episodios de violencia, vía atentados… originándose lo que conoce como *Conflictos entre conciencia y ley.*

El pontífice JUAN PABLO II, nos ilustra con una cita donde anima al mundo, una vez más, al uso del diálogo, explicándonos que este facilita la solución de conflictos y rehúye el uso del litigio como solución al problema:

«El diálogo, basado en sólidas leyes morales, facilita la solución de conflictos y favorece el respeto de la vida, de toda la vida humana. Por ello el recurso a las armas para difundir la controversia representa siempre una derrota de la razón y de la humanidad»[22].

VII.- REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Borgues Blazquez, L. (2011): «Freedom of religion versus freedom of business management in Spain: Spanish Case-Law analyzed in the light of «reasonable accommodation» figure according to Canadian Case-law», Anuario de acción humanitaria y derechos humanos, 8, pp. 55-70

Castro Jover, A. (2016): «Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia». Editorial Dialnet. Recuperado de Libertad de conciencia, objeción de conciencia y derecho a la objeción de conciencia — Dialnet (unirioja.es)

Elósegui Itxaso, M. (2014): «El concepto jurisprudencial de acomodamiento razonable. El tribunal Supremo de Canadá y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la gestión de la diversidad cultural y religiosa en el espacio público». Anuario de filosofía de derecho, pp. 69-97

Espinosa Espinosa, Á. (2012): «Jugar al fútbol con velo para no incitar al pecado». Recuperado de: *www.sociedad.elpais.com/sociedad/2012/03/22/13324447907_680752.htm.*

22 Recuperado de: El diálogo, basado en sólidas leyes morales, facilita la... (akifrases.com)

Evans, M. (2010): «Manual on the wearing of religious symbols in public areas». Council Europe. Recuperado de: https://www.academia.edu/52532396/Manual_on_the_Wearing_of_Religious_Symbols_in_Public_Areas

Garcia Hernández, J. (2017): «La velada discriminación indirecta. Comentario de las SSTJUE de 14 de marzo de 2017». Recuperado https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/291721/216521/1032811

Llamazares Calzadilla, M.C. (2015): «Ritos, signos e invocaciones. Estado y simbología religiosa». Editorial Dykinson.

Martínez-Torrón, J. (2009). «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y Religión,* pp. 87-112.

Martínez-Torrón, J., Navarro Valls, R. (2012). «Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia». Editorial Iustel

Motilla, A. (2019): «Jurisprudencia del Tribunal Supremo», Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado 35, pp. 685-686

Ojeda Avilés, A. (2019): «Libertad religiosa versus libertad de empresa. La técnica del ajuste». *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 225, 2019.

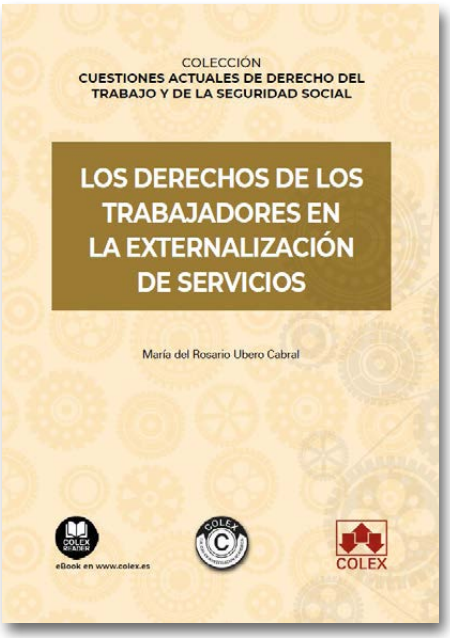
Rojas González, R. (2017): «¿Se puede prohibir el velo islámico en los lugares de trabajo? la libertad religiosa en la relación laboral». *Actualidad Jurídica Aranzadi.*

Rossell, J., (2009): «La cuestión del velo islámico y la vestimenta religiosa en la República Federal de Alemania», en Motilla, A. (Coord.), *El pañuelo islámico en Europa,* Ed. Marcial Pons, pp. 171-203.

Toledo Olms, A. (2016): «Relación Laboral y libertad religiosa». Tesis Doctoral (pp. 617 y ss).

Torres Gutiérrez, A. (2015): «Resolución de conflictos por el empleo de vestimentas y símbolos religiosos en las relaciones de trabajo: Orden público frente a acomodamiento razonable», en: Callebat, B., De Courrèges, H. y Parisot, V., *Les religions et le droit du travail: regards croisés, d'ici et d'ailleurs, Bruylant, Bruselas,* 2017, pp. 415-449.

Woehrling, J. (1998): «*L´ obligation d´accommodement raisonnable et l´apadtation de la societè à la diversité religieuse*». Editorial: «Revue de Droit de MCgill», pp. 325-401. Recuperado de: https://reseauconceptuel.umontreal.ca/rid=1195584111034_1230327741_966/AccommodementRevueLitterature.pdf



Ubero Cabral, María Rosario

Los derechos de los trabajadores en la externalización de los servicios, Colex, 2023, 408 págs.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

Este gran trabajo constituye el número uno de la Colección científica «Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» que la inaugura, por lo que las expectativas eran altas ante en tratamiento preferente de la obra por parte de la editorial. Esas sensaciones no han quedado defraudadas, pues nos encontramos ante un trabajo perfectamente sistematizado y escudriñado con precisión *quirúrgica*, permítase la expresión, y además, cabe añadir que posee en relación al contenido, gran profundidad, fruto, sin duda, de muchas horas de estudio y reflexión.

Partiendo del fenómeno arrastrado desde hace décadas de Huida del Derecho Administrativo en las diversas Administraciones Públicas y de la creciente prestación de servicios públicos a cargo de trabajadores contratados en régimen laboral, la presente monografía que se reseña, aborda con rigor académico los diferentes problemas a los que se pueden enfrentar las personas trabajadoras que prestan su trabajo en un ente de carácter público, partiendo,

como la propia autora sostiene, de las *debilidades del sistema*, como el inadecuado o nulo control que el órgano de contratación realiza en la fase de ejecución.

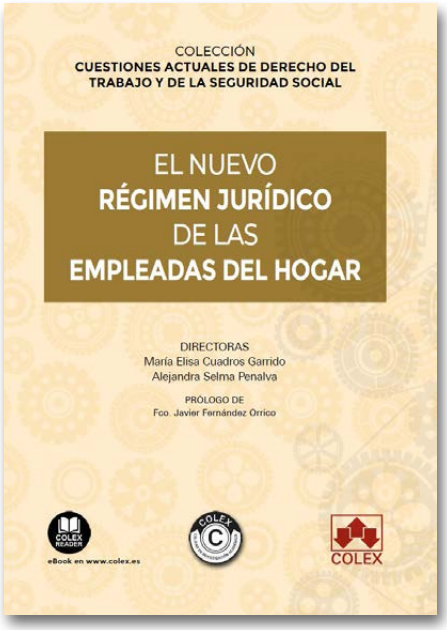
El libro se estructura en tres ejes centrales: el primero, referente a cláusulas sociales en el seno de la contratación pública; el segundo, concerniente al fenómeno de la contrata y la subcontrata en el sector público regulada en el art. 42 ET y, el último, sobre la subrogación de trabajadores en la Administración Pública (legal, convencional y contractual), parte esta que merece resaltarse por su destacable importancia, así como por su alto grado de conflictividad judicial que ha dado lugar a una interesante jurisprudencia sobre el art. 139 LCSP y art.44 ET, que ha sido magistralmente sintetizada.

El estudio es encomiable, porque no se queda en el marco legal del que se parte, sino que ofrece soluciones a problemas prácticos, tales como las pautas para determinar el convenio colectivo aplicable, los mecanismos resarcitorios, las mejoras sobre el mínimo convencional, la limitación en la cadena de subcontratación o el alcance de la responsabilidad del ente público. Por otro lado, la autora, valientemente, se adentra en terrenos espinosos como los ámbitos administrativos, civiles y fiscales, con la propuesta de medidas preventivas en materia de seguridad social y de obligaciones tributarias de las empleadoras que trabajan para la Administración Pública con gran precisión, o en el ámbito de la prevención, con la sugerencia de medidas añadidas para control de pago de los salarios, donde, además de las fuentes propias de la materia, utiliza resoluciones de Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y Juntas Consultivas de Contratación Administrativa.

Fruto de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que la obra puede resultar muy útil para un amplio espectro de lectores. Por lo pronto, para el ámbito académico, le ofrece una sólida base al investigador, en un ámbito que, como sus prologuistas recogen, estaba *huérfano* de tratamiento unitario. Por otro lado, es una herramienta útil para un determinado caso y su solución, lo que sirve a los diferentes operadores jurídicos (abogados, graduados sociales, asesores, etc.) que, desde la práctica, se enfrenten a estas situaciones y que precisan de pautas claras para resolver conflictos en este ámbito.

Murcia a 8 de diciembre de 2023.

Belén García Romero
Codirectora Justicia & Trabajo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia



Directoras

Cuadros Garrido y Selma Penalva

AAVV

El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar,
Colex, A Coruña, 2023, 448 págs.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

Algunos temas de estudio nunca pasan de moda. Eso es por ejemplo, lo que ocurre en el caso de la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Y es que, todavía en el siglo XXI no deja de ser éste de un tema en constante transformación y por ello, siempre nuevo y actual. Aunque quizá todas las relaciones laborales reconocidas como especiales por el legislador laboral, por las diferencias que presentan con la relación laboral común, merecen un tratamiento doctrinal específico, por su importancia práctica, la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar en las que más dudas, conflictos, controversias y polémicas genera en el día a día de los hogares de nuestro país.

En la obra se abordan los aspectos más relevantes de la relación laboral especial de las personas al servicio del hogar familiar, al mismo tiempo que se ponen de manifiesto los retos que todavía presenta el trabajo doméstico en pleno Siglo XXI, enfocándolos desde diversas perspectivas (control de la prestación por TICs y posibles vulneración del derecho a la intimidad personal, economía sumergida, prevención de riesgos laborales, extranjería, extinción contractual, Seguridad Social, etc.). Se trata de un nuevo volumen de la colección «*Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*» que recientemente ha presentado la editorial Colex, a través de la que se intenta dar respuesta a algunos de los temas más actuales y polémicos de la disciplina, abordándolos de forma práctica y útil. En concreto, en esta ocasión, se reúnen más de 20 autores de reconocido prestigio con un objetivo común: desgranar, desde sus diferentes ángulos y valorando distintos puntos de vista, la relación laboral especial del servicio doméstico.

Entre otras cosas, se intenta con ello dar visibilidad a lo que en realidad no deja de ser un problema social con perspectiva de género, dado que se trata de un sector de actividad profunda e intensamente feminizado y muchas veces desprotegido. A lo largo de los diversos capítulos que componen esta obra se analizan aspectos vinculados al régimen jurídico del servicio doméstico, como su jornada de trabajo, retribución, permisos, periodo de prueba, cobertura por el sistema de Seguridad Social, o causas de extinción de esta relación laboral especial, al mismo tiempo que se incluyen interesantísimas reflexiones acerca del papel que la Inspección de Trabajo desarrolla en la prevención y control de la economía sumergida en este sector de actividad.

A lo largo de los diferentes capítulos que componen esta obra, sus participantes sintetizan, de forma muy precisa y cuidadosa, importantísimas particularidades que rodean esta relación laboral especial, dando lugar a una obra práctica de esencial consulta. Desde el tipo de contrato que procede concertar, pasando por el tiempo de prestación de servicios y sus diferencias con el tiempo de descanso, no siempre fácilmente diferenciable, la forma y cuantía de la retribución de este personal, diferenciando la retribución en dinero y la retribución en especie, el periodo de prueba que se puede pactar en el seno de esta relación laboral especial y los requisitos que se han de respetar para que pueda considerare un pacto válido, la configuración de los permisos retribuidos en el empleo doméstico, la forma y las causas de extinción de los contratos de los empleados de hogar y las particularidades que puede generar el hecho de prestar servicios para un cabeza de familia, pasando por el análisis minucioso de las últimas reformas en materia de Seguridad Social tendentes a equiparar el nivel de protección de este colectivo con el de los restantes empleados por cuenta ajena, dan cuerpo al grueso de los capítulos que componen esta obra. Completa el análisis un recorrido por las distintas causas y consecuencias que genera en el sistema la economía sumergida que lastra, con demasiada frecuencia este tipo de trabajos, así como la forma de detectar, valorar y prevenir los riesgos laborales y psicosociales que pueden afectar a este colectivo.

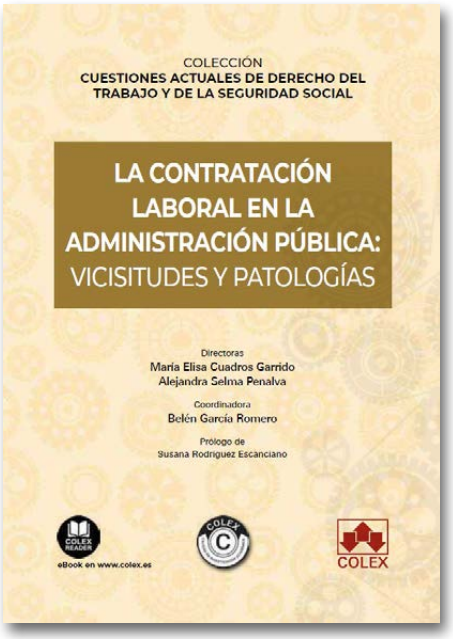
A su vez, se realiza un interesantísimo recorrido por los efectos de la inmigración (tanto la inmigración legal como de la irregular) sobre este sector de actividad y sobre la actuación de la Inspección de Trabajo (no siempre sencilla, debido a la intimidad que proporciona el domicilio familiar en el que se presta el servicio) en el entorno laboral de las personas trabajadoras del hogar familiar.

Por último, se comprueba que los problemas que se detectan en el mercado de trabajo español no son problemas aislados, puesto que se comparten por diversos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como es el caso italiano, que también es objeto de análisis.

El resultado es sin duda una obra de referencia en la materia, ordenada y rigurosa, que aúna una minuciosa valoración de conceptos teóricos imprescindibles para poder enfrentarse a la delimitación de esta relación laboral especial de otras figuras laborales similares, con un impecable análisis jurisprudencial, de muy amena lectura, convirtiéndola en una interesantísima guía práctica que permite a las personas interesadas en la materia aproximarse a los entresijos jurídicos de esta relación laboral especial

En este libro, los autores y autoras que han participado demuestran sobradamente su claridad expositiva y su facilidad de síntesis, al mismo tiempo que consiguen hacer comprensibles al lector, cuestiones complejas y, a veces, polémicas. El resultado es una obra clara muy útil, de lectura muy recomendable tanto para los académicos como para juristas, asesores, cabezas de familia, y en definitiva, para cualquier persona que por motivos personales o profesionales, desee adentrarse en el análisis de la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar.

Isabel Mª Pérez Gázquez
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.



Directoras

María Elisa Cuadros Garrido
Alejandra Selma Penalva

Coordinadora

Belén García Romero

La contratación laboral en la Administración Pública: vicisitudes y patologías, Colex (A Coruña, 2023), 448 págs.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

Siempre desde un punto de vista estrictamente doctrinal, la obra colectiva que aquí se reseña incide sobre una materia situada en un territorio fronterizo entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, que ha llegado a calificarse en su día como verdadera «tierra de nadie». En palabras —acertadísimas— de quien firma el Prólogo, con la gran maestría que siempre la caracteriza (la profesora Susana Rodríguez Escanciano,

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León), se trata de una materia de gran calado jurídico en la que, en efecto, «confluyen dos sectores del ordenamiento (el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo), inspirados en principios distintos, no siempre bien coordinados». Y se trata, además, de una materia en la que la interrelación entre ambas parcelas del Derecho no es nada ajena a la *vis attractiva* que tiene la consideración de la función pública como modelo real de trabajo decente (al menos, en todo lo que tiene que ver con el haber mínimo superior al salario mínimo interprofesional, la jornada de trabajo registrada y controlada, y, por último, la existencia de garantías de conservación del empleo hasta la jubilación), en contraposición a la «huida del Derecho del Trabajo» que practican las empresas hacia la supuesta Arcadia feliz del Derecho privado de los contratos civiles o mercantiles [véase Jesús Martínez Giron, *La funcionarización del personal laboral de las Administraciones públicas*, Atelier (Barcelona, 2018), 165 págs].

El tratamiento monográfico que se realiza del tema es el propio de una polifonía, desde el momento en que cada una de las dieciséis personas, que participan aquí como autoras, expresa —con rigor crítico y pedagogía universitaria— su visión jurídica sobre aspectos muy concretos del tema en cuestión, pero formando con todas las demás un todo armónico que permite comprender, sin esfuerzo, el conjunto tan variado y diverso de vicisitudes y patologías de la contratación laboral en la Administración Pública. Con toda seguridad, ello se debe tanto a la selección de aspectos que debían ser objeto de tratamiento específico como a la estructura de su posterior exposición, que es lo que ha permitido —gracias a quienes han sabido asumir y gestionar con brillantez las pesadas tareas de dirección y coordinación del libro— que el contenido de esta obra colectiva aparezca dividido en dos grandes «bloques» (el «primero» es el relativo a la «contratación laboral y vicisitudes de la relación laboral» y el «segundo» es el relativo a las «patologías en la Administración pública»), repartiéndose, a su vez, cada uno de ellos en sus correspondientes capítulos (ocho en el caso del «Bloque primero» y siete en el caso del «Bloque segundo»). De este útil y valioso instrumento polifónico interesa jalear doctrinalmente lo siguiente.

En el primer bloque, figuran aportaciones relevantes tales como las que figuran a cargo de la profesora Concepción Sanz Saéz (Universidad de Castilla La Mancha) en el Capítulo I, cuando ejemplarmente aborda algunos de los supuestos conflictivos en los sistemas selectivos de acceso a la función pública desde el punto de vista de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público; de la profesora María M. Pardo López (Universidad de Murcia) en el Capítulo II, al criticar con solvencia las huidas del Derecho Administrativo mientras se espera el retorno del empleo público al mismo; de la profesora María José Romero Rodenas (Universidad de Castilla La Mancha) en el Capítulo III, al evidenciar que las Administraciones Públicas no son ajenas a la violencia y al acoso sexual y al saber proponer también, con la pericia que la identifica, pautas que permiten la delimitación conceptual del acoso sexual y del acoso por razón de género en este concreto ámbito; de la profesora Inmaculada Marín Alonso (Universidad de Sevilla) en el Capítulo IV, al dar cuenta con sumo esmero de las distintas modalidades contractuales laborales en el empleo público, a través de las cuales pretende ponerse fin a su elevada temporalidad; del profesor Jaime Cabeza Pereiro (Universidade de Vigo) en el Capítulo V, realmente original a la hora de tratar la estabilización del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con especial referencia a lo que ha denominado con brillantez «procesos suaves»; de la profesora María Belén Cardona Rubert (Universidad de Valencia) en el Capítulo VI, abordando con fina precisión jurídica los derechos digitales de las personas empleadas públicas (y sus singularidades)

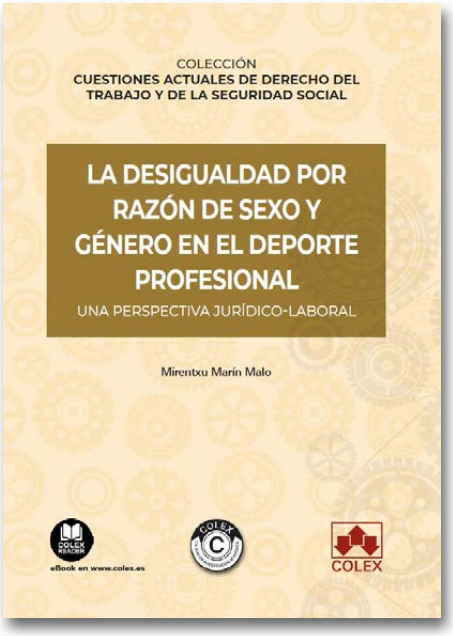
en la actual fase de digitalización del funcionamiento de la Administración Pública; de la profesora Gratiela-Florentina Moraru (Universidad de Castilla La Mancha) en el Capítulo VII, cuando pone de relieve de forma clara y sin rodeos las problemáticas derivadas del régimen jurídico vigente de los derechos de conciliación, reflejando sin tapujos su menguada culminación; y de la abogada Idoia Azpeitia Alonso (Subcomisión mercantil y concursal del Consejo General de la Abogacía) en el Capítulo VIII, reparando sobre la exclusión de las Administraciones Públicas de la posibilidad de ser declaradas en concurso y sus efectos.

Y en el segundo bloque, también interesa destacar aportaciones doctrinales tales como las que corren por cuenta del profesor Carlos Amoedo Souto (Universidade da Coruña) en el Capítulo IX, al concluir, tras un estudio jurídico realmente sólido y minucioso, que es inevitable el aumento del uso de las técnicas de autoprovisión vertical por las Administraciones públicas mediante encargo (a pesar de que sigan siendo técnicas excepcionales de gestión), razón por la que lo procedente es aprobar una ley específica y básica al respecto; de la profesora Beatriz Rodríguez Sanz De Galdeano (Universidad Pública de Navarra) en el Capítulo X, acreditando su dominio y soltura sobre la encomienda de gestión como fórmula para paliar la falta de medios propios de la Administración Pública, que trata en clave crítica; de la funcionaria de Administración Local Beatriz Selma Penalva (Secretaria General del Ayuntamiento de Pilar de la Horadada) en el Capítulo XI, que, tras diferenciar con claridad la relación laboral del contrato administrativo de servicios, identifica las irregularidades existentes en la contratación administrativa al tiempo que relaciona medidas muy concretas para evitar el fraude; de la profesora María Elisa Cuadros Garrido (Universidad de Murcia) en el Capítulo XII, que expone de forma muy didáctica y con exhaustividad las claves de los encargos a medios propios de gestión sanitaria y su impacto en el Derecho del Trabajo; de las profesoras Paz Menéndez Sebastián y Eva María Menéndez Sebastián (Universidad de Oviedo) en el Capítulo XIII, magistrales a la hora de analizar la jurisprudencia social sobre el alcance del juego en el contexto público de la subrogación empresarial, siempre en el marco de una pregunta muy concreta, cuya respuesta jurídica es encomiable; de la profesora Alejandra Selma Penalva (Universidad de Murcia) en el Capítulo XIV, poniendo de manifiesto su incuestionable capacidad crítica como universitaria al servicio de la denuncia doctrinal y de la resolución de los casos de contratación laboral fraudulenta que practican las Administraciones Públicas, origen del «archiconocido» contrato indefinido no fijo, ahora con futuro incierto; y, ya por último, del abogado y profesor Fulgencio Pagán Martínez-Portugués (Universidad de Murcia) en el Capítulo XV, ofreciendo un estudio serio y ameno del contrato de interinidad en la Administración Pública en toda su dimensión a través del análisis (legal y jurisprudencial) de su casuística.

La profesora Susana Rodríguez Escanciano concluye su Prólogo señalando que para ella «ha sido un honor… poder prologar este tratado». Y desde luego que lo es. El libro que ahora se acaba de reseñar encaja con toda naturalidad en el género literario perteneciente a la didáctica que se conoce como tratado, porque aquí también hay una exposición integral, objetiva y ordenada de conocimientos sobre una materia tan concreta (y con tantos matices) como es la contratación laboral en la Administración Pública. Pero también una exposición muy fecunda en sus resultados y en sus intenciones, entre los cuales está, sin duda, el ser una obra científica de referencia innegable y al servicio de quienes están al frente de los Poderes públicos, que deberían tener muy en cuenta lo que figura, con lenguaje claro y accesible, en el contenido de este tratado si quieren que sean coherentes y racionales sus políticas de dotación de efectivos de carácter permanente que cubran las necesidades reales de los servicios y limiten la temporalidad solamente a la atención de necesidades de carácter coyuntural. Y

especialmente, si creen en la defensa de los Servicios Públicos como uno de los medios fundamentales para que la igualdad y la libertad de las personas y los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

Xosé Manuel Carril Vázquez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Acreditado a Catedrático
Facultad de Derecho
Universidade da Coruña



Marín Malo, Mirentxu

La desigualdad por razón de sexo y género en el deporte profesional: una perspectiva jurídico-laboral, Colex, 2023, 214 págs.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

Desde hace muchas décadas o, incluso, siglos, el acceso de las mujeres al mundo laboral ha sufrido y sufre discriminaciones directas e indirectas, que se proyectan con tanta o más intensidad en las condiciones de trabajo que vienen sufriendo muchas trabajadoras en la práctica totalidad de los sectores de producción y servicios. La proliferación de normas internacionales, el reconocimiento de la igualdad como uno de los derechos fundamentales de nuestra Carta Magna y las numerosas normas que tratan de evitar este lamentable escenario no acaban de lograr el efecto tan deseado como necesario aun en nuestros días.

Aun cuando las mujeres han practicado históricamente el deporte y, en algunos casos, han hecho del deporte su modo de vida, la desproporción cuantitativa y cualitativa con relación a los hombres ha sido y sigue siendo llamativa y preocupante. Aun no se han superado estereotipos de género y la existencia de deportes feminizados o masculinizados, que se analizan en

los primeros apartados de la monografía, ponen de relieve una serie de distorsiones y barreras difíciles de evitar y superar, que se detectan y analizan en esta obra de manera ordenada y sistemática.

Desde las primeras páginas, la autora aborda la raíz de esta discriminación por razón de género a la que nos venimos refiriendo, centrando paulatinamente el foco de atención en el sector del deporte y, más concretamente, en el deporte profesional y en las deportistas profesionales. En ese punto de partida, de debate y de confusión se encuentran importantes matices terminológicos, por ejemplo, sobre el concepto y alcance de expresiones como sexo o género. El análisis de las diferentes formas de desigualdad de trato de la mujer en el deporte profesional, así como sus causas y consecuencias en el ámbito laboral, permiten acercar al lector una radiografía sobre la evolución reciente y la situación actual de la mujer en la práctica del deporte.

El modelo y la estructura organizativa del deporte en España, que se abordan en el segundo capitulo, no ha supuesto un especial avance ni un nítido y definitivo camino hacia la solución del problema que constituye el epicentro e hilo conductor de la obra.

La separación de competiciones deportivas por razón de sexo, unida a determinados estereotipos sobre diferentes niveles de fuerza, destreza u otros aspectos viene dando lugar a una injusta y distorsionada visión de la realidad, que esta monografía disecciona con rigor, tras un exhaustivo análisis de datos estadísticos, partiendo de algunos factores que se fundamentan en la diferenciación biológica, sobre la que versa el tercer capítulo, en la que federaciones, organizadores de eventos, espectadores y no pocos deportistas tratan de justificar injustificables situaciones de desigualdad y, por ende, de discriminación, incluida la proyección en el ámbito laboral, que resulta especialmente alarmante en materia salarial.

La separación entre deporte masculino y femenino, que se proyecta en la diferenciación entre competiciones masculinas y femeninas, permite a la autora examinar la desproporción entre los patrocinios de unas u otras competiciones. En el capítulo cuarto, la autora no se limita al estudio de la cuestión, sino que ofrece al lector interesantes propuestas, como pueden ser las competiciones mixtas y otros modelos integradores.

Junto a los aspectos salariales, en el capítulo quinto la autora analiza supuestos de discriminaciones vinculadas al embarazo, maternidad y conciliación de la vida personal y laboral.

Por otra parte, a lo largo del estudio se pone de manifiesto cómo la asimetría entre deportistas se proyecta igualmente en el ámbito organizativo, directivo o gerencial, así como en la desproporción y las diferentes condiciones laborales de las escasas mujeres que trabajan de técnicos y entrenadores, así como árbitros y jueces deportivos.

Como igualmente se desprende de esta obra, lejos de solucionar el problema, la negociación colectiva, aun cuando ha supuesto la plasmación y consiguiente visibilidad de derechos de las deportistas en normas convencionales, no ha logrado los pretendidos y deseados efectos que impidan la discriminación de las deportistas.

No podemos pasar por alto que, además del exhaustivo tratamiento de datos, la amplia revisión bibliográfica y el profundo análisis normativo que transcurre a lo largo de toda la

obra, la autora realiza rigurosas e interesantes aportaciones y propuestas para poner fin a las desigualdades por razón de sexo en el deporte profesional. En este sentido, una vez que se pone al descubierto el origen de la desigualdad salarial como factor discriminatorio, se diseccionan con un marcado tinte crítico cuestiones polémicas como los referidos patrocinios, el impacto económico, el retorno publicitario o la enorme diferencia entre los premios que reciben las mujeres deportistas en los mismos torneos en los que también compiten hombres, difícilmente justificable desde el punto de vista jurídico.

Sin perder un ápice de su loable espíritu reivindicativo, la autora dedica el último apartado de la obra a poner de relieve una serie de iniciativas para garantizar, de una vez por todas, la igualdad de sexo en el deporte profesional, aun cuando, en un sensato pragmatismo, fruto del profundo conocimiento de la situación a la que le ha llevado su estudio, concluya advirtiendo en el propio epígrafe del capítulo sexto que aun queda un largo camino por recorrer, que culmina con la reflexión final que sirve de broche a esta monografía.

Nos encontramos, en definitiva, ante una obra de obligada lectura, no solo para quienes deseen profundizar en el denominado campo del Derecho deportivo, sino para todos aquellos lectores que deseen acercarse a una cuestión ampliamente tratada, como es la igualdad, pero desde un prisma, para muchos desconocido, como es el deporte o, más concretamente, el deporte profesional y la situación laboral de las mujeres que hacen del deporte su modo de vida.

Francisco Rubio Sánchez
Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Extremadura

Director

Kahale Carrillo, Djamil Tony

Coordinadora

Andreu Martí, María del Mar

2º Congreso Internacional Educación 4. Cuestiones Actuales sobre la Docencia Universitaria, Laborum, 2023, 513 págs.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

El libro objeto de comentario es el resultado de la publicación de las ponencias y de una selección de las mejores comunicaciones del 2.º Congreso Internacional «Educación 4.0» celebrado en la Universidad Politécnica de Cartagena, con la dirección del catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Djamil Tony Kahale Carrillo, los días 5 y 6 de junio de 2023. Cabe apuntar, que el comité científico del Congreso estaba integrado por docentes universitarios de prestigio, lo que ya nos induce afirmar que estamos ante un estudio de alta calidad.

La obra comienza, con el capítulo de Juan Suardiaz-Muro, Profesor Titular en Escuela Técnica Superior de Ingeniería Industrial de la Universidad Politécnica de Cartagena titulado «El metaverso y el *elearning* como herramientas de aprendizaje», en el estudio se considera esta realidad virtual paralela como el inicio cuarto de estadio del proceso de enseñanza digital, que posee una ventaja única; partir de esta realidad virtual, con unas enseñanzas comunes para todo el estudiantado universitario pero con la peculiaridad de que aprovechen las diferentes capas (experiencia, descubrimiento, economía de creación, computación especial) que ofrece la IA para la creación de rutas de aprendizaje personalizadas a los alumnos universitarios.

El segundo capítulo es de M.ª del Mar Andreu Martí, Profesora Titular de Derecho Mercantil en la Universidad Politécnica de Cartagena, llamado «El proceso de digitalización en la docencia universitaria. Especial referencia a la Inteligencia Artificial» y concluye con una de las principales misiones del sistema educativo es dotar al alumnado universitario de las competencias necesarias para vivir en sociedad, siendo hoy esenciales las digitales, incrementándose su importancia día tras día. La capacidad del profesor universitario para favorecer el desarrollo de la competencia digital de los estudiantes es, en realidad, una parte esencia porque el fomento de otras aptitudes transversales. Por otro lado, la autora señala como algo determinante la capacidad digital del estudiante universitario se desglosa en la adquisición de cinco competencias fundamentales que son la información y alfabetización mediática, la que comunicación y colaboración digital, la creación de contenido digital, el uso responsable de TICS y la solución de problemas digitales.

El tercer capítulo denominado «Inteligencia artificial. *ChatGPT* y otras herramientas» de Soledad María Martínez María-Dolores, Profesora Contratada Doctora del Departamento de Métodos Cuantitativos en la Universidad Politécnica de Cartagena, parte de la premisa de que *ChatGPT* abre un abanico inmenso de posibilidades a los docentes y a los estudiantes, por lo que el profesor ha de ser agentes activos en esta transformación. Ello supone centrarse más en el proceso que lleva a un estudiante a concluir un resultado, evaluar el camino recorrido y el proceso que ha seguido y no tanto el resultado final. Además, afirma que se consiga utilizar las herramientas de Inteligencia Artificial de la manera y forma adecuada se ha fomentar un pensamiento crítico y creativo, mediante unas aulas que impliquen tareas de forma inmersiva y no tanto de escucha o de realización fuera de la observación y el debate en las mismas.

El cuarto capítulo llamado, «El programa CHATGPT un nuevo reto para nuestras universidades» es de Alejandra Selma Penalva, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia, plantea que ha llegado el momento de valorar si las competencias profesionales que se pretenden transmitir con muchos de los instrumentos docentes son realmente necesarias. Parte de que *CHATGPT* es capaz de emular con un éxito sorprendente las tareas de investigación, ningún sentido tiene seguir realizando controles que intenten demostrar la autoría del texto, con ello se concluye que la Universidad todavía no está preparada para detectar todas las lagunas, irregularidades y fraude que, gracias a la IA, se pueden plantear en los trabajos académicos de fin de grado o de máster. Estima idóneo comenzar reforzando el compromiso ético de los estudiantes, incluyendo como contenido obligado de las jornadas de bienvenida universitaria el alto valor de la originalidad y la autoría en la presentación de los trabajos que los estudiantes deban realizar a lo largo de sus estudios y las consecuencias de no respetarlas. Asimismo propone otra alternativa frente al uso fraudulento de *CHAPTGPT* que es configurar la preparación de los Trabajos Fin de Estudios como una asignatura más en las que un único docente supervisa simultáneamente el avance de varios estudiantes, sustituyendo la

presentación final por la contestación pública de una serie de cuestiones directamente vinculadas a la investigación realizada, en cuya respuesta se pueda observar con claridad el grado de profundización y reflexión que el estudiante ha invertido en la citada investigación.

El quinto capítulo es de Stefano Bini, Profesor ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Córdoba capítulo denominado «La docencia del Derecho del trabajo frente a los desafíos de la Inteligencia Artificial», parte de que Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en particular se manifiesta una intrínseca y natural predisposición a ser terreno de experimentación de esta innovación, poniéndose la Inteligencia Artificial en sentido amplio como realidad fenoménica y factor de transformación tanto en el ámbito docente y de método de la enseñanza, como en el ámbito temático y de contenido de la misma. Se centra en el estudio del marco de la docencia de la asignatura de Derecho Sindical y concluye que de las mesas redondas con agentes sociales en el demuestra como un instrumento en sí mismo muy tradicional y clásico pueda convertirse en una oportunidad formativa especialmente innovadora y útil, por supuesto, si adecuadamente contextualizada. Por lo que finaliza afirmando que las herramientas didácticas clásicas, con su intrínseca carga de humanidad, pueden resultar especialmente valiosas de cara a la consecución del fundamental objetivo de valorización de la dimensión dialógica y razonada del aprendizaje universitario del Derecho, entrenando el alumnado a respetar la diversidad de opiniones, a pensar críticamente, a argumentar y fundamentar su pensamiento.

El sexto capítulo a cargo de Susana Bautista Blasco, Profesora Contratada Doctora de la Escuela Politécnica Superior en la Universidad Francisco de Vitoria, titulado «Ingenieros del futuro: técnica + formación humanística» que asevera que Una universidad que forma a los ingenieros del mañana debe tener claro que enseñar sólo la técnica, no es suficiente, pues la sociedad está demandando una formación humanística para su desempeño como profesional. afirma que las competencias del Ingeniero Informático egresado han de ser sentido ético y orientación a la persona, creatividad e innovación, curiosidad y aprendizaje autónomo, trabajo en equipo y habilidades sociales, liderazgo y responsabilidad social y finalmente liderazgo personal y excelencia.

El séptimo capítulo denominado «Competencias digitales para un emprendimiento sostenible» de Francisca Rosique Contreras, Profesora Contratada Doctora del Departamento de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Universidad Politécnica de Cartagena. La autora sitúa el momento único ante una oportunidad para fusionar la innovación digital con la responsabilidad social y ambiental, generando un impacto positivo que trascienda los límites tradicionales del mundo empresarial. Recomienda el uso del Marco *Digcomp* en el contexto del emprendimiento sostenible, pues permite evaluar y desarrollar las competencias digitales necesarias para aprovechar el potencial de la tecnología digital en la creación de negocios sostenibles y socialmente responsables. Al adquirir estas competencias, los emprendedores pueden utilizar eficazmente la tecnología digital para impulsar la innovación, la colaboración y el crecimiento sostenible en sus proyectos.» Po otro lado quiere resaltar el proyecto Erasmus+ *Greenworal* como un ejemplo destacado de cómo se pueden integrar las competencias digitales del Marco *Digcomp* en el emprendimiento sostenible, proporcionando a los emprendedores las herramientas necesarias para enfrentar los desafíos del siglo XXI y construir un futuro más sostenible y responsable.

El octavo capítulo, «La digitalización de la justicia y la enseñanza del derecho procesal» de Rafael Castillo Felipe, Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal en la Universi-

dad de Murcia, considera que constituye una misión esencial, formar juristas que adquieran constancia de los cambios operados por la tecnología, que sepan actuar en entornos digitales procesales y sean capaces de reflexionar críticamente desde la teoría sobre los problemas que aquellos acarrean. Para conseguir enseñar y transmitir las implicaciones del fenómeno digital en el proceso puede utilizarse una metodología teórico-práctica en la que se combinen lecciones magistrales participativas, experiencias de uso de los entornos digitales existentes en la Administración de Justicia y una reflexión final teórica tras la interacción antedicha. La fase práctica puede realizarse en entornos digitales reales o en entornos simulados, siendo preferentes los primeros, por cuanto los segundos requieren mucho tiempo para su preparación, hacen que la experiencia de acercamiento a la realidad forense sea menos intensa y algunos ni siquiera son susceptibles de ser replicados. La fase de reflexión final debe estar guiada por preguntas del profesor debidamente preparadas y referentes al entorno digital su eficiencia.

El noveno capítulo, «El desafío de enseñar Derecho Laboral en titulaciones bilingües o en idioma distinto al nacional» de Carlos Teruel Fernández, Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la UCAM, anima a trabajar por la línea de diseñar un contenido docente que se adapte a la diversidad y pretensiones de empleabilidad del alumnado. El perfil de los estudiantes de las titulaciones en idioma extranjero suele ser distinto al de las titulaciones en castellano, siendo perfiles donde el elemento internacional es fundamental. Por ello, el contenido debe ser consecuente, ofreciendo a los alumnos un plan de estudios que se adapte a sus pretensiones. Con ello, las titulaciones generarán un mayor interés, ganarán en calidad y formarán de la misma manera a futuros profesionales con independencia del país del que procedan,

El décimo capítulo, «Reflexiones en torno a los aspectos positivos y negativos de la digitalización en la educación universitaria» de M.ª Elisa Cuadros Garrido, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia afirma los docentes universitarios han de tener la capacidad de perspectiva ética y una mirada crítica ante la IA que contribuya a superar los sesgos discriminatorios o las predicciones algorítmicas basadas en tareas estandarizadas que pueden limitar su progreso potencial. La educación universitaria debe procurar paliar los efectos adversos de estos nuevos entornos de comunicación y aprendizaje, así como fomentar los valores para conseguir que sean ciudadanos comprometidos con la idea de un futuro más justo y equitativo, el medio es a través de una integración responsable de la IA. La integración responsable de la Inteligencia Artificial *y ChatGPT* en la educación superior constituye una oportunidad para mostrar el compromiso de las Universidades por brindar a sus estudiantes una formación de calidad, adaptada a los desafíos y oportunidades.

El décimo primero capítulo, «Los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la enseñanza del Derecho de Seguridad Social» de M.ª Belén Fernández Collados, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Murcia afirma que al relacionar los ODS a la igualdad de género, la reducción de las desigualdades, la salud y bienestar, o el fin de la pobreza con la teoría general del Derecho a la Seguridad Social, es decir, con todo lo aprendido sobre las técnicas de protección social, la universalización de la prestación sanitaria, el nivel asistencial o los sistemas de financiación, se potencia el pensamiento crítico, pero parece un contrasentido que se indique que la Educación 4.0 ha de apoyar habilidades como el pensamiento crítico y, a la vez, pueda ser la Inteligencia Artificial la que realice el trabajo del alumno.

El décimo segundo capítulo, «Enseñanza online del derecho: análisis de diferentes plataformas» de Rafael García García, Profesor de Derecho del Trabajo e Informática Jurídica en la UCAM, concluye que la accesibilidad es la condición que deben cumplir los entornos, productos y servicios para que sean comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas. Una de las ventajas de la educación en plataforma virtual es la de que permite una mayor inclusión, en términos de accesibilidad. Tanto por discapacidad en cuanto a movilidad, ya que permite seguir las asignaturas sin necesidad de desplazarse, como en cuanto a otras discapacidades de carácter sensorial, ya que las web, actualmente, cuentan con una enorme capacidad de adaptación, y existen, diferentes estándares para adaptar el contenido y la forma.

El décimo tercero capítulo,, «El PREZI como herramienta que se adapta a la dinámica de las clases» de Natacha Ornelas, Profesora de Derecho Europeo en el Instituto Superior de Contabilidad y Administración de Lisboa, concluye que los planes individuales de formación para el Profesorado, así como los incentivos y apoyos al desarrollo profesional, deben tener en cuenta la formación para la era digital, incluyendo la formación de esta clase profesional para una efectiva transferencia y emisión de conocimientos que busque mantenerse al día con las tendencias de la era actual, no solo por necesidad, como ocurrió durante el período de la pandemia, sino para reincorporar al Profesor en su rol de facilitador y transmisor de conocimiento.

El décimo cuarto capítulo,, «Proyecto e+ CREATIT: estrategias para fomentar la creatividad en estudiantes adultos basada en el aprendizaje colaborativo y la competencia digital», de Fernando Cerdán-Cartagena, Juan SuardiazMuro, Patricia López-Vicent, María Paz Prendes-Espinosa, María Rodríguez, Bettina Ortega, Willen F. Peeters y Sona Stefkova, afirman que a ayuda de metodologías colaborativas en el aula ha demostrado que la creatividad puede incentivarse y mejorar con el desarrollo de contenidos digitales pensados para involucrar y motivar a los estudiantes. Además, todos los recursos están disponibles en abierto a través de la web del proyecto *https://creatitproject.eu/* y las apps desarrolladas para Android y Apple.

El décimo quinto capítulo,, «Percepción de los estudiantes de enseñanza superior sobre el uso de simuladores como herramienta pedagógica —estudio de caso ISCAL—» de Pedro Pinheiro y Ricardo Abreu, Profesores de Contabilidad en el Instituto Superior de Contabilidad y Administración de Lisboa considera que de las respuestas obtenidas de su estudio, se desprende claramente, y en consonancia con la bibliografía existente, que los estudiantes perciben la introducción de simuladores y juegos como algo relevante en el desarrollo de sus competencias. En una perspectiva de identificación de futuros desarrollos sobre este tema consideramos que deben ser tomados en función de una mejor comprensión, específica sobre las áreas donde podría incluirse su aplicación. Por lo tanto, es necesario investigar el nivel de importancia o no de herramientas tecnológicas como juegos y simuladores, así como de las diversas plataformas y medios disponibles para mejorar la calidad de la educación superior y la formación. En resumen, partiendo de la idea de que las generaciones actuales que asisten a la enseñanza superior tienen estilos de aprendizaje diferentes, es importante comprender cómo se puede potenciar el desarrollo de las capacidades y aumentar la motivación.

El décimo sexto capítulo, «CHATGPT: una alternativa para mejorar la enseñanza de la asignatura de Derecho de la Seguridad Social en Nicaragua» de Luis Ernesto Alemán-

Madrigal, Doctorando en Derecho Universidad de Salamanca y Universidad Americana. Concluye que el uso de *ChatGPT* en la enseñanza del Derecho de la Seguridad Social —y más allá— es relevante. No se debe enfocar como una moda pasajera, sino como una herramienta prometedora que puede mejorar la calidad de la enseñanza y el aprendizaje. Los docentes tienen la responsabilidad de adaptarse a estas nuevas tecnologías y aprovechar su potencial para el beneficio de los estudiantes y el avance de la educación.

El décimo séptimo capítulo, «El uso de la realidad aumentada como estrategia de innovación docente» de Ana Castro Franco, Personal Docente e Investigador (FPU) en la Universidad de León afirma que la RA debería implementarse como un instrumento estándar de aprendizaje, dado su carácter innovador y los múltiples beneficios derivados de su naturaleza interactiva, inmediatez, motivación del estudiante y facilidad de uso. A su vez, implica la participación directa en el proceso de enseñanza y aprendizaje y ayuda a desarrollar el pensamiento reflexivo y divergente en el alumnado.

El décimo octavo capítulo, «La prevalencia de la ética y el pensamiento crítico en la enseñanza apoyada en la IA» de Gloria Montes Adalid, Contratada FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Málaga concluye que la integración de la IA en la enseñanza requiere un enfoque equilibrado que valore la ética y el pensamiento crítico. Los docentes deben ser conscientes de no infantilizar a los alumnos al adaptarse a la IA, manteniendo métodos de evaluación adecuados y promoviendo el desarrollo de habilidades cognitivas y sociales. Asimismo, es de vital importancia que las instituciones educativas brinden el apoyo necesario a los docentes para que puedan enfrentar estos cambios y seguir siendo relevantes en el entorno digital en constante evolución.

El décimo noveno capítulo, «Estilos de enseñanza que deben adoptar los docentes de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social: Necesidad de adecuarse a los avances tecnológicos» de Milagro Noelia Nieto Cueva, Adjunta de Cátedra en el Curso Seminario de Integración en Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú considera que si se busca tener un impacto en el aprendizaje de los alumnos, sobre todo en la generación y desarrollo de su pensamiento crítico, es menester que como docentes universitarios usemos estilos de enseñanza que podamos implementar en el aula, tomando en cuenta las necesidades de nuestro estudiantado y utilizando métodos (como el aprendizaje basado en problemas) y herramientas de enseñanza adecuadas (*Tik Tok, ChatGPT, Pown Toon, Cmap Tools, Freemind)* que nos permitan llegar a dicho fin.

El vigésimo capítulo, «De la gamificación a los e-sports como metodologías para la enseñanza-aprendizaje del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social» de Francisco Javier Arrieta Idiakez, Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Deusto, afirma que en el diseño de la gamificación de las actividades de la asignatura de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a través de la fórmula de los *e-sports*, como eje principal de este estudio, se apuesta por un juego de cartas, al estilo de los *e-sports* que consisten en construir un mazo o taco de un número determinado de cartas entre el total de las fijadas de antemano. En concreto, en este estudio se ha mostrado como el profesorado prepara un total de 20 mazos o tacos de cartas, y dentro de cada mazo se articulan 5 cartas, cada una de las cuales plantea distintas situaciones a resolver por los equipos de estudiantes que se constituyan. Todo ello se enfoca a la obtención de los beneficios previstos y contrastados con algunas de las experiencias existentes y posibilita, en suma, ratificar las dos hipótesis o cuestiones planteadas de inicio.

El vigésimo primero capítulo, «Seguridad Social en tres minutos: el Presentación 19 podcast en las enseñanzas jurídicas» de Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad Rey Juan Carlos afirma que «Seguridad Social en tres minutos» como herramienta formativa necesaria para la enseñanza de la Seguridad Social, contestaron afirmativamente a la pregunta de si la misma servía para mejorar su rendimiento académico y era útil para su futuro profesional, abunda en la conclusión del indudable éxito del podcast. Las razones: es una herramienta útil, que permite al estudiante acceder a la información en el momento y lugar que estime más conveniente, exige el empleo de un tiempo corto -tres minutos máximo-, con posibilidad de escucha mientras se realizan otras tareas -viajar en metro a la universidad, por ejemplo-, y de volver a acceder al contenido de la información cuantas veces se desee sin que existan cambios -una vez difundido el podcast la información es siempre la misma- En definitiva, el podcast favorece la comprensión de la materia examinada y su asimilación, elementos éstos necesarios para el futuro ejercicio de las profesiones jurídicas.

El vigésimo segundo capítulo, «Posibilidad de implantar la plataforma Kahoot para la enseñanza de la asignatura de Derecho del Trabajo en el grado de ADE» de José Flores Alcázar, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de Cartagena, afirma que la plataforma *Kahoot* puede perfectamente lograr el objetivo de constituir una herramienta auxiliar de apoyo al profesor universitario como complemento de las clases magistrales en aula, pero nunca un sustitutivo de estas. Constituye una innovación docente mediante la introducción de juegos competitivos entre los alumnos de la asignatura, facilitando la interacción de doble vía entre alumnos y profesor, y entre alumnos entre sí, al tiempo que motiva el desarrollo de competencias digitales en todos los intervinientes. Su adaptación a la enseñanza de la asignatura de Derecho del Trabajo (o cualquier otra asignatura del ámbito jurídico) solamente requiere de una pequeña dosis de voluntad y una gran dosis de creatividad por parte del profesor de la asignatura, la herramienta ya está a disposición y los alumnos se encuentra perfectamente capacitados, preparados y en disposición de aprovechar las ventajas formativas que les ofrece.

El vigésimo tercero capítulo, «Las nuevas TICS y la gamificación del aula universitaria: Socrative» de Raquel Poquet Catalá, Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Valencia concluye que el uso de *Socrative* había aumentado su motivación para estudiar la asignatura, y consideran que también es una buena herramienta de evaluación, siempre que vaya acompañada también de otras. Especialmente, están de acuerdo en su uso como método de autoevaluación, ya que la realización de los cuestionarios que no se tenían en cuenta a efectos de la evaluación final, les permitía darse cuenta de cómo llevaban la materia y comprobar si el tiempo de estudio dedicado al tema era el correcto, y aclarar las dudas y conceptos dudosos o más complejos.

El vigésimo cuarto capítulo, «El debate como metodología de enseñanza-aprendizaje del Derecho Procesal con perspectiva de género: una experiencia desde la gamificación» de Selena Tierno Barrios, Personal Investigador en Formación (FPU) en Derecho Procesal en el Centro de Investigación para la Gobernanza Global de la Universidad de Salamanca, afirma que por medio del análisis de una propuesta de innovación docente desarrollada en el aula, se ha podido observar cómo dicha tarea ha sido posible dentro de la disciplina del Derecho Procesal, en la que se han identificado aquellos contenidos curriculares susceptibles de servir al desarrollo de prácticas coeducativas, empleando además el debate y la gamificación digital como instrumentos para promover la consolidación de los conocimientos en los que se ha incorporado la perspectiva o enfoque de género debido a sus múltiples capacidades para fomentar, principalmente pero no solo, la reflexión y el espíritu crítico, y la motivación, respectivamente.

El vigésimo quinto capítulo, «Instagram y Moodle: Las TIC al servicio de un nuevo Derecho Penal» de Javier Ijalba Pérez, Profesor de la UNIR y la UNED, Aires considera s herramientas que he propuesto en este artículo, es decir, *Instagram* y *Moodle*, aunque exigirán una dedicación de tiempo y la dificultad de traducir los contenidos penales a un lenguaje propio de las TIC, nos proporcionará unas ventajas fundamentales, que permitirán resaltar el valor del aprendizaje colaborativo y las cuestiones prácticas, además de un impacto social por la difusión de estos conocimientos, y una mayor facilidad para introducir a los alumnos en el mercado laboral, con una serie de competencias y habilidades que asegurarán el éxito académico, profesional y personal. De este modo, la universidad con la integración de estas herramientas propias de las TIC podrá estar a la vanguardia para permitir una gestión más eficaz, una experiencia óptima de los estudiantes, y una prestación de los servicios adecuada para lograr los más altos estándares de excelencia para la población estudiantil.

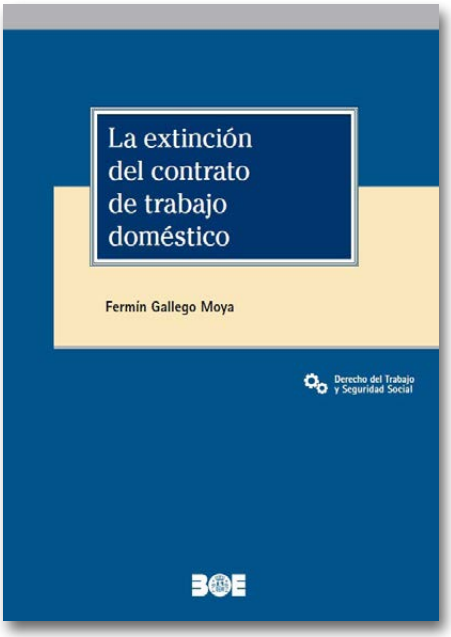
El vigésimo sexto capítulo, «DESDE LA PINTURA ¿Es posible humanizar la tecnología en la enseñanza?» de Cecilia V. Alí Pini, Docente y Abogada posgraduada en la Universidad de Buenos afirma que, la enseñanza a través del arte pictórico ha despertado una singular pasión en el ejercicio de la docencia es posible contagiar esa pasión. Según la ocasión y el contexto ello sucede con mayor o menor intensidad, pero la experiencia demuestra que es posible de lograr.

El vigésimo séptimo capítulo, «Storytelling: historias que emocionan» de M.ª José Asquerino Lamparero, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Universidad de Sevilla asevera que Al emplear esta técnica de storytelling como instrumento, podemos hacer acopio también de nuevas metodologías didácticas y contar las historias a través de las mismas. El acudir a la realidad virtual como recurso para que el alumno experimente vivencias y emociones significativas es una fórmula que garantizará su inmersión en la historia; ciertamente, esta realidad virtual se puede, a su vez, presentar de diferente forma y aquella que dijimos se conseguía una experiencia más completa de aprendizaje no suele ser fácil de conseguir.

El vigésimo octavo capítulo, «La docencia universitaria desde las nuevas tecnologías y las competencias digitales» de Isabel Marín Moral, Profesora Contratada Doctor en Universidad Francisco de Vitoria concluye que los rankings universitarios tienen en cuenta la implantación de nuevas tecnologías en la docencia. Teniendo en cuenta el impacto del marketing en el alumno/cliente y la escasez de este es imprescindible que las universidades y los profesores implementen herramientas tecnológicas y facilitemos las capacidades y habilidades tecnológicas de nuestros alumnos.

Como podemos observar, tras este breve resumen de lo esencial de cada capítulo, la obra recoge experiencias vividas en el aula que se pueden reproducir por otros docentes como herramientas nuevas de aprendizaje y constituye una obra imprescindible para el profesorado universitario con ganas de innovar y superarse.

Sara González Matallana
Doctoranda del departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia



Gallego Moya, Fermín

La extinción del contrato de trabajo doméstico, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Colección de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 19, Madrid, 2023, 235 pág.

Enviado el 23 de mayo de 2024; aceptado el 23 de mayo de 2024.

El libro del Profesor Gallego Moya es muy meritorio. No sólo por la temática tratada, sino también por lo bien que está redactado. La exposición de sus argumentaciones transita con suavidad, con ritmo incluso, delicadamente, con finura, sin agresividad, sin repeticiones innecesarias de los argumentos 'fuerza' (tan usual entre todos los '*escribidores*' de obras jurídicas, Vargas Llosa dixit), y diría que con verdadera dedicación, por no decir cariño. Es, por decirlo gráficamente, un libro escrito con pausa, con aplomo, con peso específico, llamado a ser referente en su materia, tradicionalmente poco atendida desde la doctrina laboralista, que entendía, sin más, que en el ámbito de esta relación laboral especialísima (entiéndaseme bien la hipérbole) la cercanía con el empresario patrocinaba una cobertura moral, incluso técnico jurídica, al desistimiento del contrato por voluntad unilateral sin más consecuencias que las

previstas en la legislación civil, es decir, ninguna laboral. Nunca el artículo 1255 del Código Civil se señoreaba delante de las narices de una relación laboral con tanta desfachatez. Y los que la teníamos delante no éramos capaces de ver la trama (neoliberal, podrían llegar a afirma algunos, de '*Realpolitik*', otros) a las que nos avocaba la asunción de dicho marco mental: el abandono de los principios y tutelas del derecho social, a veces muy cercanos al constitucional.

No hace falta más que leer la introducción, que el autor denomina 'planteamiento', para darnos cuenta que estamos ante una ensayo escrito despacio, al hilo, naturalmente (como no podía ser de otra manera en obras de técnica jurídica) de una reforma legal reciente, pero que seguramente traiga causa y razón de las lecturas pretéritas del autor sobre este tema y sus derivaciones conexas, circunstancia que se refleja de forma palmaria en el análisis histórico-técnico de las normas que han gobernado esta modalidad de contratación, o, por mejor decir, este contrato laboral singular. «*Contrato singular*» que dio lugar a una «*relación laboral especialísima*», como decíamos, y que ahora parece reconducirse por los avances legislativos (éste y la protección que se dispensa por desempleo) sencillamente a un «*contrato laboral especial*». Observe el lector de esta breve noticia de libro que el tránsito que va desde la singularidad a la normalidad es el que ha recorrido históricamente esa modalidad de servicio prestacional.

Desde el comienzo de su lectura nos damos cuenta que el régimen extintivo tan peculiar -esta es la idea que el autor nos quiere transmitir del análisis de la normativa que regula la figura y sus cambios legislativos- tiene su justificación y su razón de ser en dos circunstancias: el lugar de trabajo tan peculiar en el que se desarrolla la actividad profesional, y en el estrecho vínculo, a veces incluso personal, que se crea entre empleador y trabajador.

La apreciación operativa de estas dos variables ha ido evolucionado desde la creación de la figura en 1985 hasta la actual morfología que adquiere el desarrollo de la actividad tras el RDLey 16/2022, pasando por la reforma de 2011, lo que, a su vez, también, ha ido modulando la necesidad de contar con mecanismos singulares extintivos cada vez más finos. Probablemente sea cierta, en este sentido, la afirmación de la exposición de motivos de la última reforma cuando señala que lo ideal sería ir desdibujando esa diferencia entre las formas de extinción de esta modalidad con el régimen común. Muy en la línea del tránsito comentado desde la especialidad a la normalidad.

El arco de bóveda sobre el que se sustentan todas las diferencias extintivas entre el régimen común y el de la modalidad de hogar familiar es el desistimiento, ahora capitidisminuido y arrinconado al lugar común en el que comparte espacio con la legislación laboral generalista, el período de prueba. El desistimiento en el período de prueba puede tener su razón de ser, económica y laboral, pero como mecanismo extintivo no parece tenerla, sobre todo porque eso no devolvería al escenario anterior a la codificación laboral, a la omnipotencia del dogma de la autonomía de la voluntad que se tipifica en el artículo 1255 del Código Civil.

Pero el legislador no se ha conformado con desterrar este desistimiento únicamente operativo ya para el período de prueba, sino que ha implementado dos novedades muy sustanciales en el régimen extintivo: una llamada directa a las causas extintivas del art. 49 ET y, sobre todo, la modificación del régimen peculiar de causas, creando incluso una especie de causa organizativa subjetiva «*Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que*

justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar», perfectamente parangonable con la prevista en el art. 51 ET para los despidos colectivo por causa económica, o los individuales por la misma causa del art. 52.c) ET.

Más allá de la obviedad de que esta causa pueda abrigar situaciones familiares peculiares (*v. gr.* '*se ha venido a vivir con la familia mi madre porque se ha quedado viuda*', o '*mi marido ha perdido el trabajo*') en el control de idoneidad de esta causa va a estar el caballo de batalla de la diferenciación entre desistimiento y despido causal. Y vislumbran tormentas. Porque, se mire como se mire, las dos singularidades que justificaban la existencia de una modalidad extintiva peculiar (sin tener que explicitar los motivos, pero no sin causa) siguen vigentes y tienen que seguir siendo vigentes.

Lo que pretende el legislador, al menos desde mi punto de vista, es un error, un profundo error. Intentar elevar las condiciones de vida y trabajo de este colectivo laboral, tan importante y necesario, desde la modificación de sus condiciones de despido es una bobada. Es tan bobada como intentar evitar la corrupción política elevando las penas en el Código Penal. O el nivel de la educación implementando pruebas de acceso más exigentes.

El camino que lleva a ese objetivo debe ser otro: facilitar una negociación colectiva estructurada, implementar garantías del percibo del salario, de evitación de horas extras injustificadas, elevando el salario y garantizando a estos trabajadores una protección social homologable a la que disfrutan los trabajadores laborales comunes, incluso los de tiempo parcial. (Por cierto, ¿alguien entiende qué quiere decir el nuevo art. 247 LGSS? Es tan simple que genera más problemas que beneficios, básicamente porque la protección social de estos trabajadores va a depender (qué horror) de la forma de distribución irregular de la jornada parcial a lo largo de los 'días', que son todos cotizados).

El recorrido que realiza la obra es plenamente ortodoxo. Después de presentarnos el objeto de análisis e ilustrarnos con una panorámica de la evolución normativa de la figura, incluyendo las necesarias referencias a la legislación internacional (capítulos I y II, pág. 17 a 54), aborda, no tan a 'puerta gayola' como podría vislumbrarse, las novedades extintivas: la causa económica relativa a la reducción de ingresos de la unidad familiar, y la ya comentada relativa a la modificación de las circunstancias sociofamiliares.

Las páginas dedicadas a censurar la inexistente práctica negocial en esta materia explican también bien las razones que abrigan la especialidad de su tratamiento extintivo. Aunque aquí sí deberíamos formular una abierta crítica sindical a los actores sociales, especialmente los sindicatos, que más allá de la articulación de la retórica hueca que suelen articular, no han dedicado (a mi juicio) esfuerzos significativos para batallar por este colectivo, como sí lo han hecho, y muy bien hecho, por las 'kelly' de hotel.

Tras las páginas dedicadas a estas dos especialidades el discurso transita por la exposición ordenada de las causas extintivas comunes con el ET, en la línea de la pretensión general del artículo que dedica la legislación especial a la extinción de estos contratos.

Los dos capítulos más brillantes son los dedicados a las consecuencias jurídicas de una extinción unilateral antijurídica, especialmente el punto dedicado al difícil encaje de la readmisión tras la declaración de nulidad, y el dedicado a la extinción *ad nutum* durante el periodo

de prueba, por la dificultad que se experimenta en argumentar la pérdida de confianza en el período de prueba, y por las evidentes consecuencias prácticas que ello genera.

La obra culmina con dos anexos, el primero dedicado a la bibliografía citada, y a las resoluciones jurisdiccionales analizadas, que el lector podrá manejar con soltura y le darán la información necesaria para profundizar en la materia.

En definitiva, estamos en presencia de una obra completa, trabajada, plena, bien redactada y que aporta bagaje práctico y opiniones doctrinales solventes. Un estudio fácil de leer y muy formativo. Una gran monografía.

Por último, no quisiera terminar esta entrada sin destacar la magnífica colección de monografías jurídicas que está edificando la colección Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la editorial Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, dirigida por Antonio V. Sempere Navarro, Presidente de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Cuenta con títulos estupendos de verdadera profundidad técnica (*Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas*; *La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos*; *La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido*; *La nueva regulación del estatuto del artista*, etc.), con obras colectivas que necesariamente van a erigirse en referencias obligadas en su temática (*El ingreso mínimo vital*; *La reordenación del tiempo de trabajo*; *Derecho social de la Unión Europea*, etc), y con obras más personales y cuidadas que dan una particular fisonomía a la colección (*La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete*).

Ángel Arias Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura

Revista
JUSTICIA & TRABAJO