

# TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO  
Y BIENESTAR SOCIAL

171/2024

Primer Trimestre

171

---

# TEMAS LABORALES

---

Revista Andaluza de Trabajo  
y Bienestar Social

**171**

Junta de Andalucía  
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
Dirección y Administración  
Calle Algodón, nº 1  
41006 Sevilla

## CONSEJO ASESOR

### PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

### VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
PATRIZIA TULLINI	Universidad Pablo de Olavide
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
EDOARDO ALES	Universidad de Granada
	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Bolonia
	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles
	“Parthenope”

### CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN	Universidad de Granada
	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
	Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de
	la Seguridad Social. Universidad de Granada

### DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

### SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide

### SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

#### Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006. Tf. 955 066 200

Boletín de suscripción disponible en publicaciones.carl.ceeta@juntadeandalucia.es

## PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



## ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals -IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

## HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresasytabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/documentacion-carl/revistas-monografias.html>

## FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

### 0. CONFIGURACIÓN PÁGINA

Margen superior: 2,5

Margen inferior: 2,5

Margen izquierda: 3,0

Margen derecha: 3,0

Encabezado: 1,25

Pie de página: 1,25

### 1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

Número ORCID del autor, alineado a la derecha.

### 2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

### 3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3.).

### 4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresado en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

### 5. TEXTO

Times New Roman 12, a un espacio, sin sangrado

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una indicación concreta en su primer uso a través de paréntesis.

La referencia a artículos dentro de una norma debe efectuarse al final de una frase entre paréntesis. Por ejemplo, la libertad de contratación está presente en el reconocimiento de la libertad de elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE).

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (\*).

### 6. NOTAS

Times New Roman 10, a un espacio, sin sangrado.

Las referencias numéricas y de fechas a las normas deben recogerse siempre en notas a pie de página, de modo que en el texto principal aparezca sólo la abreviatura de la norma.

Las referencias a jurisprudencia deben ir en todo caso en las notas a pie de página, sin que deban citarse en el texto principal del trabajo. Las sentencias se citarán del siguiente modo: Tribunal que lo dicta, fecha de la sentencia, número de recurso y referencia ECLI. Por ejemplo, STS 23 de marzo de 2017, rec. 81/2016, ECLI:ES:TS:2017:1275

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecorillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", *Temas Laborales* 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), *Monografías de Temas Laborales* 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

### 7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

### 8. REMISIÓN

Correo electrónico: [jesuscruz@us.es](mailto:jesuscruz@us.es)

### 9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

### 10. CESIÓN DE DERECHOS Y GRATUIDAD

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca. Se garantiza la completa gratuidad de la publicación para los autores, que no deberán sufragar cantidad alguna por la edición de sus trabajos.

## COMPROMISO ÉTICO DE TEMAS LABORALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se compromete a velar por el cumplimiento de los principios éticos y deontológicos que han de marcar todas las fases de un proceso editorial que tiene por objeto la difusión del conocimiento científico con el máximo rigor.

Los órganos ejecutivos de la Revista, Consejo de Redacción y Dirección, ratifican y hacen propio el contenido de referentes nacionales e internacionales como: la Guía de buenas prácticas de las publicaciones periódicas y unitarias, elaborada por la Agencia Estatal Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC, 2016), el Código de conducta para editores de revistas (COPE, 2011, 2019), la Guía Ética para revisores pares (COPE, 2018) y el Libro Blanco sobre la promoción de la integridad en las publicaciones de revistas científicas (CSE, 2021).

El detalle y desarrollo de estos compromisos, dirigidos tanto a autores como a revisores, se encuentra disponible en la web oficial de la Revista:

<https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/car/ documentacion-car/revistas-monografias.html>

**TEMAS LABORALES**  
**REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL**  
**Nº 171/2024**

**Primer Trimestre**

**ÍNDICE**

**1. ESTUDIOS**

Inteligencia artificial, género y trabajo..... MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ	11
La prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal y su impacto en la estructura negociadora ..... INMACULADA MARÍN ALONSO	41
La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de las prácticas académicas . ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	69
Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RD-1 5/2023 ..... SUSANA BARCELÓN COBEDO	103
La orientación profesional mediante los itinerarios o planes personalizados de actuación. Apuntes sobre el caso andaluz..... ANA DOMÍNGUEZ MORALES	137
Negociación colectiva y representación unitaria en grupos de empresa y entornos descentralizados..... JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA	171

**2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

<b>DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO</b> Universidad de Cádiz ¿Puede lograr el «exceso de celo» de un club de fútbol atenuar una sanción por obstrucción a la labor inspectora? La Audiencia Nacional lo dilucida..... JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO	201
--	-----

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Universidad de Córdoba

Determinación del convenio colectivo aplicable a las contratadas y subcontratadas,  
¿de propia actividad?.....

227

JOSÉ MARÍA RUIZ LÓPEZ

## PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Cambio de doctrina del Tribunal Supremo: La ceguera dejará de ser  
considerada de forma automática constitutiva de una gran invalidez .....

247

NOELIA LOSADA MORENO

### **3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN**

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .....

267

**LABOUR AFFAIRS  
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE  
ANDALUSIAN REVIEW  
Nº 171/2024**

*First Trimester*

**INDEX**

**1. STUDIES**

<i>Artificial intelligence, gender and work</i> .....	11
MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ	
<i>The application priority of the autonomous collective agreement over the state and its impact on the negotiating structure</i> .....	41
INMACULADA MARÍN ALONSO	
<i>The inclusion in the Social Security System of academic practices</i> .....	69
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	
<i>Adaptation of working hours, reductions and leaves in terms of work-life balance in Royal Decree-Law 5/2023</i> .....	103
SUSANA BARCELÓN COBEDO	
<i>Professional guidance through personalized itineraries or action plans. Notes on the Andalusian case</i> .....	137
ANA DOMÍNGUEZ MORALES	
<i>Collective bargaining and unitary representation in business groups and decentralized environments</i> .....	171
JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA	

**2. JUDICIAL COMMENTS**

**DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO**

University of Cádiz

<i>Can the “overzealousness” of a football club mitigate a sanction for obstruction of inspection work? The National Court clarifies it</i> .....	201
---	-----

JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO

*COLLECTIVE BARGAINING*

*University of Córdoba*

*Determination of the collective agreement applicable to contracts and subcontractors, of own activity? ..... 227*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

*SOCIAL SECURITY BENEFITS*

*University of Málaga*

*Change of doctrine of the Supreme Court: Blindness will no longer be considered automatically constituting a major disability ..... 247*

NOELIA LOSADA MORENO

**3. LEGISLATIVE REMARKS**

*Legislation of the autonomous community of Andalusia ..... 267*





# INTELIGENCIA ARTIFICIAL, GÉNERO Y TRABAJO\*

MARÍA LUZ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID: 0000-0002-0404-0275

## RESUMEN

**Palabras clave:** algoritmos, inteligencia artificial, género, mujeres, trabajo

Este artículo se dedica al análisis de los riesgos para la igualdad de género que implica la utilización de algoritmos y sistemas de inteligencia artificial. En primer lugar se explica cómo la asimetría de datos de mujeres y varones, el hecho de que la mayor parte de las personas que programan los modelos matemáticos sean varones y las concepciones masculinas desde las que se realiza la programación se combinan entre sí para que las decisiones adoptadas mediante inteligencia artificial se presenten como verdades técnicas e imparciales y cronifiquen los prejuicios, estereotipos y discriminaciones por razón de género presentes en la sociedad. En segundo lugar se analizan desde la perspectiva de género los efectos del uso de algoritmos e inteligencia artificial para gestionar el trabajo. Entre ellos destacan como conclusiones la posibilidad de una evaluación sesgada y perjudicial para las mujeres sobre su trabajo, la deshumanización de las relaciones laborales, la disciplina férrea a la que quedan sometidas las personas trabajadoras y la presunción de existencia de relación laboral como respuesta jurídica más coherente o la fragmentación, mercantilización y precarización del trabajo, que obstaculiza las posibilidades de conciliar la vida laboral y familiar.

## ABSTRACT

**Keywords:** algorithms, artificial intelligence, gender, women, work

*This article is devoted to the analysis of the risks to gender equality involved in the use of algorithms and artificial intelligence systems. Firstly, it explains how the asymmetry of data between women and men, the fact that most of the people who program the mathematical models are men and the masculine conceptions from which the programming is carried out combine to ensure that the decisions taken by means of artificial intelligence are presented as technical and impartial truths and chronicle the prejudices, stereotypes, and gender discrimination present in society. Secondly, the effects of the use of algorithms and artificial intelligence to manage work are analysed from a gender perspective. These include the possibility of a biased and detrimental evaluation of women's work, the dehumanisation of labour relations, the iron discipline to which workers are subjected and the presumption of the existence of an employment relationship as the most coherent legal response, and the fragmentation, commodification, and precariousness of work, which hinders the possibilities of reconciling work and family life.*

\* Este artículo es fruto de la investigación realizada al amparo del Convenio suscrito entre Red.es del Ministerio de Transformación Digital y la Universidad de Castilla-La Mancha, para la implementación de los derechos digitales en el ámbito laboral y empresarial de la Carta de Derechos Digitales (2023/CO46/00228673), y ha sido financiada con fondos *Next Generation*.

## ÍNDICE

1. DESAFÍOS DE UN USO CRECIENTE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
2. MODELOS MATEMÁTICOS QUE ENCAPSULAN Y PROPAGAN ESTEREOTIPOS, PREJUICIOS Y DISCRIMINACIONES
3. ASIMETRÍA DE DATOS: MENOS DATOS DE MUJERES QUE DE VARONES Y DATOS DEL PASADO Y PROXIES QUE REPRODUCEN LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO
4. EL MUNDO DE LA PROGRAMACIÓN ES MAYORITARIAMENTE MASCULINO
5. CONCEPCIONES SOCIALES DESDE LAS QUE SE PROGRAMA Y CONTEXTOS DE ASIMETRÍA DE PODER EN QUE SE USA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
6. EFECTOS DE LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA GESTIONAR EL TRABAJO: MIRADA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO
  - 6.1. Evaluación del trabajo mediante inteligencia artificial: estereotipos de género y narrativas sociales dominantes pueden perjudicar a las mujeres
  - 6.2. Deshumanización de las relaciones laborales: margen cero para considerar circunstancias personales
  - 6.3. “Opresión algorítmica”, asimetría de información y transparencia: también las mujeres se ven afectadas
  - 6.4. Flexibilidad total: fragmentación, mercantilización, precarización y cero posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar
7. BIBLIOGRAFÍA

### 1. DESAFÍOS DE UN USO CRECIENTE DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Cuando la literatura especializada empezó a analizar el impacto de la digitalización sobre el trabajo, se hizo habitual utilizar la denominación “cuarta revolución industrial”. Sin embargo, dos de los autores pioneros en el estudio de este fenómeno lo llamaron la “segunda era de las máquinas”. Ello expresaba su idea de que, mientras, en la “primera era de las máquinas” (la revolución industrial), estas habían tenido por objetivo reemplazar la fuerza física de los humanos, en esta “segunda era”, el avance tecnológico tiene por objetivo reemplazar el uso de nuestros cerebros (Brynjolfsson y McAfee, 2014). Tal es, efectivamente, el objetivo ideal de la inteligencia artificial (IA). Si no reemplazar por completo nuestras funciones cognitivas, sí, al menos, lograr reproducir en máquinas algunas de ellas, como las de aprender, reaccionar o actuar (Jaume-Palasi, 2023).

En el debate jurídico español, este fenómeno es relativamente nuevo. Ello no significa que no se hable de algoritmos y de IA desde hace algún tiempo y menos aún que no exista ya una copiosa literatura sobre el impacto, más en general, del avance digital en diferentes espacios vitales, entre ellos el del trabajo. Pero, si observamos nuestras normas, en particular la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales<sup>1</sup>, las palabras

<sup>1</sup> BOE de 6 de diciembre de 2018.

algoritmo e inteligencia artificial ni siquiera aparecen. Es, pues, más recientemente cuando los riesgos de la utilización de estas herramientas tecnológicas han irrumpido con fuerza en los debates jurídicos y, de forma todavía fragmentaria, como veremos después, en la legislación.

Al análisis de algunos de esos riesgos se dedica este artículo. En primer lugar, al análisis del sesgo de género presente o presumiblemente presente en las decisiones adoptadas mediante algoritmos o IA. En relación con ello, se tratarán de explicar los motivos por los que este riesgo de sesgo de género puede producirse y los posibles remedios para intentar evitarlo. En segundo lugar, se estudiarán los efectos de las decisiones adoptadas mediante algoritmos o IA en la gestión del trabajo. También aquí se pondrá el foco en la perspectiva de género, pero se irá más allá de ello, intentando calibrar el impacto de la gestión algorítmica en la modelización de las relaciones de trabajo. Junto a esto, se analizará la normativa vigente o proyectada que persigue paliar algunos de los efectos expresados.

Lo anterior posee una notable repercusión práctica, dado que ya existe un importante número de empresas en nuestro país que emplean la IA. De acuerdo con la Encuesta sobre el uso de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) y del comercio electrónico en las empresas del primer trimestre de 2023<sup>2</sup>, el 9,6% de las empresas de más de 10 trabajadores/as utilizan tecnologías de IA. Su utilización no es uniforme ni en relación con el tamaño de la empresa ni con el del sector de actividad de la misma. Así, en el caso de las empresas de más de 250 trabajadores/as, son ya el 40,60% de ellas las que emplean tecnologías de IA. Por lo que se refiere al sector de actividad, el mayor porcentaje de empresas que utilizan tecnologías de IA pertenecen al sector servicios, donde el 11,2% de las empresas ya emplean estas tecnologías.

Respecto de los motivos por los que se emplean tecnologías de IA, el 36,16% de las empresas que utilizan estas tecnologías lo hacen para la “automatización de los flujos de trabajo o ayuda en la toma de decisiones”. De forma que ya existe un núcleo de empresas donde la IA se adopta para tomar decisiones que afectan al trabajo, lo que comúnmente se considera -aunque luego se habrá de volver sobre ello con más detalle- como “gestión algorítmica” (Schulze et al., 2022).

No parece, además, que este proceso vaya a pararse. En primer lugar, porque en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España<sup>3</sup> está prevista la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial (Componente 16), a la que se destinan 500 millones de euros de inversión, con la finalidad, precisamente, de “introducir y extender las tecnologías basadas en Inteligencia Artificial en la

<sup>2</sup> [https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176743&menu=ultiDatos&idp=1254735576692](https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176743&menu=ultiDatos&idp=1254735576692)

<sup>3</sup> [https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan\\_Recuperacion\\_Transformacion\\_Resiliencia.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Documents/160621-Plan_Recuperacion_Transformacion_Resiliencia.pdf)

economía y la sociedad española”. En segundo lugar, porque los objetivos a este respecto están ya fijados. En la Agenda Digital denominada España Digital 2026<sup>4</sup>, se prevé que, al menos, el 25% de las empresas del país usen IA y Big Data en ese año.

Lo anterior significa que los desafíos de los que se hablará a continuación no han hecho más que empezar y que ser conscientes de ellos e idear las medidas jurídicas con las que afrontarlos es una tarea necesaria.

## **2. MODELOS MATEMÁTICOS QUE ENCAPSULAN Y PROPAGAN ESTEREOTIPOS, PREJUICIOS Y DISCRIMINACIONES**

Aunque en este artículo se utilizarán indistintamente las expresiones algoritmo e IA, debe tenerse presente que no son lo mismo. A los solos efectos de clarificar ambos conceptos, se entiende que un algoritmo es “una fórmula computacional que toma decisiones de forma autónoma basándose en modelos estadísticos o reglas de decisión sin intervención humana explícita” (Duggan *et al.*, 2020, p. 119). Estos algoritmos “aprenden” y es a este “aprendizaje” al que consideramos IA. Utilizamos un lenguaje propio de humanos, como es el verbo aprender, para referirnos a operaciones que realizan las máquinas. Realmente “aprender” significa que “el algoritmo encuentra patrones por sí solo y después, con el paso del tiempo, los conecta con resultados” (O’Neil, 2017, p. 96). Para ello se necesitan cantidades ingentes de datos y capacidad computacional para procesarlos. La revolución tecnológica en marcha ha hecho que exista una enorme disponibilidad de datos y una enorme capacidad computacional también, de forma que ello ha favorecido la expansión de la IA y su utilización en numerosos ámbitos vitales (Baiocco *et al.*, 2022).

Ahora bien, no deberíamos caer en el determinismo tecnológico. El hecho de que sea posible tomar decisiones mediante tecnologías de IA no significa que deba aceptarse por la sociedad de forma acrítica que toda decisión pueda adoptarse mediante estas tecnologías. Que una decisión adoptada por medio de IA sea posible tecnológicamente no la hace per se deseable desde el punto de vista social. Somos los humanos los que debemos determinar las decisiones que pueden y no pueden adoptarse mediante tecnologías de IA. Para lo que no sirve, desde mi punto de vista, la ética, sino la ley y su fuerza jurídica. El ejemplo de ello es el art. 5 de la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, informalmente conocido como Ley de Inteligencia Artificial (LIA)<sup>5</sup>, donde se prohíben expresamente determinados

<sup>4</sup> [https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/estrategias/Paginas/00\\_Espana\\_Digital.aspx](https://portal.mineco.gob.es/es-es/ministerio/estrategias/Paginas/00_Espana_Digital.aspx)

<sup>5</sup> COM(2021) 206 final.

sistemas de IA (los destinados a alterar la conducta humana, aquellos que proporcionan calificaciones sociales a personas físicas para su uso por autoridades públicas y los sistemas de identificación biométrica remota en tiempo real) por considerar que “van en contra de los valores de la Unión de respeto a la dignidad humana, libertad, igualdad, democracia y Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que reconoce la UE, como el derecho a la no discriminación, la protección de datos y la privacidad” (Considerando 15)<sup>6</sup>.

Por otra parte, tampoco puede pensarse que estos riesgos hayan nacido con la IA. No existe una realidad analógica libre de discriminaciones o vulneración de derechos fundamentales y una realidad algorítmica plagada de ellos. Los algoritmos no son seres vivos, sino fórmulas matemáticas que reproducen patologías (estereotipos, prejuicios, discriminaciones) que ya existen en la sociedad (Aránguez Sánchez, 2022). Las mujeres, las personas racializadas, las personas con discapacidad o las personas con bajo nivel socioeconómico han sufrido desde siempre discriminaciones, también en el trabajo, de forma que no puede decirse que estas sean fruto de la utilización de las tecnologías de IA, sino, más bien, que estas tecnologías “recapitulan y magnifican una historia de discriminación” de la sociedad en su conjunto (West, 2020, p. 3).

Sin embargo, hay algo novedoso que hace especialmente nocivas las discriminaciones que anidan en los algoritmos y la IA. Los estereotipos, prejuicios y discriminaciones presentes en la sociedad se encapsulan dentro de los algoritmos y nutren las decisiones, también las empresariales, que se adoptan mediante ellos. Hasta aquí nada novedoso con respecto a los comportamientos de los humanos, cuyas decisiones también pueden alimentarse de estereotipos, prejuicios y discriminaciones. El problema es que las decisiones adoptadas mediante algoritmos se presentan como una verdad científica y, por ello mismo, objetiva, impersonal y desprovista de sesgos (O’Neil, 2017). Esto hace mucho más difícil imputar la responsabilidad de las decisiones sesgadas a los sujetos que las cometen, dado que los sesgos y los responsables de haber adoptado las decisiones correspondientes quedan ocultos detrás de una fórmula matemática (Aránguez Sánchez, 2022). Por otra parte, esta fórmula suele estar protegida por las normas sobre propiedad intelectual o secreto industrial, lo que hace prácticamente imposible penetrar en ella para conocer los valores y sesgos de que se alimenta (Criado Pérez, 2020). Así las cosas, los algoritmos y las tecnologías de IA van reproduciendo y cronificando

<sup>6</sup> El 9 de diciembre de 2023 se produjo un acuerdo entre el Parlamento europeo y el Consejo sobre el texto definitivo de la LIA. Aunque todavía no se conoce el mismo, sí se sabe que, entre las novedades incluidas en este acuerdo, está la prohibición de utilizar sistemas de IA para el reconocimiento de emociones en los lugares de trabajo, por considerar que producen riesgos inaceptables. No obstante, se permitirá la utilización de sistemas de IA a tal fin cuando ello obedezca a razones de seguridad como, por ejemplo, evitar que una persona que conduce se quede dormida (Ponce de León, 2023).

los estereotipos, prejuicios y discriminaciones y debilitando la capacidad, también la jurídica, de enfrentarse a ellos.

Además, los estereotipos, prejuicios y discriminaciones pueden estar presentes a lo largo de todo el proceso. Es habitual explicar que los sesgos de las decisiones adoptadas mediante tecnologías de IA se producen porque los datos con que se “entrenan” los algoritmos están también sesgados. Ello es completamente cierto. Pero, como se verá a continuación, los sesgos también existen en lo que, en este artículo, va a denominarse “mundo de la programación” y, sobre todo, en las concepciones desde las que se mira la realidad que después se traslada a los algoritmos, esto es, el contexto cultural o la lógica de poder desde los que se construyen los modelos matemáticos (Jaume-Palasi, 2023).

### **3. ASIMETRÍA DE DATOS: MENOS DATOS DE MUJERES QUE DE VARONES Y DATOS DEL PASADO Y PROXIES QUE REPRODUZCAN LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO**

Desde la aparición de lo que Zuboff (2020) denomina “capitalismo de la vigilancia”<sup>7</sup>, en mayor o menor medida, todos nos hemos convertido en proveedores de datos. Consumimos de forma aparentemente gratuita información en la red mientras las empresas presentes en ella van capturando datos sobre nosotros de todo tipo. Somos, según la célebre expresión de Toffler (1980), “prosumidores”, esto es, proveedores y consumidores a la vez. Realmente este es el precio que pagamos, aunque apenas seamos conscientes de ello. Son tantos los datos circulantes que algunos autores los consideran una nueva materia prima susceptible de explotación económica y obtención de beneficios (Srnicek, 2017). Así, en el ámbito de la Unión Europea, la Estrategia Europea de Datos<sup>8</sup> prevé un aumento en su volumen mundial del 530%, pasando de 33 *zettabytes* en 2018 a 175 *zettabytes* en 2025. Lo que supone un valor económico de 829.000 millones de euros. En todo caso, lo que interesa aquí es señalar que estos datos no reflejan la realidad más que parcialmente.

Existe, en efecto, una notable asimetría de datos (Jaume-Palasi, 2023; Aránguez Sánchez, 2022; West, 2020). Lo que significa que los datos disponibles proceden o versan sobre los varones, siendo muchos menos los datos disponibles que proceden o versan sobre las mujeres. Además, en el caso de las mujeres racializadas, con discapacidad o de bajo nivel socioeconómico, los datos son prácticamente inexistentes (Criado Pérez, 2020). Ello es así, en primer lugar, porque hombres y

<sup>7</sup> Zuboff (2020) define el capitalismo de la vigilancia como un “nuevo orden económico que reclama para sí la experiencia humana como materia prima aprovechable para una serie de prácticas comerciales ocultas de extracción, predicción y ventas”.

<sup>8</sup> Disponible en [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_es#documentos](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_es#documentos)

mujeres tienen un distinto acceso a internet y, por tanto, su provisión de datos es también diferente. De acuerdo con las estimaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (ITU, 2022), el porcentaje de mujeres que utilizan internet en el mundo es del 63%, mientras que el de varones es del 69%, lo que significa que hay 259 millones más de hombres que de mujeres accediendo a internet y volcando ahí sus datos. Las diferencias de acceso a internet entre mujeres y varones se agrandan en África (34% de mujeres frente a 45% de varones) y en los países de renta baja (21% de mujeres frente a 32% de varones). Las razones de ello suelen estar vinculadas a un menor desarrollo de las infraestructuras tecnológicas en general, pero también al menor acceso a la educación y a la tecnología de las mujeres, a veces porque socialmente se consideran actividades poco apropiadas para ellas y otras por falta de autonomía económica para la adquisición del equipamiento necesario (Collet, Neff y Gouvea Gomes, 2022).

En segundo lugar, no debe olvidarse que el patrón que se ha tomado de referencia para la captura de datos ha sido el del hombre. Utilizado el hombre como medida universal de lo que acontece en la realidad, los datos relativos a o específicos de las mujeres (desde datos de diagnóstico médico a aquellos de utilización del transporte público) apenas han sido objeto de consideración (Criado Pérez, 2020). Por otra parte, es práctica habitual que se consideren los datos sin desagregar por razón de sexo y, por tanto, sin considerar las diferencias existentes en una determinada variable entre mujeres y hombres. Pondré un ejemplo de ello. En enero de 2023, el Ministerio de Educación y Formación Profesional español publicaba la siguiente noticia<sup>9</sup>: “la tasa de abandono educativo temprano se mantiene estable con un 13,9% en 2022”. Sin embargo, en la nota resumen que la acompañaba<sup>10</sup> podía constatar que el abandono educativo temprano sigue siendo más alto entre varones (16,5%) que entre mujeres (11,2%) y, sobre todo, que mientras la tasa de abandono educativo temprano de los varones se ha mantenido prácticamente constante entre 2021 y 2022, la de las mujeres ha crecido de un 9,7% en 2021 a un 11,2% en 2022. Tomar la media como referente de esta variable (abandono educativo temprano) hace que no se repare en los motivos por los que, tras una década de caída de la tasa de abandono educativo temprano de las mujeres, en un solo año esta repunta 1,5 puntos porcentuales. Imaginemos ahora que la tasa de abandono educativo temprano se incluye en un algoritmo para adoptar una determinada decisión: si no se tiene en cuenta la diferencia de datos recién expresada, la decisión tratará por igual a mujeres y varones cuando, a los efectos del abandono educativo temprano, realmente no lo son.

En general, alimentar los algoritmos con más datos de varones que de mujeres hace que las decisiones algorítmicas resulten sesgadas, ya que expresarán únicamente

<sup>9</sup> Disponible en <https://www.educacionyfp.gob.es/prensa/actualidad/2023/01/20230127-aet.html>

<sup>10</sup> Disponible en <https://www.educacionyfp.gob.es/dam/jcr:952c4c1a-8102-4c96-9575-a73ecfef73ea/nota-resumen.pdf>

la visión, situación o circunstancias relevantes para ellos sin que aflore de igual manera la visión, situación o circunstancias relevantes para ellas.

Otro de los motivos por los que los datos pueden provocar sesgos de género en las decisiones algorítmicas es la utilización de datos del pasado. Realmente los algoritmos no son capaces de adivinar el futuro, sino de pronosticar un comportamiento del futuro en función de datos sobre comportamientos adoptados en el pasado (O’Neil, 2017). De este modo, los algoritmos y las tecnologías de IA cronifican en el tiempo desigualdades pasadas. Pensemos en decisiones algorítmicas sobre ocupaciones adoptadas con base en datos del pasado. Hay muchas posibilidades de que estas decisiones resulten sesgadas (Jaume-Palasi, 2023). Si el algoritmo se entrena con datos de las ocupaciones que tuvieron las mujeres y los hombres en el pasado, probablemente no tendrá en consideración que, en el presente, las mujeres se están incorporando a ocupaciones en que antes no estaban o que los hombres lo hacen en ocupaciones que antes desempeñaban en su mayoría mujeres. Pensemos en un algoritmo o IA que va a decidir sobre las o los mejores candidatos para realizar tareas de cuidado de personas en una residencia de la tercera edad. Con una proyección de los datos del pasado, ¿podemos esperar que el elegido sea un varón? Probablemente no, porque la gran mayoría de las personas que se han dedicado en el pasado al cuidado de personas mayores han sido mujeres. Lo mismo sucedería si la decisión algorítmica se empleara para la selección de un o una candidata para la cadena de producción de una fábrica de automóviles. En este caso, probablemente el elegido fuera un varón, dado que en el pasado la mayoría de las personas empleadas en esta ocupación han sido varones. La utilización de la IA puede, así, representar una especie de *déjà vu*, salvo que los datos que nutren los algoritmos estén en continua revisión para adecuarse a los cambios que se están produciendo en la realidad.

También puede producir sesgos de género las decisiones algorítmicas alimentadas con *proxies*. Hay ocasiones en que no se cuenta con datos suficientes para entrenar los algoritmos y “minar” nuevos datos o es muy caro o supone un incremento de la vigilancia y captura de datos a la que ya están sometidos los sujetos de los que se extraen (O’Neil, 2017). Entonces se utilizan datos alternativos o *proxies* en la suposición de que representan la misma realidad (Aránguez Sánchez, 2022). Pensemos en un ejemplo burdo en el que un algoritmo o IA, con la finalidad de decidir las personas que ascenderán dentro de una empresa, no utiliza el dato del sexo de las personas trabajadoras, sino el del número de permisos por cuidado de menores de que han disfrutado los miembros de la plantilla como una variable que puntúa de forma negativa. La discriminación por razón de sexo que pudiera producirse por medio de esta decisión algorítmica sería la misma, dado que las estadísticas indican que son las mujeres las que mayoritariamente disfrutan de los permisos por cuidado de menores.

Lo anterior nos pone sobre la pista de lo importante que es la simetría de datos para evitar decisiones sesgadas por razón de género. Ello parece ser uno de los objetivos de la propuesta de LIA europea. Con la finalidad de que el conjunto de datos

que alimentan algoritmos y sistemas de IA de alto riesgo, entre los que se encuentran los que se utilizan en el ámbito del “empleo, gestión de los trabajadores y acceso al autoempleo” (Anexo III.4), sean de “buena calidad” (Considerando 44), el art. 10.2 de la propuesta de LIA obliga a realizar las siguientes prácticas: i) “evaluación previa de la disponibilidad, la cantidad y la adecuación de los conjuntos de datos necesarios”; ii) “el examen atendiendo a posibles sesgos”, entre los que debe estar el sesgo de género para evitar la discriminación de género proscrita en el ordenamiento de la Unión Europea<sup>11</sup>; y iii) “la detección de posibles lagunas o deficiencias en los datos y la forma de subsanarla”, en la cual estaría incluida la detección de la asimetría de datos de mujeres y varones y su subsanación.

Ahora bien, como todo ello forma parte de las obligaciones de los proveedores de sistemas de IA, los afectados por su utilización debieran tener instrumentos a su alcance para poder comprobar que estas obligaciones se cumplen. A ello obedece el deber de transparencia. Lo que sucede es que, en la propuesta de LIA, el deber de transparencia (art. 16.1) debe cumplirse respecto de los usuarios y estos quedan definidos en su art. 3 como “toda persona física o jurídica, autoridad pública, agencia u organismo de otra índole que utilice un sistema de IA bajo su propiedad”, es decir, que la propuesta de LIA no contempla deber de transparencia alguno con respecto a los afectados por las decisiones algorítmicas. Ello podría estar en parte resuelto por el art. 15 del Reglamento General de Protección de Datos<sup>12</sup>, que, como es sabido, regula el acceso del interesado a los datos personales que están siendo objeto de tratamiento. Sin embargo, este derecho de acceso da una imagen puramente individualizada de los datos que se están capturando y no permite el conocimiento de su conjunto a los efectos de comprobar si las previsiones del art. 10.2 de la propuesta de LIA están siendo objeto de cumplimiento. Por tal motivo, en ámbitos como el del trabajo, donde la presencia de actores en representación y defensa de intereses de las personas trabajadoras es un elemento cardinal, debería contemplarse un derecho de acceso de carácter colectivo. Con todas las cautelas que fueran necesarias, para preservar el derecho a la protección de datos de carácter individual, la representación de los trabajadores/as debería tener un derecho de acceso a los datos que se capturan de los trabajadores/as similar al de los individuos, a fin de poder testar si las previsiones del art. 10.2 de la propuesta de LIA se están cumpliendo y, por tanto, los conjuntos de datos están siendo sometidos a un examen que prevenga los posibles sesgos de

<sup>11</sup> De hecho, en la propuesta de LIA, se expresa que esta está en plena coherencia con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Derecho derivado de la Unión vigente en materia de no discriminación e igualdad de género. Más aún, se entiende que la propuesta de LIA “complementa el Derecho de la Unión vigente en materia de no discriminación al establecer requisitos específicos que tienen por objeto reducir al mínimo el riesgo de discriminación algorítmica, en particular en lo tocante al diseño y la calidad de los datos empleados para el desarrollo de la IA” (Exposición de Motivos).

<sup>12</sup> Reglamento (EU) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo 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.

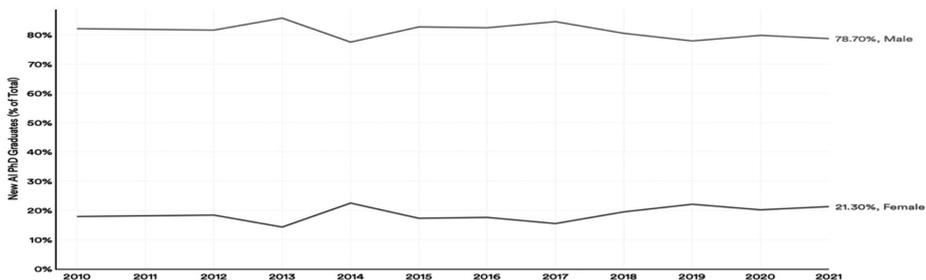
género y a la detección de lagunas en relación con los datos existentes de mujeres y varones.

Con todo, la “justicia estadística” o simetría de datos no sería condición bastante para evitar por completo los sesgos de género (West, 2020). Es habitual tratar esta cuestión como una cuestión meramente estadística o técnica y, por tanto, pensar que todo se resuelve con un conjunto de datos más equilibrados sobre ambos sexos, cuando, como veremos a continuación, aunque los datos puedan llegar a estar equilibrados, algo que es completamente deseable, la programación y, sobre todo, las concepciones desde las que se programa y el contexto de poder en el que se insertan las decisiones algorítmicas pueden seguir produciendo sesgos o discriminaciones por razón de género (Jaume-Palasi, 2023).

#### 4. EL MUNDO DE LA PROGRAMACIÓN ES MAYORITARIAMENTE MASCULINO

No cabe duda de que el mundo de la programación es abrumadoramente masculino. Dicho de forma breve: los que programan los algoritmos y los sistemas de IA son en su gran mayoría varones. Existen algunos datos que así lo atestiguan. En Estados Unidos, lugar donde se ubican las grandes plataformas tecnológicas<sup>13</sup>, el *AI Index Report 2023*, elaborado por la Universidad de Stanford, muestra cómo la gran mayoría de los nuevos doctores en IA son varones (78,70% nuevos doctores en IA son varones mientras el 21,30% son mujeres). Esta disparidad se observa igualmente en el número de personas contratadas por las universidades para impartir docencia e investigar sobre IA. En este caso, el 75,94% son varones y el 23,94% son mujeres (Stanford University, 2023).

##### Brecha de género entre los nuevos doctores en IA (% del total) en Estados Unidos, 2010-2021

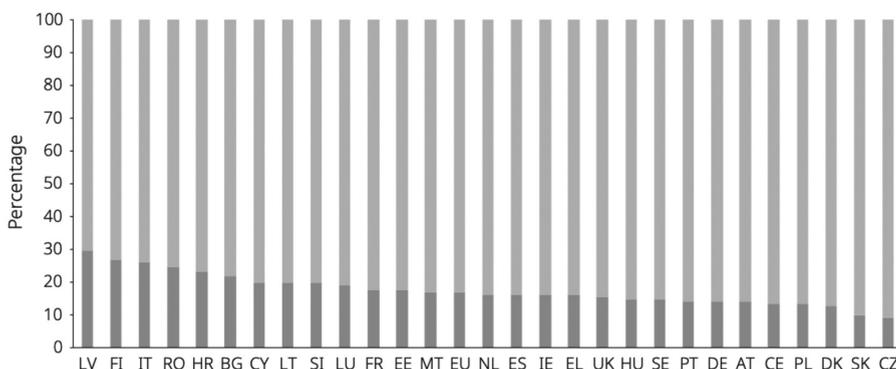


Fuente: Stanford University, 2023

<sup>13</sup> De acuerdo con el *Global Market Cap Ranking* (15/12/2023), entre las 10 primeras compañías del mundo, están 6 grandes plataformas tecnológicas (Apple, Microsoft, Alphabet (Google), Amazon, NVIDIA y Meta Platforms (Facebook)) con sede en los Estados Unidos.

En la Unión Europea sucede algo semejante. Así, con datos de 2019 procedentes de LinkedIn, el Instituto Europeo para la Igualdad de Género estima que únicamente el 16% de las y los especialistas en IA en la Unión Europea y el Reino Unido son mujeres (EIGE, 2021). Además, se observa una tendencia al abandono por parte de las mujeres conforme va pasando el tiempo dedicadas a esta ocupación (Criado Pérez, 2020). Las mujeres con entre 0 y 2 años de experiencia representan un 20% del sector de la IA; aquellas con una experiencia de más de 10 años representan, sin embargo, el 12% del total de las y los especialistas en IA (EIGE, 2021).

### Brecha de género entre los profesionales de IA en la UE (%)



Fuente: EIGE, 2021

España, por su parte, no se aparta de esta tendencia. Según el Índice de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) de la Unión Europea de 2022<sup>14</sup>, el porcentaje de mujeres entre las y los especialistas en TIC era del 19% (habiéndose mantenido el mismo porcentaje desde 2019). Sabido es que, a partir de 2023, el DESI se ha transformado en el *Digital Decade Country Report*<sup>15</sup> donde el porcentaje de mujeres entre las y los especialistas en TIC de nuestro país ha descendido al 18%. Una tendencia que no parece que vaya a repararse en el futuro, dado que las mujeres son minoría en los estudios que guardan relación con el desarrollo de la IA. Como puede observarse en el cuadro que sigue, entre el alumnado matriculado en los ámbitos de estudio relacionados con ella, en el curso académico 2022-2023, las mujeres apenas alcanzan el 25% del total, siendo especialmente pocas las matriculadas en informática, donde el porcentaje de mujeres apenas sobrepasa el 16%.

<sup>14</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-spain>

<sup>15</sup> <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/country-reports-digital-decade-report-2023>

### Alumnado matriculado en ámbitos de estudio relacionados con la IA

ÁMBITO DE ESTUDIO	TOTAL ALUMNADO MATRICULADO	VARONES	MUJERES	% MUJERES
Matemáticas y estadística	18.245	11.479	6.766	37,08%
Informática	61.987	51.888	10.099	16,29%
Ingeniería	132.807	97.088	35.719	26,89%
Total	213.039	160.455	52.584	24,68%

Fuente: elaboración propia con datos del Sistema Integrado de Información Universitaria<sup>16</sup>

En vista de lo anterior, parece claro que, si son fundamentalmente varones los que programan algoritmos y sistemas de IA, serán las visiones masculinas las que nutran los modelos. No cabe presumir que todas ellas estén sesgadas por razón de género, pero los especialistas en IA no se libran de tener estereotipos y prejuicios sobre las mujeres y sus comportamientos que estarán igualmente presentes en la selección de los datos de entrenamiento y en la programación.

Con todo, la solución óptima no es sin más la incorporación de mujeres a los ámbitos de estudios y profesiones que guardan relación con la IA. El primer lugar, debe tenerse en cuenta que la historia de este sector y sus condiciones está marcada por la propia composición de su fuerza de trabajo (EIGE, 2021). De ser una ocupación mayoritariamente femenina y considerada próxima a las tareas administrativas, la revalorización de la programación al compás del avance de la tecnología estimuló la incorporación de varones y la propia revalorización de la profesión (O’Neil, 2017). Así, no es que haya pocas mujeres por desinterés o falta de cualificación, es más bien que los varones han copado el mundo de la programación (Criado Pérez, 2020).

Por otra parte, la presencia de mujeres en los ámbitos de estudio y las profesiones vinculadas al desarrollo de la IA y, en general, de la tecnología depende, en ocasiones, de los roles que la sociedad ha adjudicado a mujeres y varones y que, a pesar de los avances en igualdad de género, siguen reproduciéndose. En este sentido, la división sexual del trabajo ha atribuido tradicionalmente el rol de cuidado a las mujeres y el del trabajo científico y técnico a los varones, lo que en alguna medida sigue presente en nuestra sociedad y pesa a la hora de elegir estudios y ocupaciones (Rodríguez Fernández, 2020). Por tal motivo, una mayor presencia de las mujeres en los espacios tecnológicos seguramente exige también un cambio cultural sobre los papeles que ocupan mujeres y varones en el mundo productivo. Por último, el sector y la organización del trabajo presente en el mismo responden tan claramente a estereotipos masculinos, que las mujeres que desean

<sup>16</sup> [https://estadisticas.universidades.gob.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/Universitaria/Alumnado/EEU\\_2023/GradoCiclo/Matriculados/&file=pcaxis&l=s0](https://estadisticas.universidades.gob.es/dynPx/inebase/index.htm?type=pcaxis&path=/Universitaria/Alumnado/EEU_2023/GradoCiclo/Matriculados/&file=pcaxis&l=s0)

tener éxito profesional dentro de él se ven de alguna manera forzadas a reproducir tales estereotipos, con lo que su incorporación apenas contrapesa los sesgos de género del personal masculino (West, 2020).

En consecuencia, además de estimular la incorporación de mujeres a los ámbitos de estudio y las profesiones conectadas con el desarrollo tecnológico y, en particular, con el desarrollo de la IA, sería necesario que el propio mundo de la programación tomara conciencia de los potenciales riesgos de sesgo por razón de género que entraña su ocupación. En ello, la educación y la formación deben tener un papel fundamental (Balaguer Callejón, 2022). En primer lugar, incluyendo la perspectiva de género en los ámbitos de estudio que guardan relación con la programación, haciendo que las generaciones en formación sean conscientes de que su actuación no será en modo alguna neutra con respecto a los derechos y valores fundamentales de la sociedad, entre ellos el derecho a la igualdad por razón de género. En España, ello está de algún modo presente en el art. 83.1 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, aunque más enfocado al aprendizaje de las y los escolares, que debe incluir “un uso de los medios digitales que sea [...] respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales [y] los derechos fundamentales”. Algo más elaborada es la previsión al respecto de la Carta de Derechos Digitales<sup>17</sup>, en cuyo apartado XVII, dedicado a la educación digital, se incluye la promoción de una educación que haga germinar un “uso de los medios digitales [...] respetuoso con la igualdad de género y orientado a la disminución de las brechas de género en el ámbito digital”. Sin embargo, como es sabido, estas previsiones no tienen fuerza jurídica y son meras recomendaciones o principios guía para afrontar el proceso de transformación digital, con lo que su operatividad real es ciertamente limitada. En segundo lugar, se debe impulsar la formación de los profesionales de la programación. En este terreno, dada la ausencia de previsiones normativas al respecto, son especialmente valiosas iniciativas como la de CC.OO., que trata de incluir en los convenios colectivos negociados por este sindicato una cláusula que obligue a que “toda persona que programe o adquiera algoritmos de gestión deba ser formada por la empresa para conocer debidamente los riesgos de parcialidad y discriminación y adoptar todas las medidas posibles para reducirlos”. Por el momento, esta cláusula no ha sido incluida en convenio colectivo alguno, pero abre una vía para que las personas que se dedican al mundo de la programación tomen conciencia de los posibles sesgos de género que entraña su actuación.

<sup>17</sup> [https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta\\_Derechos\\_Digitales\\_RedEs.pdf](https://derechodigital.pre.red.es/documentos/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf)

## 5. CONCEPCIONES SOCIALES DESDE LAS QUE SE PROGRAMA Y CONTEXTOS DE ASIMETRÍA DE PODER EN QUE SE USA LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Las concepciones desde las que se adoptan las decisiones algorítmicas y se deciden las variables a tener en consideración y su peso en el modelo también pueden generar sesgos por razón de género. Estas decisiones no son neutras, sino que responden a opciones ideológicas o basadas en valores (O'Neil, 2017). De partida, el entrenamiento de un algoritmo exige descomponer la realidad o el perfil de las personas en las múltiples variables que lo componen y elegir aquellas que puedan ser más valiosas para adoptar la correspondiente decisión. Como tal, este proceso de clasificación de las variables valiosas y de aquellas que no lo son entraña *per se* un alto riesgo de discriminación, dado que aquellas situaciones o personas en que no concurren las variables que alimentan el modelo serán consideradas como una “desviación” del parámetro elegido y penalizadas o, cuando menos, no tomadas en consideración (Jaume-Palasi, 2023). Pero lo más importante es que este proceso de clasificación no deja de estar guiado por las concepciones sociales dominantes, ya que lo que sea valioso y lo que no lo sea no es algo completamente objetivo sino fruto de la concepción desde la que se observa la realidad o a las personas (Criado Pérez, 2020). Pues bien, hoy por hoy, tales decisiones responden en mucha medida a un patrón masculino de medida (Aránguez Sánchez, 2022) y, consecuentemente, refuerzan una visión patriarcal de la sociedad (West, 2020).

Un ejemplo puede ayudarnos a ilustrar esta idea. Pensemos en el uso de un algoritmo o sistema de IA para decidir la promoción profesional en una empresa y, por tanto, quienes serán las personas merecedoras de un ascenso. Si las variables tomadas en consideración para ello son la disponibilidad horaria o el número de horas extraordinarias realizadas, probablemente ello refleje una concepción masculina sobre lo que es más valioso para avanzar en la carrera profesional, en este caso, la idea de que una mayor presencia física es sinónimo de una mayor responsabilidad y de un mayor compromiso. ¿Podrían haberse elegido otras variables? Probablemente sí. El grado de responsabilidad y de compromiso de una persona también podrían medirse por el número de permisos para el cuidado de familiares de que ha disfrutado, ya que ello da idea de cómo se asumen por su parte los deberes que le corresponden. Probablemente ello sería más coherente con una concepción menos masculina del sentido de la responsabilidad, que, no obstante, podría ser igualmente valiosa cuando se trata de asumir deberes de carácter laboral. Sin embargo, es casi seguro que, en la actualidad, la concepción dominante sobre la responsabilidad en el trabajo todavía responda más a la primera que a la segunda de las visiones y, por ello, que las variables elegidas para alimentar el algoritmo o la IA sean también las primeras. Lo que tendrá como resultado reproducir el patrón masculino de lo que se considera valioso a los efectos de la carrera profesional y, seguramente, excluir a las mujeres del ascenso en la empresa, ya que ellas suelen tener menor disponibilidad horaria o hacer menos horas extraordinarias por asumir mayor peso en las tareas de cuidado.

Los contextos de poder en que se insertan las decisiones algorítmicas son, por tanto, decisivos (West, 2020). Nutridos con datos y concepciones del contexto, los algoritmos y la IA tienen a reflejar y perpetuar las relaciones de poder existentes en el mismo, de forma que, en contextos donde todavía predomina una lógica o concepción masculina, y no cabe duda de que la empresa es todavía uno de estos contextos, las decisiones algorítmicas reproducirán una y otra vez esta misma lógica o concepción. Por ello es esencial que los equipos de programación sean diversos y que se tengan en cuenta las relaciones de poder existentes en el contexto donde van a insertarse las decisiones algorítmicas (Jaume-Palasi, 2023). La diversidad de visiones en la elaboración de los modelos puede hacer que las decisiones sobre cuáles sean las variables valiosas y las no valiosas o el peso que tenga cada una de ellas a los efectos de adoptar una determinada decisión mediante algoritmos o IA sean más plurales y, por tanto, incorporen, por lo que aquí interesa, concepciones masculinas y femeninas en igual proporción. Por otro lado, debe evaluarse si, en el contexto de que se trate, existe una historia de igualdad o desigualdad previa, de manera que se evite que las desigualdades pasadas y sus fundamentos se reproduzcan en los modelos. Ello parece estar en la base del art. 10.4 de la propuesta europea de LIA, donde se ordena que los conjuntos de datos nutrientes de los algoritmos tengan en cuenta “las características o elementos particulares del contexto [...] conductual o funcional específico en el que se pretende utilizar el sistema de IA de alto riesgo”. Mandato que viene apoyado en su art. 71.3 con sanciones de hasta 30 millones de euros o un 6% del volumen de negocio total mundial de la empresa, en caso de incumplimiento, aunque deben reconocerse las dificultades de su aplicación<sup>18</sup>.

Datos, mundo de la programación y concepciones predominantemente masculinas proyectadas en la elaboración de los modelos hacen que, como acabamos de ver, los sistemas de IA resulten artefactos de alto riesgo para la igualdad de género. Razón por la que debe ponerse especial cuidado en que los logros conseguidos en este terreno mediante las políticas de igualdad, en especial, de igualdad en el empleo, no retrocedan con el avance de la digitalización. Aunque sean modelos matemáticos, los algoritmos y sistemas de IA no pueden estar al margen de los valores y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (Balaguer Callejón, 2022), entre ellos el derecho a la igualdad por razón de sexo, que rigen en todo ámbito, también en el de la producción científica y técnica.

Por lo mismo, los resultados que producen los algoritmos y sistemas de IA no pueden estar al margen de la tutela antidiscriminatoria y sus reglas, que, por difícil que sea, podrán aplicarse igualmente frente a las decisiones adoptadas mediante estas herramientas tecnológicas. Entre ellas, la discriminación directa

<sup>18</sup> Aunque todavía no se conoce el texto definitivo, una de las modificaciones contenidas en la propuesta de la LIA procedente del acuerdo habido el 9 de diciembre de 2023 es el incremento de estas sanciones hasta 35 millones de euros o un 7% del volumen de negocio total mundial de la empresa (Ponce de León, 2023).

y la indirecta, cuando el algoritmo o sistema de IA trate de forma diferenciada a mujeres y varones por el solo hecho de serlo (como, por ejemplo, en supuestos de sexismo en la selección del *target* (Aránguez Sánchez, 2022) donde la publicidad o la oferta de empleo se dirige de forma diferenciada a mujeres y varones bajo la premisa de sus diferentes preferencias, aptitudes o cualificaciones) o el impacto que produzcan las decisiones algorítmicas, aparentemente impersonales o neutras, sea negativo para un sexo respecto del otro (como, por ejemplo, en el caso de tomar como variable que penaliza la promoción profesional el número de permisos por cuidado de que han disfrutado las personas trabajadoras, sabiendo que el impacto negativo de esta decisión se proyectará mayoritariamente sobre las mujeres, que son las que mayoritariamente se acogen a los permisos por cuidados). En ambos casos, además, la responsabilidad por la adopción de la decisión discriminatoria será de quien emplea estas herramientas tecnológicas. En el caso de empresas que emplean algoritmos o sistemas de IA, la responsabilidad ante la discriminación será, así, de la propia empresa, lo mismo que es la empresa la que responde por las decisiones discriminatorias que hayan podido adoptarse por medio de humanos. No se encuentra razón jurídica para que, cuando se trata del uso de herramientas tecnológicas, la empresa se libere de esta responsabilidad objetiva por las consecuencias negativas que producen sus decisiones.

La Carta de Derechos Digitales parece igualmente consciente del riesgo de retroceso en igualdad de género que supone el avance de la IA y pone especial énfasis en que ello no se produzca. Así, en su apartado VIII, dedicado al derecho a la igualdad y no discriminación en el entorno digital, se exige que los procesos de transformación digital vengán guiados por la perspectiva de género y que se adopten medidas específicas “para garantizar la ausencia de sesgos de género en los datos y algoritmos usados”. Por otro lado, en su apartado XIX, dedicado a los derechos en el entorno laboral y empresarial, la Carta de Derechos Digitales prevé que el desarrollo y uso de algoritmos debe someterse a una evaluación de impacto que contemple, en particular, “la perspectiva de género y la proscripción de cualquier forma de discriminación tanto directa como indirecta, con especial atención a los derechos de conciliación”. No cabe duda de que esto es lo que se debe hacer para evitar los sesgos de género de que se ha venido hablando hasta aquí, pero la falta de fuerza jurídica de estas previsiones hace que sólo podamos entenderlas como principios guía para la actuación de los poderes públicos y privados, desprovistos, no obstante, de potencialidad real alguna frente a la discriminación.

Finalmente, no cabe olvidar que, en el ámbito de las relaciones laborales, existe un instrumento específico para el logro de la igualdad de género, que son los planes de igualdad, regulados en los arts. 45 a 47 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>19</sup> y en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y

<sup>19</sup> BOE de 23 de marzo de 2007.

su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos<sup>20</sup>. En ninguno de estos instrumentos jurídicos se hace mención del impacto de las decisiones algorítmicas o adoptadas mediante IA sobre la igualdad de género de la plantilla como objeto específico de consideración. Por tal motivo, en una futura revisión normativa, debieran incluirse dentro de los planes de igualdad medidas específicas al objeto de evitar que el uso de estas herramientas tecnológicas pueda contrarrestar los avances en igualdad de género que ha supuesto el desarrollo de estos planes en las empresas (Aránguez Sánchez, 2022). Las exigencias blandas de la Carta de Derechos Digitales que se acaban de referir bien podrían servir de guía para esta reforma e incorporarse como exigencias con fuerza jurídica a tener en consideración en la elaboración de los planes de igualdad.

## **6. EFECTOS DE LA UTILIZACIÓN DE ALGORITMOS Y SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL PARA GESTIONAR EL TRABAJO: MIRADA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO**

Centramos ahora la mirada sobre las consecuencias de la IA en las relaciones de trabajo. Todo cuanto antecede tiene proyección sobre ellas, pero ahora se pretende dar un paso más y analizar los efectos de la utilización de la IA como herramienta en la toma de decisiones empresariales que afectan a las personas trabajadoras, subrayando, cuando corresponda, los impactos sobre el trabajo de las mujeres y la igualdad de género.

Los primeros análisis de las huellas que deja el empleo de algoritmos e IA en las relaciones de trabajo le deben mucho a la expansión de la economía de plataformas. En ellas, la gestión del trabajo mediante esta clase de herramientas tecnológicas es algo genético o consustancial al propio modelo empresarial. Razón por la que las y los trabajadores de plataformas son probablemente los que mayor conocimiento poseen sobre lo que significa la interacción entre humanos y máquinas en el desarrollo del trabajo (Schulze *et al.*, 2022). Sin embargo, la gestión algorítmica ha saltado desde ahí a otras tantas actividades y hoy podemos encontrar efectos de ella en el sector de la logística, la hostelería, el empleo doméstico o el sanitario (Wood, 2021). Allí donde se capturen datos de las personas trabajadoras, se procesen y de algún modo se utilicen para la gestión de su trabajo podemos estar en presencia de un modelo de toma de decisiones empresariales que se ha dado en denominar gestión algorítmica del trabajo (Baiocco *et al.*, 2022). Existen varias definiciones de aquello en lo que consista este fenómeno, todas ellas coincidentes en que se utilizan algoritmos y sistemas de IA para adoptar decisiones empresariales que afectan a las personas trabajadoras, pero quizá sea

<sup>20</sup> BOE de 14 de octubre de 2020.

la más conocida la de Mateescu y Nguyen (2019, p. 1), para las que “la gestión algorítmica es un conjunto de técnicas y herramientas tecnológicas que permiten gestionar en remoto la fuerza de trabajo y que, basándose en la captura de los datos y la vigilancia de las personas trabajadoras, posibilitan un proceso de toma de decisiones al respecto automatizado o semi-automatizado”.

Las implicaciones de esta forma de gestionar el trabajo son múltiples. Para Mateescu y Nguyen (2019) debe atenderse, fundamentalmente, a los riesgos que ella supone en términos de vigilancia y control de las personas trabajadoras, transparencia, responsabilidad empresarial y, por supuesto, en relación con los sesgos y discriminaciones que tienen la potencialidad de generar. Otros autores ponen el acento en las huellas que la gestión algorítmica deja sobre la asignación y la evaluación del trabajo (Duggan *et al.*, 2020) y otros añaden a ellas la dirección del trabajo y la disciplina de las personas trabajadoras (Wood, 2021). Todas ellas se analizarán en alguna medida a continuación, pero siguiendo una secuencia que nos permita ubicar mejor sus impactos de género.

### **6.1. Evaluación del trabajo mediante inteligencia artificial: estereotipos de género y narrativas sociales dominantes pueden perjudicar a las mujeres**

Si hay algo que caracteriza la gestión algorítmica es la evaluación del trabajo desarrollado mediante ratings y rankings que de algún modo “invisibilizan” la figura del empleador (Boccardo, Castillo y Ojeda-Pereira, 2022). Debe tenerse en cuenta que ello no significa que esta figura haya dejado de existir y haya sido reemplazada por un algoritmo o un sistema de IA. Es más, debiera evitarse la confusión al respecto que pueden provocar eslóganes como el de “tu jefe es un algoritmo”. El empleador sigue existiendo, pero utiliza herramientas como los algoritmos o la IA para la evaluación del trabajo y, por ello, es el empleador el que debe asumir la responsabilidad y las consecuencias de las decisiones que se adopten mediante estas herramientas, como en el pasado asumió la responsabilidad y las consecuencias de las decisiones sobre la evaluación del trabajo adoptadas por humanos. Pues bien, estos ratings y rankings se nutren de puntuaciones adjudicadas por un algoritmo o IA que, a su vez, se alimenta de los datos de las personas trabajadoras considerados valiosos para la adopción de la correspondiente decisión y, en buena parte de las ocasiones, de las evaluaciones de las y los consumidores de los servicios prestados por aquellas (Wood, 2021). Estas evaluaciones pueden condicionar, especialmente en el caso de las plataformas digitales de trabajo, los salarios, los ascensos o, en los casos más extremos, la propia continuidad de la relación laboral (Schulze *et al.*, 2022). Explicado está ya que, en los datos utilizados por el algoritmo o la IA, pueden anidar sesgos y discriminaciones por razón de género. Ello también puede suceder en las evaluaciones realizadas por las y los consumidores.

Estas evaluaciones no son ajenas a las concepciones sociales dominantes sobre el trabajo de mujeres y varones. Así, en casos donde se conoce con antelación

el sexo de la persona que prestará un determinado servicio, bien puede suceder que, por ejemplo, se rechace que sea una mujer la que conduzca el taxi solicitado, computando este rechazo a efectos negativos dentro del algoritmo que evalúa el trabajo de esa mujer. Por otro lado, la evaluación que se realice de la prestación obtenida puede estar igualmente condicionada por los prejuicios o estereotipos de género del o la cliente, que bien pueden llevarle a puntuar más bajo a una mujer que a un varón por el solo hecho de cuál sea su sexo (Aránguez Sánchez, 2022). Todos estos nutrientes con sesgos de género de los algoritmos que evalúan el trabajo desembocarán en consecuencia negativas para las mujeres, que podrán tener menores ingresos, menores posibilidades de promoción profesional o menores posibilidades de estabilidad en el empleo en función de estereotipos de género presentes en la sociedad y trasplantados en los algoritmos y sistemas de IA por la externalización hacia la clientela de las facultades empresariales de evaluación del trabajo.

Ello ocurre igualmente en los supuestos de autoevaluación para la elaboración de perfiles profesionales que, insertos en algoritmos o sistemas de IA, puedan servir para automatizar la decisión sobre el candidato o candidata más idóneo para un determinado puesto de trabajo. La autovaloración que realicen de sí mismas las mujeres, de la que dependerán sus posibilidades de acceso al empleo, puede estar condicionada por la percepción que ellas tengan de su propio trabajo y esta, a su vez, por narrativas sociales ampliamente extendidas que minusvaloran el trabajo de las mujeres. En ello, hay que reconocer que varones y mujeres son ciertamente diferentes. Mientras ellos suelen estar más aquejados de narcisismo, ellas suelen estar más aquejadas de neuroticismo o dudas sobre su propia valía para desempeñar una determinada ocupación (Jaume-Palasi, 2023). Un ejemplo de ello puede observarse en el caso de las plataformas de trabajo en línea, donde la única explicación que se encuentra para que las mujeres pujen por las ofertas que suponen un menor ingreso es que consideran su propio trabajo como de menor valor que el de los varones (Litman *et al.*, 2020). Por esta razón, utilizar las autoevaluaciones para alimentar los algoritmos o sistemas de IA que decidan sobre la persona que resulta más idónea para el empleo puede acabar discriminando a las mujeres.

## **6.2. Deshumanización de las relaciones laborales: margen cero para considerar circunstancias personales**

Es obvio que los sesgos que se acaban de describir pueden estar igualmente presentes en evaluaciones del trabajo que realicen los humanos. El problema es cómo operan los algoritmos. En ellos, los estereotipos y prejuicios enunciados quedan encapsulados y proyectan sus efectos adversos sobre el trabajo de las mujeres sin que quepa matiz, apreciación o duda alguna al respecto, que sí pueden estar presentes en las decisiones humanas. Aunque es difícil encontrar ejemplos de gestión algorítmica ideal o pura, esto es, situaciones donde las decisiones de que se trate estén completamente automatizadas y, por tanto, no haya intervención

alguna de humanos (Wood, 2021), la gestión algorítmica produce como efecto una recomposición de la cadena de mando dentro de la empresa. Los algoritmos y sistemas de IA que evalúan el trabajo han venido a sustituir a una pléyade de mandos intermedios que antes realizaban esta misma función de supervisión y evaluación de las personas trabajadoras, de manera que, aunque la presencia humana todavía permanece, se produce una especie de centralización en las funciones de mando, localizadas ahora en la cúspide de la cadena, que es la que decide las estrategias y objetivos que después se encargan de poner en práctica los modelos matemáticos (Baiocco *et al.*, 2022). Más allá de las consecuencias que ello tenga para el volumen de empleo, lo que importa destacar aquí es el terrible automatismo con el que se toman las correspondientes decisiones dentro de este modelo.

Por expresarlo de un modo gráfico, las decisiones algorítmicas no tienen empatía (Duggan *et al.*, 2020). Son producto de operaciones matemáticas en las que no caben los claroscuros que están presentes en las decisiones humanas (Jaume-Palasi, 2023). Las decisiones algorítmicas poseen, en este sentido, cero flexibilidad y, por tanto, cero capacidad de adaptación a las circunstancias concurrentes. Siendo ello así, parece claro que el avance de la gestión algorítmica augura un tiempo de profunda deshumanización de las relaciones laborales. Ello no tiene por qué producir consecuencias en términos de igualdad de género, aunque dificultará la comprensión de algunos comportamientos en el trabajo que sólo se explican por el diferente peso que el rol de cuidados tiene para mujeres y varones (pensemos, por ejemplo, en súbitas faltas de asistencia provocadas por un problema de salud de hijas e hijos, que seguramente sean más frecuentes en mujeres que en varones), pero es claro que puede volver las relaciones de trabajo mucho más inhóspitas de lo que ya lo son.

También por este motivo hay que valorar positivamente el art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos. Como es sabido, en él se reconoce el derecho de las personas a no ser objeto de decisiones completamente automatizadas que puedan producir efectos jurídicos sobre ellas o afectarles significativamente. Aun con todas las debilidades que presenta este precepto, de escasa o ninguna operatividad en las relaciones de trabajo por las excepciones previstas en su apartado segundo (Lukács y Váradí, 2023), el derecho a obtener, como mínimo, intervención humana en la toma de decisiones automatizadas que se contiene en su apartado tercero podría actuar como un dique de contención frente a las situaciones de automatismo extremo (Wood, 2021). Esta intervención humana podría ser, en efecto, la vía mediante la que se tomaran en consideración dentro de las correspondientes decisiones empresariales los matices, apreciaciones o dudas que no caben en los modelos matemáticos. Aunque no deja de ser paradójico que se exija intervención humana al mismo tiempo que se naturalizan las decisiones algorítmicas, cuando estas tienen por finalidad, justamente, reemplazar a los humanos en la toma de decisiones.

### **6.3. “Opresión algorítmica”, asimetría de información y transparencia: también las mujeres se ven afectadas**

La utilización de algoritmos y sistemas de IA para la gestión de las relaciones laborales produce también el efecto de disciplinar a las personas trabajadoras. Lo mismo que en cada una de las fases de la evolución de las relaciones de producción han podido identificarse las fórmulas de control y disciplina de las personas trabajadoras empleadas (control directo por la persona del empleador, control mediante técnicas de organización científica del trabajo, control burocrático mediante reglas previamente establecidas o control normativo mediante la inoculación del compromiso de las y los trabajadores con los intereses de la empresa), en la gestión algorítmica, los algoritmos y sistemas de IA tienen por función someter el comportamiento de las y los trabajadores a sus dictados (Boccardo, Castillo y Ojeda-Pereira, 2022). Donde mejor se observa ello es en las plataformas digitales de trabajo, pero el fenómeno no está exento en otra clase de empresas en que se ha implantado la gestión algorítmica, especialmente en los centros comerciales y en los almacenes (Wood, 2021).

La primera fórmula de control es de carácter técnico: en apariencia, las personas que trabajan en plataformas digitales de trabajo tienen completa autonomía para conectarse a ellas, para aceptar o rechazar tareas o servicios o para decidir cuánto tiempo permanecen conectadas. Es más, dado que no hay una persona a la que se pueda imputar las órdenes para la organización del trabajo, uno de los sentimientos más habituales de las personas que trabajan en plataformas es la autonomía con que lo hacen, lo que, a su vez, facilita la penetración de la idea de que se es un/a trabajador/a autónoma/a. Sin embargo, los algoritmos o sistemas de IA están programados para que la libertad de las personas trabajadoras sea realmente mínima (Duggan *et al.*, 2020). Escaso tiempo para localizar un paquete en un almacén o para repartirlo; escaso tiempo para aceptar o rechazar la tarea o servicio sin tener conocimiento de sus características esenciales (tiempo disponible o ingresos que supone); métricas y puntuaciones en tiempo real sobre cuánto tiempo se tarda en realizar una tarea o servicio o de cómo se realiza o de qué opinión tiene la clientela sobre ello de las que depende el ranking que ocupa la persona trabajadora y, por tanto, la cantidad de trabajo a la que tendrá acceso, así como la cantidad de ingresos que ello supondrá; estímulos o *nudges* para que se presten servicios en lugares o tiempos donde se preferiría no hacerlo (Boccardo, Castillo y Ojeda Pereira, 2022; Wood, 2021).

Esta operativa puede también albergar sesgos de género. Las mediciones de tiempos o respuestas frente a los estímulos conductuales pueden no tener en cuenta condiciones que afectan de manera diferente a mujeres y varones. Por ejemplo, los tiempos en que una persona se ausenta para ir al cuarto de baño, que suelen ser más elevados y frecuentes en el caso de las mujeres. Si ello condiciona la puntuación que alberga el algoritmo o el sistema de IA, es claro que las mujeres resultarán

perjudicadas. Lo mismo sucederá en el caso de los *nudges* que impulsan el trabajo en fines de semana o en días festivos o, incluso, en zonas con especial peligrosidad, que seguramente condicionarán de un modo diferente a mujeres y varones, en función de cuáles sean sus responsabilidades en el cuidado de familiares o la percepción que ambos poseen sobre su seguridad. Probablemente la respuesta de los varones a estos *nudges* será positiva, incrementando su puntuación y mejorando su posición en el correspondiente ranking, mientras que es probable que la de las mujeres sea negativa y ello empeore su puntuación y su posición en el ranking (EIGE, 2021).

En todo caso, lo anterior compone un panorama donde la libertad de la persona trabajadora es ciertamente limitada. De hecho, la capacidad para disciplinar el comportamiento de las personas trabajadoras que poseen los algoritmos es tan invasiva y puede adentrarse en tantos aspectos del trabajo y de la propia persona trabajadora que difícilmente puede entenderse que alguien puede trabajar bajo las instrucciones de un modelo matemático de forma autónoma. Al contrario, es bien probable que, como hace la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales<sup>21</sup>, deba presumirse la dependencia de la persona trabajadora respecto de las órdenes de la empresa y, por tanto, la existencia de un contrato de trabajo entre ambas en casos donde exista, como en las plataformas digitales de trabajo, la gestión algorítmica. En estos casos, el margen de libertad de la persona para separarse de las instrucciones del algoritmo o sistema de IA es tan estrecho, que presumir su dependencia respecto de la empresa que emplea estas herramientas tecnológicas parece, en efecto, la solución jurídica más coherente.

Por otro lado, lo anterior también genera una fórmula de control blando o normativo (Boccardo, Castillo y Ojeda-Pereira, 2022; Duggan *et al.*, 2020). Existe una evidente asimetría de información sobre cómo se articula este sistema, ya que, mientras la empresa conoce todas las claves de las decisiones algorítmicas, las personas trabajadoras apenas conocen nada sobre ellas, en muchos casos, incluso, ni siquiera conocen estar sometidas a decisiones derivadas de un modelo matemático. Esta falta de información hace que las y los trabajadores vayan, si se permite la expresión, a ciegas y que la único que intenten es adaptarse una y otra vez a las instrucciones del algoritmo o IA para obtener buenas puntuaciones y acceder así a los beneficios que ello produce (O'Neil, 2017). Ello es un factor de disciplina descomunal, pues exige una especie de fidelidad permanente a las imposiciones de los algoritmos o sistemas de IA a fin de no perder posición en los rankings y obtener el trabajo, las condiciones de trabajo y los ingresos deseados (Sangcheol y Ryoo, 2023; Baiocco *et al.*, 2022).

<sup>21</sup> BOE de 29 de septiembre de 2021.

Para remediar esta asimetría de información y sus consecuencias en términos de “opresión algorítmica” es esencial la transparencia. Para empezar, las personas trabajadoras deben conocer que están sometidas a gestión algorítmica, sin embargo, la transparencia no termina ahí. Los algoritmos y sistemas de IA se alimentan con datos personales y con opiniones de terceros y ambos tienen impacto sobre las condiciones de trabajo. Por tal motivo, las personas trabajadoras deben conocer los datos que la empresa captura sobre ellas y aquellos que provienen de la opinión de terceros y tener la capacidad de impugnar estos últimos si los consideran arbitrarios o inadecuados, dado el impacto que proyectan sobre su trabajo. Como se dijo antes, esta parece ser, al menos parcialmente, la finalidad del art. 15 del Reglamento General de Protección de Datos, que permite a las personas trabajadoras requerir de la empresa información sobre, entre otros aspectos, las categorías de datos personales que esta recolecta y la existencia de decisiones automatizada, en cuyo caso debe también informarse sobre su lógica operativa y las consecuencias que producen para el trabajador/a.

Sin embargo, el ejercicio de este derecho por parte de las y los trabajadores posee importantes limitaciones. La primera de ellas es que aún no está reconocido como tal dentro de las relaciones de trabajo, lo que no favorece que se utilice como algo común o natural dentro de ellas. Esta es una característica de prácticamente toda la normativa sobre derechos digitales en el ámbito de la Unión Europea y también en España (piénsese en el propio Reglamento General de Protección de Datos o en el proyecto de LIA o en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en el caso de nuestro país). Las normas que disciplinan estos derechos son, por lo general, de carácter transversal, lo que de algún modo dificulta su adecuación a y su actuación en los diferentes contextos sectoriales en que deban ser de aplicación (Jaume-Palasi, 2023). Por otra parte, el derecho de acceso de las y los interesados no va más allá de la mera información, sin que se atribuya a estos capacidad alguna sobre la gobernanza de datos y algoritmos. Ello ha hecho que algunos autores defiendan la necesidad de ir más lejos y reconocer un derecho de las personas trabajadoras a la “autodeterminación” sobre sus datos, que incluya no sólo la información sobre aquellos que se recolectan por la empresa y su cadena de valor, sino también la capacidad de influir en su análisis y, de este modo, en su impacto sobre la relación laboral (Baiocco *et al.*, 2022), algo que debe reconocerse sobrepasa la capacidad de actuación que jamás haya tenido un trabajador o trabajadora a título individual dentro de su contrato de trabajo. Finalmente, no debe olvidarse que este es un derecho puramente individual y que el ejercicio de derechos individuales dentro de la relación de trabajo viene condicionado de forma decisiva por el contexto de asimetría de poder existente dentro de ella. En contextos de estas características, el ejercicio de derechos individuales presupone un empoderamiento por parte de las personas trabajadoras que no siempre se posee, lo que en ocasiones convierte estos derechos en puro “papel mojado”.

Así las cosas, el reconocimiento de un deber de transparencia de carácter colectivo cuyos destinatarios sean los sindicatos o demás fórmulas de representación de las personas trabajadoras es, como ya se explicó anteriormente, esencial para contraponerse a la “opresión algorítmica”. Tal es la función que, en principio, posee el art. 64.4.d del Estatuto de los Trabajadores, procedente también de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de las plataformas digitales. Pero este deber de la empresa de informar a la representación de las personas trabajadoras sobre “los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a las toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo” no incluye información alguna sobre los datos que la empresa recolecta sobre las personas de la plantilla (Gómez Gordillo, 2021) ni tampoco previsión alguna sobre cómo evitar los sesgos que produzcan las decisiones algorítmicas, incluidos los sesgos por razón de género (Ginés i Fábregas, 2021). Por tal motivo, para que exista un verdadero contrapeso al poder empresarial desarrollado mediante algoritmos o sistemas de IA, debe hacerse uso de la negociación colectiva, de forma que los deberes de transparencia se configuren y conciban por sus destinatarios como precondiciones o prerrequisitos para esta última (Wood, 2021).

En este sentido, entre las experiencias más novedosas al respecto, se hallan las previsiones del acuerdo colectivo suscrito el 17 de diciembre de 2021 entre los sindicatos CC.OO. y UGT y la empresa Takeway Express, S.L. (Just Eat)<sup>22</sup>. En este acuerdo, además de adoptar reglas sobre los datos que pueden nutrir los algoritmos y aquellos que no pueden hacerlo, en particular la prohibición de utilizar el sexo de las personas, justamente para evitar discriminaciones basadas en esta condición, se articula un modelo de gobernanza colectiva de los datos y algoritmos que utiliza esta plataformas de reparto. A tal fin se crea una comisión de composición paritaria, denominada “comisión algoritmo”, que será la encargada de gestionar de forma compartida entre los sindicatos y la empresa todos los aspectos relativos a las decisiones algorítmicas. Por el momento, esta comisión apenas ha comenzado su funcionamiento, pero es un ejemplo de cómo la negociación colectiva puede ir más allá del mero deber de información sobre datos, algoritmos o sistemas de IA por parte de la empresa y condicionar las decisiones que se adopten utilizando estas herramientas tecnológicas (Rodríguez Fernández, 2024).

<sup>22</sup> [https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT\(1\).pdf](https://www.ccoo-servicios.es/archivos/Acuerdo%20Sindicatos%20JUST%20EAT(1).pdf). Este acuerdo colectivo no ha sido publicado en el BOE porque no se ha suscrito bajo la forma de convenio colectivo, sino que procede de un acuerdo adoptado en un procedimiento de mediación ante el Servicio Confederal de Mediación y Arbitraje.

#### **6.4. Flexibilidad total: fragmentación, mercantilización, precarización y cero posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar**

Existe, por último, un efecto del uso de algoritmos y sistemas de IA que podríamos denominar fragmentación, mercantilización y precarización del trabajo (Baiocco *et al.*, 2022). La utilización de algoritmos o sistemas de IA permite el emparejamiento en tiempo real de la oferta y la demanda de productos y servicios. Ello permite, a su vez, calcular con total precisión dónde, cuándo y cuánta fuerza de trabajo será necesaria para satisfacer las demandas de la clientela y dirigir por medio de órdenes o *nudges* conductuales el número estrictamente necesario de personas regidas por algoritmos o IA hacia el lugar o el tiempo estrictamente necesarios para hacerlo (O’Neil, 2017). Esta es una de las principales ventajas competitivas que supone la utilización de la gestión algorítmica para las empresas (además del ahorro de costes en mandos intermedios). Sin embargo, para el trabajo, ello implica la posibilidad de fragmentar la prestación de trabajo y utilizar por parte de la empresa el fragmento estrictamente necesario, por el tiempo estrictamente necesario y en el lugar estrictamente necesario (Wood, 2021).

Esta posibilidad cambia radicalmente la forma en que hemos entendido la provisión de trabajo hasta el momento. Ahora es posible “comprar” el trabajo estrictamente preciso para satisfacer la demanda de productos o servicios que, en un determinado momento y lugar, tenga la empresa, necesidades que se conocen en tiempo real por la utilización de algoritmos e IA y su capacidad de pronóstico sobre cómo y cuándo se producen las demandas de las y los consumidores (Duggan *et al.*, 2020). Esto es lo que se considera como comercialización del trabajo, esto es, la “compra” del pedazo o fragmento de trabajo necesario para satisfacer en el tiempo y lugar precisos y acotados las demandas de bienes y servicios. Lo cual es poco parecido a la contratación de una persona que desarrollará personalmente su actividad profesional a lo largo del tiempo y en un lugar prefijado, normalmente, por la localización de la empresa. Las instituciones laborales que conocemos sobre el salario o el tiempo de trabajo están pensadas para este último modelo, pero apenas encajan con la posibilidad de “comprar” los fragmentos de trabajo que facilita el empleo de algoritmos e IA por parte de la empresa.

Lo anterior puede dar lugar a un proceso de precarización más intenso aún que el existente, en el sentido de propender relaciones de trabajo de muy corta duración, inestables en su duración en el tiempo y que dan lugar a ingresos igualmente inestables y, por regla general, muy moderados. Más aún, esta despersonalización del trabajo, donde el foco se pone en el trabajo en sí y no en la persona que lo realiza, es el caldo de cultivo perfecto para el cuestionamiento del propio contrato de trabajo, que siempre hemos entendido con un carácter de *intuitu personae*. “Comprar” trabajo se parece mucho más a contratar un servicio que a una persona para que lo realice, lo que favorece la utilización del trabajo autónomo, propio de la contratación de servicios, en detrimento del contrato de trabajo, propio de

la contratación de personas. Por último, la propia configuración de la empresa se ve comprometida por estos procesos de fragmentación y comercialización del trabajo. Mediante la utilización de algoritmos o sistemas de IA pueden coordinarse fragmentos de trabajo dispersos a lo largo y ancho del mundo, sin necesidad de tener más factor de producción que las herramientas tecnológicas necesarias y más ubicación que una aplicación en los teléfonos móviles u ordenadores de las personas trabajadoras.

No es la anterior una visión distópica del trabajo y la empresa. Es una realidad que ya existe. Las plataformas digitales de trabajo en línea son el paradigma de cuanto se acaba de explicar y, más que empresas con presencia física, son mercados de trabajo virtuales y globales donde se “compran” y “venden” fragmentos de trabajo a cambio de un precio, sin más apoyo para su operativa que los algoritmos o sistemas de IA que lo hacen posible.

Más allá de las consecuencias que ello tenga para el desarrollo de las relaciones laborales y su regulación, materias que no son el objeto de estas páginas, importa destacar el efecto que esta flexibilidad total produce sobre el trabajo de las mujeres. La forma de proveerse de trabajo por parte de las empresas que hacen posible los algoritmos y sistemas de IA tiene un impacto directo sobre las posibilidades reales de conciliación de la vida laboral y familiar (O’Neil, 2017). Resulta realmente muy complejo combinar las responsabilidades familiares con el trabajo cuando este puede variar constantemente de tiempo y lugar. Ello hace prácticamente inviable planificar cuándo se estará trabajando y, por tanto, cuándo se podrán atender las responsabilidades familiares que correspondan.

Ello no afecta en igual medida a mujeres y varones, porque tampoco ambos asumen en igual medida las responsabilidades de cuidado de familiares. Las tareas de cuidado siguen estando feminizadas y la mayoría de quienes ejercen permisos, excedencias, teletrabajo u otras medidas vinculadas a la conciliación de la vida familiar y laboral son mujeres. Miremos a España. De acuerdo con los últimos datos del Instituto de las Mujeres<sup>23</sup>, en 2022, el 88% de las personas que solicitaron excedencias por cuidado de hijos e hijas y el 79% de aquellas que solicitaron excedencias por cuidado de otros familiares son mujeres. Por su parte, según datos de la Encuesta de Población Activa (4T2023)<sup>24</sup>, el 93% de las personas que trabajan a tiempo parcial por motivo de asumir responsabilidades familiares son igualmente mujeres. Dándose aún esta enorme desproporción entre mujeres y varones en la asunción de las responsabilidades familiares, es más que probable que la fragmentación, comercialización y precarización del empleo por obra de algoritmos y sistemas de IA que se acaba de describir afecte de forma negativa mucho más a las mujeres que a los varones, dado que también las limitaciones a la

<sup>23</sup> <https://www.inmujeres.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm>

<sup>24</sup> <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4181>

conciliación entre vida familiar y laboral que ello supone condicionan mucho más a las mujeres que a los varones.

Los resultados en términos de empleo que ello puede provocar son una mayor dificultad de las mujeres para acceder al mercado de trabajo, ya que, sin posibilidades de conciliación, muchas de ellas renunciarán a hacerlo, o una ubicación de su actividad en ámbitos donde sea posible desarrollar su trabajo pero, al tiempo, atender sus responsabilidades de cuidado. En este sentido, se está dando un fenómeno realmente paradójico. Mientras que ya antes se ha explicado cómo las mujeres escasean en los puestos de trabajo vinculados con la tecnología, en general, y el desarrollo de algoritmos y sistemas de IA en particular, empieza a haber una importante proporción de mujeres trabajando en plataformas digitales de trabajo en línea realizando tareas que guardan relación con algoritmos y sistemas de IA, pero en la base de ellos, esto es, limpiando y suministrando el ingente volumen de datos que su desarrollo precisa.

Así, de acuerdo con datos del *Online Labour Index 2020*<sup>25</sup>, en los Estados Unidos, donde el 41% de las personas que trabajan en plataformas en línea son mujeres, el 51,4% de ellas se dedican a tareas administrativas y al suministro de los datos nutrientes de la IA. Ello sucede también en Reino Unido, donde el porcentaje de mujeres que trabajan en plataformas digitales en línea es del 36,8% y, de entre ellas, el 37,9% tienen por ocupación en la plataforma las tareas administrativas y el suministro de datos para la IA. Ucrania e India tienen también una significativa proporción de mujeres realizando estas tareas (respectivamente, 21,9% y 24,3% del total de aquellas que trabajan en plataformas en línea). Más aún, existen estudios que muestran cómo trabajar desde el domicilio es la principal razón para trabajar en plataformas en línea por parte de las mujeres y cómo 1 de cada 4 de ellas tienen hijas e hijos menores de 6 años (Rani, Gobel y Dhir, 2022). La conexión de estos datos con las posibilidades de conciliar la vida laboral y familiar que ofrece el trabajo en plataformas en línea parece evidente.

En definitiva, se puede estar produciendo, como resultado del uso de algoritmos y sistemas de IA, una polarización del empleo de las mujeres en relación con estos instrumentos tecnológicos. En la cúspide, donde se hallan los puestos de trabajo más directamente vinculados con la elaboración de los modelos matemáticos, apenas tienen presencia las mujeres. Sin embargo, en la base, donde se limpian y suministran los datos que alimentan los algoritmos y sistemas de IA, las mujeres tienen una presencia destacable. El problema de esta polarización es que, para empezar, cronifica el rol de cuidado de las mujeres, ya que su empleo en relación con los algoritmos y la IA viene condicionado por la posibilidad de conciliar mejor su vida laboral y su vida familiar. Además, mientras los puestos de la cúspide, en una sociedad que avanza hacia una mayor digitalización, están

<sup>25</sup> Disponibles en <http://onlinelabourobservatory.org/oli-supply/>

mejor valorados social y económicamente y son visibles en la esfera pública, los puestos de trabajo de la base están menos valorados social y económicamente y son invisibles en la esfera pública, pues en la mayor parte de las ocasiones se realizan desde el domicilio de la persona trabajadora. Una nueva desigualdad de género que cabe imputar a los algoritmos y la IA.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Aránguez Sánchez, T. (2022) “Sesgos sexistas de los algoritmos e inteligencia artificial”. En: Aránguez Sánchez, T. y Olariu, O. Coords. *Algoritmos, teletrabajo y otros grandes temas del feminismo digital*. Madrid: Dykinson, pp. 71-88.

Baiocco, S. et al. (2022) *The Algorithmic Management of Work and its Implications in Different Contexts*. Sevilla: European Commission.

Balaguer Callejón, F. (2022) *La constitución del algoritmo*. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad.

Boccardo, G., Castillo, A. y Ojeda-Pereira, I. (2022) “Beyond Algorithmic Control: Ordering and Delivery Platforms Labor Process in the Chilean Retail Production Network”, *Journal of Labor and Society*, pp. 1-38.

Brynjolfsson, E. y McAfee, A. (2014) *The Second Machine Age. Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies*. New York: W. W. Norton & Company.

Collet, C., Neff, G. y Gouvea Gomes, L. (2022) *Los efectos de la IA en la vida laboral de las mujeres*. París: UNESCO, BID y OCDE.

Criado Pérez, C. (2020) *La mujer invisible. Descubre cómo los datos configuran un mundo hecho por y para los hombres*. Barcelona: Seix Barral.

Duggan, J. et al. (2020) “Algorithmic management and app-work: A research agenda for employment relations and HRM”, *Human Resource Management Journal*, 30, pp. 114-132.

EIGE (2021) *Artificial intelligence, platform work and gender equality*. Vilnius: EIGE.

Ginés y Fábregas, A. (2021) “El derecho a conocer el algoritmo: una oportunidad perdida de la “Ley Rider””, *IUSLabor*, pp. 1-5.

Gómez Gordillo, R. (2021) “Algoritmos y derecho de información de la representación de las personas trabajadoras”, *Temas Laborales*, 157, pp. 161-182.

ITU (2022) *Measuring digital development: Facts and Figures 2022*. Geneva: ITU.

Jaume-Palasi, L. (2023) *Informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la inteligencia artificial*. Madrid: Ministerio de Igualdad.

- Litman, L. et al. (2020) “The Persistence of Pay Inequality: The Gender Pay Gap in an Anonymous Online Labor Market”, *PloS One*, 15 (2).
- Lukács, A. y Váradi, S. (2023) “GDPR-compliant AI-based automated decision-making in the world of work”, *Computer Law & Security Review*, 50, pp. 1-14.
- Mateescu, A. y Nguyen, A. (2019) *Algorithmic Management in the Workplace*. New York: Data & Society.
- O’Neil, C. (2017) *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*. Madrid: Capitán Swing.
- Ponce de León, A. (2023) “The AI Act: deregulation in disguise”, *Social Europe*. Disponible en: <https://www.socialeurope.eu/the-ai-act-deregulation-in-disguise> [Consultado 13-12-2023]
- Rani, U., Gobel, N. y Dhir, R. K. (2022) “Experiences of women on online labour platforms: insights from global surveys”. En: *Global Perspectives on women, work, and digital labour platforms*. Barcelona: Digital Future Society, pp. 13-23.
- Rodríguez Fernández, M.L. (2024) “Collective bargaining on IA: the experience in Spain”. En Ponce de León, A. Ed., *Artificial intelligence, labour and society*. Brussels: ETUI, en prensa.
- Rodríguez Fernández, M. L. (2020) *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*. Albacete: Bomarzo.
- Sangcheol, P. y Ryoo, S. (2023) “How Does Algorithm Control Affect Platform Workers’ Responses? Algorithm as Digital Taylorism”, *Journal of theoretical and applied electronic commerce research*, 18 (1), pp. 273-288.
- Schulze, L. et al. (2022) “Algorithmic Unfairness on Digital Labour Platforms: How Algorithmic Management Practices Disadvantage Workers”, *Forty-Third International Conference on Information Systems* (Copenhagen).
- Srnicek, N. (2017) *Platform Capitalism*. Cambridge: Polity Press.
- Stanford University (2023) *The AI Index Report*. Stanford: Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence.
- Toffler, A. (1980) *The Third Wave*. New York: William Morrow and Company.
- West, S. M. (2020) “Redistribution and recognition: A Feminist Critique of Algorithm Fairness”, *Catalyst: Feminism, Theory, Technoscience*, 6 (2), pp. 1-24.
- Wood, A. J. (2021) *Algorithmic Management. Consequences for Work Organization and Working Conditions*. Sevilla: European Commission.
- Zuboff, S. (2020) *La era del capitalismo de la vigilancia*. Barcelona: Paidós.



# LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO AUTONÓMICO SOBRE EL ESTATAL Y SU IMPACTO EN LA ESTRUCTURA NEGOCIADORA

INMACULADA MARÍN ALONSO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-8871-1020

## EXTRACTO

**PALABRAS CLAVE:** estructura de la negociación colectiva; concurrencia de convenios; prioridad aplicativa del convenio autonómico

El establecimiento heterónimo de una nueva regla de preferencia aplicativa entre convenios colectivos puede incidir sobre la estructura de la negociación colectiva y los criterios de aplicación de las normas laborales. Este estudio pretende poner de relieve el hipotético impacto que puede tener una nueva regla de prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal conforme al acuerdo político alcanzado entre el PSOE y PNV con ocasión de la investidura de Pedro Sánchez como Presidente del gobierno en la XV legislatura. Dicho acuerdo se reflejó en la modificación del art. 84 ET mediante el RDLey 7/2023, de 19 de diciembre, si bien esta norma se derogó por el Congreso de los Diputados ante la falta de convalidación del mismo por desacuerdos en la regulación del subsidio por desempleo. Ello, sin embargo, sólo retrasará algo más la plena efectividad de la renovada preferencia del convenio colectivo autonómico sobre el estatal, la cual parece dar carta de naturaleza al marco vasco de relaciones laborales e introduce un principio de favorabilidad que, en la práctica, parece traducirse en la admisión de la técnica del espiguelo normativo.

## ABSTRACT

**KEY WORDS:** *structure of collective bargaining; concurrence of agreements; priority of application*

*The heteronomous establishment of a new rule of preferential application between collective agreements may have an impact on the structure of collective bargaining and the criteria for the application of labour standards. This study aims to highlight the hypothetical impact that a new rule of priority of application of the regional collective agreement over the state collective agreement may have in accordance with the political agreement reached between the PSOE and the PNV when Pedro Sánchez was invested as President of the government in the 15th legislature. This agreement was reflected in the modification of art. 84 ET by means of RDLaw 7/2023, of 19 December, although this regulation was repealed by the Congress of Deputies due to the lack of validation of the same due to disagreements on the regulation of unemployment. This, however, will only further delay the full effectiveness of the renewed preference of the regional collective agreement over the state collective agreement, which seems to give the Basque framework of labour relations its own character and introduces a principle of favourability which, in practice, seems to be translated into the admission of the technique of regulatory gouging.*

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL «MARCO VASCO DE RELACIONES LABORALES»
3. LOS «ACUERDOS MARCO» O «ACUERDOS INTERCONFEDERALES»: SU EVOLUCIÓN E IMPACTO SOBRE LA ESTRUCTURA NEGOCIADORA
4. LA TENDENCIA CENTRALIZADORA DE LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES SOBRE ESTRUCTURA NEGOCIADORA
5. LA DESCENTRALIZACIÓN LEGAL DE LAS UNIDADES NEGOCIADORAS: EL IMPULSO HETERÓNOMO DE PREFERENCIAS APLICATIVAS EN ÁMBITOS INFERIORES AL ESTATAL
  - 5.1. La preferencia aplicativa de los convenios de empresa en supuestos de concurrencia con convenios de cualquier nivel
  - 5.2. La preferencia aplicativa del convenio colectivo autonómico en caso de concurrencia con convenio de ámbito estatal
6. BREVE ACERCAMIENTO AL IMPACTO DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO AUTONÓMICO SOBRE LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES

### 1. INTRODUCCIÓN

El RD Ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, introdujo de manera solapada una importante modificación en materia de concurrencia de convenios colectivos que afectaba directamente a la estructura de la negociación colectiva. En tal sentido, la reforma efectuada sobre el art. 84 ET pretendía reforzar el papel de la negociación colectiva de ámbito autonómica sobre la estatal con el fin de dar respuesta a las reivindicaciones políticas y socioeconómicas del territorio vasco. No obstante, dicha norma fue derogada el pasado 12 de enero mediante la Resolución de 10 de enero de 2024<sup>1</sup> al no convalidarse la misma en el Congreso de los Diputados, si bien ha mantenido los efectos desplegados durante su vigencia (del 21 de diciembre de 2023 al 12 de enero de 2024).

Ello no significa que el fomento de la preferencia del convenio autonómico sobre el estatal en caso de concurrencia no sea una realidad en breve pues, como veremos, la mayor afectación del convenio estatal por el autonómico durante su vigencia es el resultado de un acuerdo político entre el PSOE y PNV de cara a la investidura como Presidente del Gobierno de Pedro Sánchez en la XV legislatura. Honrar este acuerdo implica, sin duda, que dicha preferencia verá pronto la luz, en iguales o parecidos términos a lo establecido en el derogado RD Ley 7/2023.

<sup>1</sup> BOE nº 11 de 12 de enero de 2024.

Es por ello que este estudio intentará abordar la intensidad de la renovada regla de preferencia y su impacto sobre la estructura de la negociación colectiva, teniendo en cuenta que la estrategia utilizada no es reformar el art. 83 ET, vía tal vez más adecuada para ordenar dicha estructura, sino reformar el art. 84 ET sobre concurrencia de convenios colectivos para introducir, heterónomamente, una nueva unidad negociadora preferente, la de ámbito autonómico. La posibilidad de afectación de un convenio estatal por otros convenios de ámbito inferior no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico, pues desde hace más de una década el ámbito de empresa goza de preferencia aplicativa en determinadas materias frente a lo dispuesto en un convenio estatal negociado antes en el tiempo; y, en la misma línea, la posibilidad de afectación del convenio estatal por un convenio de ámbito autonómico también estaba recogida previamente en la normativa laboral, pero su efectividad se dejaba, hasta ahora, en manos de la propia autonomía colectiva y no de la ley, dando lugar a resultados poco satisfactorios en las autonomías con sujetos colectivos propios y con alta representatividad en su territorio<sup>2</sup>.

El fomento de concretas unidades negociadoras o el establecimiento de preferencias aplicativas entre las mismas afecta directamente a la estructura de la negociación colectiva aunque dicho término sea, en realidad, un concepto vago o de difícil definición<sup>3</sup>, haciendo referencia en los sistemas anglosajones a la unidad de contratación, al criterio de organización de los sujetos negociadores o al procedimiento de elaboración de acuerdos, mientras que en los países continentales se reconduce al conjunto de unidades de contratación y a los convenios colectivos, así como a las relaciones que mantienen entre sí dichas unidades o, incluso, al conjunto de acuerdos colectivos existentes y sus relaciones en un ámbito determinado<sup>4</sup>. En todo caso, el conjunto de reglas que regulan la negociación colectiva, ya sea en una fase previa al acuerdo o durante la vigencia del propio convenio, conforman la estructura negociadora, la cual se verá nuevamente afectada, de forma heterónoma, por el alcance de la reciente preferencia aplicativa real del convenio de ámbito autonómico.

<sup>2</sup> Señala Gorelli Hernández, J.: “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, AAVV *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Coord. Gorelli Hernández y Marín Alonso, Tecnos, 2013, pág. 61, que la reforma laboral de 2012 volvía en esta materia a la idea originaria del legislador de 1994 que pretendía favorecer el ámbito autonómico de negociación colectiva frente a una estructura ya establecida de convenios estatales. Advierte que “Sin embargo, al hablarse en la regulación anterior de convenios de ámbito superior a la empresa que pudieran afectar a convenios que sean de ámbito aún superiores, se daba pie a que los convenios de sector provinciales tomasen nuevo vigor y en la práctica se cuestionasen no sólo los convenios estatales sino, también los autonómicos”.

<sup>3</sup> Hacen referencia al carácter multívoco de la expresión Valdés Dal Re, F.: “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Política Social* nº 137, 1983; Mugnolo, JP.: *Estructura de la negociación colectiva, intervención estatal y su influencia en la configuración*, Edit. Universidad de Granada, 2013.

<sup>4</sup> En detalle puede verse Ojeda Avilés, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, 1998, pág. 538.

Por otro lado, las reglas de concurrencia no sólo condicionan y alteran la propia negociación colectiva<sup>5</sup> sino que influyen en las relaciones que se instauran entre las distintas unidades negociadoras y los principios que rigen las mismas tal como intentaremos poner de relieve en este estudio. En tal sentido, la estructura de la negociación colectiva, caracterizada por la libertad de las partes en su determinación y la complejidad de las unidades negociadoras basada en la existencia de múltiples ámbitos negociadores, se moldea y limita, en definitiva, por las reglas de concurrencia del art. 84 ET que van a permitir, por un lado, una mayor flexibilidad laboral o adaptación de las empresas o los territorios a sus características particulares y, por otro, un pluralismo sindical reforzado que rediseña en ciertos niveles la capacidad de negociar de determinados sindicatos.

## 2. EL «MARCO VASCO DE RELACIONES LABORALES»

Como se ha indicado, la preterida reforma del art. 84 ET viene propiciada por un acuerdo político entre el PSOE y EAJ-PNV para la investidura de Pedro Sánchez como presidente del Gobierno español en la última legislatura. El objetivo es dar respuesta a una antigua aspiración del PNV: la creación de un “Marco Vasco de Relaciones Laborales”<sup>6</sup>. Esta reivindicación estuvo ya presente en el debate de convalidación del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo<sup>7</sup>, motivando el rechazo del Gobierno a dar carta de naturaleza a dicha aspiración la falta de apoyo del PNV a dicha convalidación. Las circunstancias cambiaron, sin embargo, en el acuerdo de investidura del pasado noviembre de 2023, dando renovada entidad al mencionado marco de relaciones laborales conforme a las declaraciones del portavoz del grupo parlamentario vasco de EAJ-PNV<sup>8</sup>. Este marco viene propulsado por un hecho

<sup>5</sup> Martín Valverde, A.: “Artículo 84. Concurrencia”, *AAVV Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, Vol. 2<sup>a</sup>, 1995, pág. 7; Gorelli Hernández, J.: “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, *ob. cit.*, pág. 55.

<sup>6</sup> Véase Kaiero Uria, A.: “Sindicatos y marco vasco de relaciones laborales”, *Revista Internacional de los Estudios Vascos*, RIEV nº 44, 1, pág. 90.

<sup>7</sup> Publicada en el BOE nº 313, de 30 de diciembre de 2021 y convalidado en el Congreso de los Diputados mediante la Resolución de 3 de febrero de 2022 (BOE Anº 33, de 8 de febrero de 2022).

<sup>8</sup> Véase las declaraciones de Aitor Esteban en <https://congreso.eaj-pnv.eus/es/noticias/55082/aitor-esteban-el-acuerdo-logrado-nos-hace-mas-y-me-que-explica-que>: “Este acuerdo nos hace más y mejor País, al desarrollar y profundizar en nuestro autogobierno presente y futuro; amplía los derechos de miles de trabajadores y trabajadoras, haciendo realidad la reivindicación histórica de la prelación de convenios y solucionando los problemas del cooperativismo”. Añade que “Ha sido un empeño de EAJ-PNV desde siempre y es para la mejora de las personas trabajadoras porque la prevalencia se dará en caso de que esos convenios sean favorables para ellos y ellas”. Un logro que responde a las necesidades socioeconómicas diferenciadas del territorio con el que se da

indiscutible: la existencia de un sindicalismo propio muy fuerte que ostenta una posición hegemónica respecto a los sindicatos nacionales. Esta circunstancia se aprecia fácilmente en los datos oficiales sobre representación sindical que, en 2023, otorgan a ELA-STV el 40,98% de la representación total en la comunidad vasca y a LAB el 19,84%, mientras que CCOO cuenta con el 18,63% de la representación sindical en la misma y UGT con un 10,7%, situándose estos últimos, desde hace décadas, en la tercera y cuarta fuerza sindical en el territorio vasco<sup>9</sup>. Es por ello que garantizar, como hasta ahora, la mera presencia de los sindicatos más representativos de comunidad autónoma en la negociación estatal de los convenios interconfederales que, *ex art.* 83 ET, ordenan la estructura negociadora no satisfacía la especial posición jurídica de los mismos en el País Vasco<sup>10</sup>, y reclamaban que fuera la ley -y no la autonomía colectiva- la que impusiera una particular unidad negociadora de ámbito autonómico.

La postergada reforma del art. 84 ET no responde, sin embargo, a una clara o pausada planificación del mapa de la estructura de la negociación colectiva en nuestro país ni ha venido precedida de negociación con los agentes sociales en el marco de la concertación o el diálogo social<sup>11</sup>. Es por esto último que dicha circunstancia no ha sido bien acogida ni por parte de la organización empresarial mayoritaria del país que considera que la prevalencia de la negociación de ámbito autonómico sobre el estatal en determinadas materias “atenta contra la unidad de mercado a nivel nacional, en dirección contraria, precisamente, a los esfuerzos que a nivel europeo y aún dentro de la presidencia española del Consejo de la UE, se están desarrollando para reforzar la unidad de mercado como elemento fundamental de competitividad”<sup>12</sup>, ni por los sindicatos mayoritarios de ámbito

cumplimiento además al compromiso adquirido por EAJ-PNV con la Comunidad Autónoma Vasca a través de su programa electoral en las pasadas elecciones de julio. Para ello, se modificará el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores [...]”.

<sup>9</sup> Téngase en cuenta que, en 1980, el sindicato ELA representaba el 25,62% de los trabajadores del País Vasco y LAB el 5%; en 1994, ELA representaba el 40% de los mismos y LAB el 15%.

<sup>10</sup> Recuérdese que las únicas CCAA con sindicatos más representativos de ámbito autonómico conforme a las reglas de los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical son ELA-STV y LAB en el País Vasco y CIG en Galicia. Esta última cuenta con el 29,34 de representación en la comunidad gallega.

<sup>11</sup> Este acuerdo es plenamente coincidente con la Proposición de Ley admitida a trámite sobre la modificación del art. 84 ET registrada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) de 25 de octubre de 2023. Una crítica a la falta de reflexión sobre la materia puede verse en Cruz Villalón, J.: “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, *ON Economía Opinión*, 27 de diciembre de 2023, [www.elnacional.cat](http://www.elnacional.cat).

<sup>12</sup> <https://www.ceoe.es/es/sala-de-prensa/notas-de-prensa/comunicado-ceoe-cepyme-sobre-prevalencia-de-los-convenios>

estatal<sup>13</sup>, que recuerdan que es en la concertación social y no en espacios bilaterales entre el Estado y una o más Comunidades Autónomas donde debería abordarse las reformas estatutarias y de seguridad social<sup>14</sup>. Tal situación merma, sin duda, la confianza de los sindicatos mayoritarios en la buena sintonía de sus relaciones con el Gobierno, pero no se esperan ni movilizaciones sindicales ni enérgicas protestas por parte de los mismos al respecto.

La situación que provoca la posible reforma del art. 84 ET en aras a facilitar una mayor afectación del convenio estatal no deja de ser curiosa porque, como señala un sector de la doctrina, parece que la nueva regla de preferencia del nivel autonómico de negociación no va a tener un impacto muy elevado en el conjunto de España, pudiendo ser incluso menor en el País Vasco que en otras Comunidades Autónomas de carácter pluriprovincial, sobre todo, en Cataluña o Valencia donde existe un mayor desarrollo de la negociación autonómica<sup>15</sup>. Sea como fuere, la estructura negocial deja de ser una cuestión plenamente marcada por la autonomía colectiva en nuestro país y se convierte en un instrumento para atender otros intereses de corte político, sindical, social o económico<sup>16</sup>.

Ello desvela, en definitiva, que la capacidad para invadir espacios o crear unidades de negociación y facilitar con ello que éstas sean más o menos abiertas o estables no es una decisión tan autónoma como antes. Ello no rompe, sin embargo, con el principio general que establece que vigente un convenio colectivo no puede verse afectado por otro (art. 83.1 ET) ya que este principio es el que se encarga de otorgar estabilidad a la estructura de la negociación colectiva<sup>17</sup>. La prioridad del convenio negociado antes en el tiempo se mantiene, por tanto, como regla

<sup>13</sup> <https://www.ugt.es/ugt-y-ccoo-istan-pedro-sanchez-reunir-el-dialogo-social-y-restaurar-confianzas>

<sup>14</sup> <https://www.ugt.es/comunicado-de-ugt-y-ccoo-sobre-acuerdo-psoe-pnv>

<sup>15</sup> Señala Cruz Villalón, J.: “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, ob. cit., que los efectos prácticos de la reforma van a ser menores, cuando no marginales en el funcionamiento del conjunto del mapa de la negociación colectiva. Señala que la nueva regla va a tener escasa incidencia en el País Vasco debido a que el número de convenios autonómicos en dicho territorio es muy reducido (en 2019 apenas alcanza 19 convenios) dado que la mayoría se regula por convenios provinciales (510 convenios). Comparativamente entiende que el peso de los convenios autonómicos es superior en once Comunidades Autónomas respecto al País Vasco y que sólo en cinco resulta inferior.

<sup>16</sup> Ya señaló López Anierte, C.: *La concurrencia de convenios colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 47 que las nuevas reglas de concurrencia sirven para facultar a los interlocutores sociales para modificar la estructura negocial de cada momento y adaptarla a sus intereses y a las transformaciones económicas, organizativas o productivas. En el mismo sentido, Gorelli Hernández, J.: “Las reglas sobre concurrencia entre convenios en el ordenamiento español”, *Derecho&Sociedad* n° 37, pág. 74.

<sup>17</sup> Gorelli Hernández, J.: “La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral”, *Temas Laborales* n° 108 (2011), página 15; Sala Franco, T.: *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, página 80

general aplicable, aunque la ocupación de nuevos espacios por otros convenios colectivos no va a dejar a aquella regla inalterada ya que, en la práctica, la facilidad o dificultad de crear o suprimir unidades de negociación vendrá propiciada por la búsqueda efectiva de un cambio en las condiciones de trabajo.

### 3. LOS «ACUERDOS MARCO» O «ACUERDOS INTERCONFEDERALES»: SU EVOLUCIÓN E IMPACTO SOBRE LA ESTRUCTURA NEGOCIADORA

Antes de analizar las unidades de negociación y la prevalencia de unas sobre otras conviene detenerse brevemente en el análisis de los acuerdos marco o interconfederales concebidos para regular la estructura de la negociación colectiva<sup>18</sup> y que, a día de hoy, parecen tener un menor impacto en el diseño de la misma tras el traslado a la ley y no a la autonomía colectiva de la conformación de la unidad negociadora. Conviene recordar que estos acuerdos han favorecido a lo largo de los años un modelo de negociación colectiva centralizada de base estatal, motivo por el que, desde algunas Comunidades Autónomas, se les ha acusado de imponer una suerte de dictadura convencional<sup>19</sup>.

Los acuerdos marco sobre estructura de la negociación colectiva tuvieron un impulso importante con la reforma laboral de 1994<sup>20</sup> y fueron concebidos como

<sup>18</sup> Villavicencio Ríos, A.: *Los Acuerdos Marco sobre estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Comares, Granada, 1998.

<sup>19</sup> Mercader Uguina, JR: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos* Vol. 3, 2021, pág. 118.

<sup>20</sup> Ley 11/1994, de 19 de mayo, por el que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (BOE nº 122 de 23 de mayo) dio redacción al art. 84 ET en los siguientes términos: “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el número 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente. En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los Sindicatos y las Asociaciones Empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán en un ámbito determinado que sea superior al de empresa negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la Comisión Negociadora en la correspondiente unidad de negociación. En el supuesto previsto en el párrafo anterior se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica”. Entre tales convenios puede verse, por ejemplo, el Acuerdo para la Negociación Colectiva 1997 (BOE 6 de junio); el Acuerdo para la Negociación Colectiva de 2002 (BOE 17 enero), el Acuerdo para la Negociación Colectiva 2003 (BOE 24 de febrero) y su prórroga para 2004 (BOE 31 diciembre 2003), el Acuerdo para la Negociación colectiva 2005 (BOE 16 de marzo) y su prórroga para 2006 (BOE 10 febrero), el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010, 2011 y 2012 (BOE 22 febrero 2010), el

un instrumento negocial que limitaba la autonomía colectiva de las unidades negociadoras inferiores, diferenciándose de sus antecesores de los años ochenta en su no abstención de regulaciones estructurales que repartían competencias materiales entre los distintos niveles de negociación<sup>21</sup>. Estos acuerdos, regulados en el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores y enmarcados como subtipo negocial en los denominados “interconfederales” o “interprofesionales”, demostraron que el sistema español de relaciones industriales estaba lo suficientemente maduro para poder autorregular el funcionamiento interno del mismo, dando libertad a los agentes sociales para decidir por sí mismos la articulación de la negociación colectiva. Esta madurez se evidenciaba, por tanto, en la atribución a la autonomía colectiva del papel central en dicha articulación, alejándose de la imposición legal de épocas pasadas, marcadas por la existencia de «unidades apropiadas de negociación»<sup>22</sup>. No obstante, el éxito de tales acuerdos en los primeros años de implantación fue muy reducido pues, como advirtió un sector de la doctrina laboralista, las estadísticas oficiales no le atribuyeron un gran impacto en la estructura negociadora del país<sup>23</sup>.

En cualquier caso, los acuerdos interconfederales sobre estructura negociadora no acabaron en dicho momento ni con la criticada atomización de las unidades de negociación que favorecía la libertad de fijación por las partes negociadoras (art. 83.1 ET) ni, por ende, con la descentralización convencional de las mismas,

II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE 6 de febrero), el V Acuerdo sobre Solución Autónoma de conflictos laborales 2012-2016 (BOE de 23 de febrero), el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos (BOE 14 de junio de 2013), el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20 de junio), el IV Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2018, 2019, 2020 (BOE 18 julio 2018), el VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (BOE 23 diciembre 2020) o el V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (BOE 31 de mayo 2023).

<sup>21</sup> El origen de los Acuerdos puede apreciarse en la Ley de Convenios Colectivos de 1973 que, por un lado, introdujo una solución específica a la concurrencia de convenios y, por otro lado, consagró los acuerdos «marco», «cuadro» o «pauta», estableciendo diversos tipos de acuerdos que versaban sobre cuestiones estructurales, con carácter exclusivo o no y que el profesor Villavicencio calificó “como antecedentes singulares de las tres figuras recogidas en el artículo 83 ET (acuerdos interprofesionales, convenios colectivos y acuerdos sobre materias concretas). Tales antecedentes, sin embargo, tuvieron una efectividad nula, derogándose en 1977. Al respecto, Villavicencio Ríos, A.: *Los Acuerdos Marco...*, ob. cit., pág. 88.

<sup>22</sup> Véase la Ley de Convenios Colectivos de 1958 y la de 1973, siendo esta última la que introdujo una solución específica al tema de la concurrencia de convenios colectivos y consagró los acuerdos marco, denominados también convenios pauta. Al respecto, véase, Molero Manglano, C.: “Tendencias unificadoras en la regulación colectiva de las condiciones de trabajo”, *AAVV Quince lecciones sobre convenios colectivos*, Universidad de Madrid, 1976, págs. 188.

<sup>23</sup> Salido Banús, JL.: *La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial*, Atelier, 2001, págs. 168-170 y 176. Véase, también, Cruz Villalón, J.: “La estructura de la negociación colectiva y el AINC de 1997”, *Tribuna Social* nº 89, 1998. Véase, por otro lado, la Memoria 2001 sobre la situación socioeconómica y laboral de España del Consejo Económico y Social de 2000.

marcadamente en el ámbito de empresa. Ninguna de tales circunstancias fue valorada negativamente por los agentes sociales ya que ambos aspectos permitían que la negociación colectiva funcionara también como un instrumento de gestión y competitividad de las empresas. Es más, la búsqueda de mayores dosis de flexibilidad laboral sobreentendía que la regulación autónoma era la más propicia y ágil para adaptarse a posibles cambios tecnológicos o productivos o atender a las necesidades cambiantes del mercado o del sistema productivo en la economía de mercado.

Pero, pese al escaso éxito inicial, y en palabras del profesor Ojeda, los “acuerdos marco” sobre estructura siempre se han considerado en el ordenamiento jurídico español como “superconvenios” que, desde la atalaya del art. 83.2 TRET, permitían observar la madurez del sistema de relaciones laborales<sup>24</sup>. La naturaleza, contenido y eficacia de dichos acuerdos marco desvelaba su condición de convenios sectoriales de concretas ramas de actividad que incluían reglas de jerarquía respecto de otros convenios negociados en su mismo ámbito de aplicación al ordenar la estructura negocial, el reparto de contenidos y los conflictos de concurrencia, a la vez que disfrutaban de la eficacia normativa de cualquier otro convenio colectivo en cuanto manifestación del derecho a la negociación colectiva protegido por el art. 37.1 de la Constitución española, regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Esto último los diferenciaba, sin duda, de esos otros instrumentos negociales que desde finales de los años setenta se incluían en la llamada «concertación social» y eran concebidos como instrumentos de colaboración o diálogo entre los sindicatos y las asociaciones empresariales que, con o sin la intervención específica del Gobierno, alcanzaban acuerdos sobre las condiciones de trabajo y otras materias de ámbito económico o socio-laboral<sup>25</sup>. La concertación social fue sobrepasada, en pocos años, por el denominado «diálogo social» que, si bien compartía con la anterior figura la naturaleza de pacto político se diferenciaba, entre otras cuestiones, en que el tratamiento de determinadas cuestiones se dejaba para su profundización en otros niveles, sin garantizar, por tanto, la adopción de acuerdo<sup>26</sup>. Es, precisamente,

<sup>24</sup> Ojeda Avilés, A.: *Prologo* al libro de Alfredo Villavicencio Ríos *Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*, Comares, 1998, pág. XXI.

<sup>25</sup> En esta categoría se inserta el *Acuerdo Nacional de Empleo de 9 de junio de 1981*, negociado entre el Gobierno, la Confederación española de organizaciones empresariales (CEOE-CEPYME), la Confederación sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT); o el *Acuerdo Económico y social de 10 de octubre de 1984*, negociado entre los mismos actores, salvo CCOO. Puede encontrarse algún pronunciamiento judicial que, erróneamente, califica a estos acuerdos como Acuerdos Marco (véase la STC de 25 de noviembre de 1986 ECLI:ES:TC:1986:146). En la doctrina puede verse AAVV.: *La concertación social tras la crisis*, Coord. Ojeda Avilés, Ariel, 1990.

<sup>26</sup> Entre estos acuerdos se encuentra al *Acuerdo sobre el control sindical de la contratación de 31 de enero de 1990*, suscrito entre el Gobierno y los sindicatos (sin la patronal) en relación al desarrollo de los arts. 15 y 64.1 del ET; el *Acuerdo Tripartito en materia de formación continua*

en este fenómeno negocial donde se inserta el reciente V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva<sup>27</sup> para el período 2023-2025 que, según su preámbulo “pretende buscar desde la negociación colectiva la mejora de la situación de las empresas y el mantenimiento del empleo y de las condiciones laborales y, también, enriquecer los contenidos de la negociación colectiva y adaptarlos a los cambios y realidades que se van produciendo en la sociedad, en la economía y en el mercado de trabajo, así como a abordar contenidos que contribuyan a tajar problemas estructurales como la desigualdad entre mujeres y hombres o preservar la seguridad y salud de las personas trabajadoras”<sup>28</sup>. Este acuerdo no aborda, sin embargo, ninguna regla de preferencia entre convenios o ámbitos negociadores, ni limita o se reserva materias de negociación, ni prevé mecanismos de solución de conflictos, constituyendo su contenido meras recomendaciones a los negociadores de cualquier ámbito, pero no puede dejar de señalarse que los sucesivos convenios para el empleo y la negociación colectiva han tenido el mérito de establecer lo que un sector de la doctrina ha calificado como un “diseño ideal de ordenación del mapa negocial español, basado en el predominio de los convenios colectivos estatales y en su articulación con otras unidades inferiores, que es el que ha guiado la actuación de los interlocutores sociales desde entonces”<sup>29</sup>. El V AENC reivindica especialmente el espacio propio que le corresponde a la autonomía colectiva y el papel que desempeñan los interlocutores sociales en la consecución de mejoras para los trabajadores, intentando recuperar también la pérdida de protagonismo que los agentes sociales han tenido últimamente en la defensa de los intereses que les son propios<sup>30</sup>. Ello se contrarresta, sin embargo, con el nulo papel que han tenido los agentes sociales más representativos en el ámbito nacional en el diseño de la estructura de la negociación colectiva con la última reforma del art. 84 ET.

de los trabajadores ocupados de 22 de diciembre de 1992; el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social de 9 de octubre de 1996, el Acuerdo interconfederal para la estabilidad en el empleo de 28 de abril de 1997; el Acuerdo sobre trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad de 13 de noviembre de 1998 o el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social de 9 de abril de 2001.

<sup>27</sup> BOE nº 129, de 31 de mayo de 2023.

<sup>28</sup> Este acuerdo bipartito se firmó el 10 de mayo de 2023 entre las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal (CEOE-CEPYME, por las primeras, y CCOO y UTG, por las segundas). Este último sindicato ha puesto de manifiesto, una vez más, la importancia del diálogo social como instrumento esencial para el avance social y el bienestar de los trabajadores. No sólo representa una modernización de los contenidos para adaptarlos a los nuevos retos del trabajo, sino que sigue la estela de sus antecesores en varios aspectos: por un lado, intenta condicionar el desarrollo de los convenios colectivos que puedan efectuarse durante su vigencia y, por otro, no tiene eficacia normativa.

<sup>29</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M.: “El II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva”, *Temas Laborales* nº 115, 2012, pág. 64.

<sup>30</sup> Véase Olarte Encabo, S.: “V Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (V AENC): entre la necesidad social, la oportunidad política y la reivindicación de un espacio”, *Briefs AEDTSS* nº 35, 2023, pág. 2.

Puede observarse, en todo caso, que las recientes reformas laborales han ido limitando progresivamente el papel de los acuerdos interconfederales que, con carácter general, tendían a centralizar los niveles negociadores. Es por ello que los acuerdos marco sobre estructura negocial se desprenden progresivamente de parte de su papel originario pues, a partir de ahora, no podrán establecer reglas de articulación o preferencia que afecten ni al ámbito empresarial ni al autonómico de negociación -con la excepción en este último caso del principio de favorabilidad- debido a la nueva opción legal que contiene el acuerdo político para modificar el art. 84 ET. Tales acuerdos no podrán afectar a los niveles descentralizados como antes, despojándolos del carácter dispositivo que disfrutaron en otras épocas como sucedió, por ejemplo, con la reforma de la negociación colectiva de 2011<sup>31</sup> que estableció la posibilidad de alterar de todas las reglas de concurrencia a través de los acuerdos interconfederales debido al carácter dispositivo que le atribuyó la ley. Es por ello que los acuerdos *ex art. 83.2 ET* dejarán de cumplir una de sus funciones básicas al no poder limitar la autonomía colectiva de otras unidades inferiores de negociación (la autonómica y la empresarial), centrándose en la ordenación de ámbito estatal. En todo caso, parece que el incremento de la descentralización hacia niveles autonómicos podrá permitir una mejora de las condiciones laborales en el territorio vasco, pero podrá producir el efecto contrario en otras Comunidades Autónomas que, probablemente, verán una mayor centralización de la negociación estatal.

#### **4. LA TENDENCIA CENTRALIZADORA DE LOS ACUERDOS INTERCONFEDERALES SOBRE ESTRUCTURA NEGOCIADORA**

Los acuerdos interconfederales se han abrogado, conforme al art. 83 ET, numerosas posibilidades en relación a la estructura negocial. Estas posibilidades engloban, por ejemplo, el derecho de opción por fórmulas centralizadas o descentralizadas de negociación, la concesión de preferencia aplicativa de unos convenios sobre otros, la fijación de reglas para resolver conflictos entre convenios de distinto ámbito, la reserva materias de determinados niveles negociadores o, incluso, excluir la posibilidad de negociar concretas materias en diversos ámbitos<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> Véase el RD Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE nº 139, de 11 de junio).

<sup>32</sup> La redacción originaria del art. 83.2 ET en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 disponía que “Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”. Un ejemplo de acuerdo marco actual puede verse en el *V Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones*

El contenido de estos acuerdos ha marcado, por tanto, la estructura negocial de todo el país, situándose en una posición privilegiada respecto de otros productos negociales<sup>33</sup>. Es más, la evolución del propio art. 83 del Estatuto de los Trabajadores a lo largo de los años ha desembocado en la extensión de la misma posibilidad a otros ámbitos funcionales y territoriales ya que no sólo “las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito [...]”, sino que también podrán pactarse tales cláusulas “en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria ...”<sup>34</sup>, es decir, la legitimación requerida en el Estatuto de los Trabajadores para negociar convenios supraempresariales (arts. 87 y 88 ET), extendiendo la titularidad desde las federaciones más representativas hasta las representativas del sector (art. 87.2c) ET)<sup>35</sup>.

La ampliación de los ámbitos territoriales, funcionales y subjetivos para negociar estos acuerdos marco o sobre estructura negociadora visualiza la

*laborales en el sector de la estiba portuaria* (BOE nº 118, de 18 de mayo de 2022) cuyo art. 4 regula la estructura negociadora en los siguientes términos: “En virtud de lo dispuesto en el artículo 83.2 en concordancia con el artículo 84 del ET, se acuerda la siguiente estructura para la negociación colectiva en el sector: a. El Acuerdo sectorial de ámbito estatal. b. Convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito autonómico, provincial o de un puerto o grupo de puertos. c. Convenio o acuerdos colectivos de pluralidad de empresas titulares del servicio portuario de manipulación de mercancías que estén vinculadas en razón a su adscripción a un puerto regulados en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2017. Esta estructura no limita el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legalmente legitimados para negociar en ámbitos distintos a los previstos en el párrafo anterior, sin perjuicio del compromiso de los firmantes de no promover la negociación colectiva en ámbitos distintos de los indicados anteriormente”.

<sup>33</sup> Al respecto, véase Ojeda Avilés, A.: “La concurrencia de convenios colectivos”, *Revista de Política Social* nº 89, págs. 47 y ss. El *VII Convenio colectivo general del sector de la construcción* (BOE nº 228, de 23 de septiembre de 2023) dispone en el apartado 2 de su art. 11 que “Las representaciones sindicales y empresariales firmantes expresan su voluntad de que el presente Convenio general constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en todo el sector de la construcción. A tal fin establecen que los ámbitos inferiores al estatal se deberán remitir al presente Convenio general en todas las materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T. y todo ello dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio general”.

<sup>34</sup> Esta redacción fue incorporada al Estatuto de los Trabajadores por el RDLey 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE nº 139, de 11 de junio).

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, el *XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin nivel concertado ni subvencionado* (BOE nº 87 de 12 de abril de 2022); también, véase el *VI Acuerdo Laboral para el sector de la hostelería* (BOE nº 59 de 19 de enero de 2023) cuyo art. 10 dispone que “El presente Acuerdo, además de su condición

importancia que los mismos tienen para la ordenación de las relaciones laborales, pero desvela igualmente que las reformas laborales de 1994 y 2011 no sirvieron para impulsar de manera efectiva la negociación colectiva de ámbito autonómico. Ello se debió a diversas razones como, por ejemplo, al dato de que la afectación a los convenios estatales podía venir de la mano no sólo de un convenio autonómico sino, también, de cualquier otro convenio de ámbito superior a la empresa e inferior al estatal, o, también, al hecho de que la afectación del convenio estatal por el autonómico estaba condicionada a la decisión o arbitrio del propio convenio estatal (art. 84.3 ET)<sup>36</sup>.

En la misma línea expansiva se sitúa también la posibilidad de que las organizaciones de trabajadores y empresarios más representativas, estatales o autonómicas, puedan también “elaborar acuerdos sobre materias concretas”, siendo un ejemplo destacable de estos últimos los sucesivos Acuerdos sobre solución autónoma de conflictos colectivos<sup>37</sup> -el último acuerdo vigente es el VI ASAC,

de convenio colectivo sobre materias concretas, tiene naturaleza de acuerdo marco y de estructura, de los regulados en el artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores. 2. Este Acuerdo ostenta una posición de renovada preeminencia en el sistema de negociación colectiva en el sector de hostelería, siendo el mismo el único con competencia en todo el sector en la determinación de la estructura de la negociación colectiva, las reglas para resolver los conflictos de concurrencia de convenios de distinto ámbito, y las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores. 3. Las materias contenidas y reguladas en el presente Acuerdo quedan reservadas al ámbito estatal sectorial, salvo que expresamente la Comisión Negociadora del Acuerdo establezca lo contrario, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores. Los textos articulados de los convenios colectivos de ámbito inferior o específico no podrán en ningún caso reproducir literalmente los contenidos del presente Acuerdo cuando se trate de artículos o materias regulados en el mismo, debiendo limitarse los otorgantes de tales acuerdos a hacer, en su caso, una remisión al mismo. 4. Cuando se revisen o negocien nuevas materias y se incorporen al contenido del presente Acuerdo, las partes determinarán en cada caso si las mismas quedan reservadas al ámbito del mismo, no pudiendo negociarse en consecuencia en otros ámbitos inferiores ni distintos, o si su regulación puede resultar complementada por otras disposiciones convencionales en otras unidades de negociación colectiva, en los términos que se establezca por la Comisión Negociadora de este Acuerdo [...]”. 5. Las partes establecen la estructura de la negociación colectiva en todo el sector de hostelería en base al presente Acuerdo, los convenios colectivos subsectoriales estatales específicos que, en su caso, se acuerden, y los convenios colectivos sectoriales de ámbito de comunidad autónoma o provincial, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 8 del presente artículo.

<sup>36</sup> Dicho precepto, en la redacción dada por el RD Ley 7/2011 señala que “Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal [...]”.

<sup>37</sup> Véase el vigente VI Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE nº 334, de 23 de diciembre de 2020) que en su preámbulo señala que “como muestra de esa apuesta por el diálogo social, el artículo 83.3 del Estatuto de los Trabajadores nos otorga facultades normativas para formular acuerdos sobre materias específicas que nos han permitido promover áreas de especial trascendencia, como el empleo y la formación profesional o la solución de los conflictos laborales”.

publicado el 23 de diciembre de 2020<sup>38</sup>, y el primero el ASEC de 25 de enero de 1996<sup>39</sup> - o los sucesivos Acuerdos Estatales sobre materias concretas y cobertura de vacíos que pueden afectar a la estructura negociadora<sup>40</sup>. Todos los acuerdos alcanzados mediante el art. 83 ET, regulen o no la estructura negocial, presentan la ventaja de tener el tratamiento previsto para los convenios colectivos, es decir, eficacia normativa y personal general.

La delimitación objetiva del acuerdo interconfederal es, en definitiva, no sólo compleja sino, también, muy amplia y comprende no sólo los acuerdos marcos celebrados entre las grandes centrales sindicales y patronales, sino también, como ya hemos indicado, los acuerdos federales suscritos por los mismos que, en la práctica, se sustancian en convenios generales de ámbito estatal en los que, además, hay que distinguir entre cláusulas puramente convencionales de aplicación directa e inmediata y aquellas otras que ordenan la negociación colectiva mediante el establecimiento de reglas estructurales<sup>41</sup>. Así, aunque no se establece una relación de jerarquía entre el nivel estatal y el autonómico en el art. 83.2 ET, lo cierto es que el ámbito estatal ha disfrutado hasta ahora de una posición privilegiada al tener la posibilidad de determinar mediante los acuerdos marco o interconfederales las materias que se pueden negociar en los demás ámbitos -art. 84.3 ET-, ostentando el máximo poder de determinación en la estructura supraempresarial. Además, la reserva legal de determinadas materias para el ámbito estatal -art. 84.4 ET- o la prohibición en dicho marco de que los ámbitos territoriales inferiores aborden determinadas materias proporciona, sin duda, una posición privilegiada al ámbito

<sup>38</sup> BOE nº 334, de 23 de diciembre de 2020.

<sup>39</sup> BOE nº 34, de 8 de febrero de 1996.

<sup>40</sup> Señala el Título preliminar del VI Acuerdo estatal sobre materias concretas y cobertura de vacíos del sector cementero (BOE nº 128, de 30 de mayo de 2022) que el mismo consta de una parte de aplicación directa (cuyo contenido será de aplicación directa a todas las empresas incluidas en el ámbito funcional del presente Acuerdo, con absoluta independencia de la existencia o no de convenios colectivos de ámbito inferior que regulen estas materias, por lo que la regulación que sobre estas materias se contiene en el presente Acuerdo será de aplicación preferente a lo que pudieran establecer en relación a las mismas los convenios colectivos de inferior ámbito, y otra parte de aplicación supletoria (se configura en determinadas materias como derecho supletorio de los Convenios Colectivos vigentes a la fecha del mismo en las empresas del sector, y por tanto no afectando a dichos Convenios Colectivos, siendo sustitutivo de la Ordenanza Laboral de Construcción, Vidrio y Cerámica, sirviendo de referencia para las nuevas y futuras negociaciones colectivas que se realicen, y constituyendo derecho supletorio de primaria aplicación, respecto de las materias que regula, en ausencia de norma aplicable derivada de la autonomía colectiva en el ámbito legal que le corresponda). En virtud de ello, respetando el principio y las normas estatutarias sobre concurrencia, esta parte de aplicación supletoria no afectará a las unidades de contratación que, a la fecha de suscripción del presente Acuerdo, se hayan dotado de norma convencional colectiva, cualquiera que fuere su ámbito territorial, personal o temporal, y siempre que su ámbito funcional sea coincidente con el que se regula en el presente Acuerdo. Véase, también, el VI AEMCCV del sector cementero de 2023, publicado mediante Resolución de 4 de septiembre de 2023 (BOE nº 228, de 23 de septiembre de 2023).

<sup>41</sup> Ojeda Avilés, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2012, pág. 443.

estatal. Como indica Del Rey<sup>42</sup>, “de poco puede servir ostentar un poder de decisión respecto a posibles niveles inferiores en el ámbito autonómico si después es la instancia estatal la que puede determinar qué se puede negociar en los mismos”. Es por ello que, en la práctica, se había producido una centralización de la negociación colectiva supraempresarial en favor del ámbito estatal que coexistía con la descentralización de la unidad negociadora inferior de ámbito de empresa -no de ámbito menor- debido a la expresa preferencia legal aplicativa de determinadas materias en dicho ámbito (art. 84.2 ET)<sup>43</sup>. Es esta última descentralización la que se vio reforzada el pasado mes de diciembre en el RD Ley 7/2023 -y que se confirmará en los próximos meses en otro instrumento legal- en la medida en que será la ley la que extienda ahora al ámbito autonómico una real preferencia aplicativa a los convenios negociados en dicho ámbito que, sin embargo, sólo entrará en juego en las materias que favorezcan al trabajador respecto de las pactadas en el ámbito estatal, valorándose ello como una descentralización relativa. Si el convenio autonómico no aporta mayores ventajas en determinadas materias a los trabajadores incluidos en su ámbito territorial, será el convenio estatal o, en su caso, el primer convenio negociado en el tiempo el que despliegue su eficacia aplicativa.

## **6. LA DESCENTRALIZACIÓN LEGAL DE LAS UNIDADES NEGOCIADORAS: EL IMPULSO HETERÓNOMO DE PREFERENCIAS APLICATIVAS EN ÁMBITOS INFERIORES AL ESTATAL**

El análisis de la estructura negociadora nos lleva a centrar la atención sobre el nivel o niveles de negociación en que las partes desarrollan su función normativa, teniendo en cuenta como punto de partida que sólo a los representantes de los trabajadores y a los empresarios o sus representantes les corresponde decidir, libremente, el nivel en el que van a negociar, aunque en ciertas ocasiones la autonomía de las partes ceda ante lo dispuesto en la ley. La elección de la unidad negociadora puede realizarse, por tanto, de manera autónoma con carácter general, o heterónoma con carácter especial, si bien esta última va ganando terreno frente a aquella en los últimos tiempos. Dicha elección es, en todo caso, una cuestión técnica y de enorme relevancia pues decide no sólo el reparto de protagonismo entre los agentes sociales sino, también, la cuota de poder de los anteriores en los diferentes ámbitos territoriales, personales y funcionales<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Del Rey Guanter, Luque Parra, Calzada Oliveras y Ginés Fabrellas en *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma laboral de 2012*, Ministerio de Asuntos Sociales, 2016, pág. 10.

<sup>43</sup> Descentralización avalada constitucionalmente por la STC 119/2014, de 16 de julio (ECLI:ES:TC:2014:119) y STC 8/2015, de 22 de enero (ECLI:ES:TC:2015:8).

<sup>44</sup> En el mismo sentido, Cruz Villalón, J.: “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, ob. cit., pág. 2.

El art. 83 del Estatuto de los Trabajadores siempre ha estado fuertemente marcado por la impronta descentralizadora del art. 84 ET sobre preferencias aplicativas en caso de concurrencia de convenios<sup>45</sup>, incidiendo sobre la estructura negociadora y el reparto de materias a regular en determinados niveles negociadores. Dicha descentralización se hizo muy palpable con la reforma laboral de 2012<sup>46</sup> que otorgó preferencia aplicativa absoluta al convenio colectivo de empresa en determinadas materias sobre el convenio colectivo de sector de cualquier ámbito, provocando ello la fuerte intervención del legislador en una materia, la estructura negocial, que genuinamente era de corte convencional. Actualmente, la descentralización puede llegar más allá al producirse una nueva preferencia aplicativa, esta vez relativa o no absoluta, a favor del ámbito autonómico de negociación cuando concorra con un convenio estatal, provocando ello, a su vez, la centralización negociadora en el ámbito autonómico respecto a convenios de ámbito inferior, señaladamente, los convenios de los territorios históricos de la Comunidad Autónoma vasca<sup>47</sup>. Ello es así porque la preferencia aplicativa se limita al ámbito estrictamente autonómico, dejando al margen de éstos a los convenios colectivos de ámbito inferior negociados dentro de la Comunidad Autónoma<sup>48</sup>.

Así las cosas, se confirmará en la práctica que el convenio de mayor preferencia ya no es el primero negociado en el tiempo, sino que en supuestos de concurrencia lo será, en primer lugar, el convenio de ámbito de empresa en

<sup>45</sup> Al respecto véase Gorelli Hernández, J.: “Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Relaciones Laborales* nº 9, 2013, págs. 35 y ss; del mismo autor, véase, “Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios colectivos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012.

<sup>46</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado laboral. La modificación del art. 84 quedó de la siguiente manera: «2. La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.»

<sup>47</sup> [https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/5229/es\\_2287/CONVENIOS\\_BIZKAIA.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/5229/es_2287/CONVENIOS_BIZKAIA.pdf)

<sup>48</sup> En el mismo sentido, Cruz Villalón, J.: “Concurrencia entre convenios colectivos: preferencia aplicativa de los autonómicos”, ob. cit. pág. 2.

determinadas materias señaladas en la ley o en aquellas atribuidas por convenios colectivos sobre estructura de máximo nivel y, en segundo lugar, el convenio colectivo de ámbito autonómico en las materias que mejore al convenio estatal, salvo en las materias prohibidas por el legislador en el art. 84.4 ET. El convenio colectivo estatal negociado primero en el tiempo verá reducido así su campo de actuación y desplegará su eficacia con diferente alcance: en el ámbito de empresa, en las materias que no están específicamente atribuidas como preferentes en el mismo por la ley o la negociación colectiva y, en el ámbito autonómico, en cualquier materia no prohibidas expresamente por el legislador cuando contenga mayores beneficios o ventajas que el convenio estatal. La complejidad de esta ordenación es evidente, pudiéndose llegar a aplicar hasta tres convenios colectivos de distinto ámbito a la vez. Es por ello que puede afirmarse, en definitiva, que las reglas de concurrencia reguladas en el art. 84 ET limitan de manera intensa el ámbito de actuación propio de la autonomía colectiva y establecen desde la ley afectaciones absolutas o parciales de otros convenios colectivos que afectan a la estructura negociadora de todo el país.

### **5.1. La preferencia aplicativa de los convenios de empresa en supuestos de concurrencia con convenios de cualquier nivel**

La literatura sobre la preferencia aplicativa del convenio de empresa es muy abundante y exhaustiva<sup>49</sup> y no es nuestro objetivo centrarnos en ella, sin perjuicio de las correspondientes alusiones al hilo de las recientes novedades legislativas con las que esta preferencia debe coexistir. En todo caso, conviene recordar que la reforma de 2012 puso en valor las diferentes y plurales visiones -económicas, sociales o sindicales<sup>50</sup>- que representaba la preferencia del convenio de empresa aún durante la vigencia de un convenio de sector de cualquier nivel. La exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral dispuso que “la anterior reforma del mercado de trabajo también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden como primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo [...]. La novedad que ahora se incorpora va encaminada,

<sup>49</sup> Véase, entre otros, López Terrada, E.: “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 48, 2018.

<sup>50</sup> Al respecto, véase Mercader Uguina, J.: “Concurrencia de convenios colectivos y transformaciones en la estructura de la negociación colectiva”, *AAVV Sindicalismo y democracia*, Coord. Sanguinetti Raymond y Cabero Morán, Comares, Granada, 2017, págs. 741-757; también Mercader Uguina, JR.: “El incierto futuro de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en tiempo de reformas”, *AAVV, Tiempos de reforma. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Dir. Mercader Uguina y De la Puebla Pinilla, Valencia, Tirant lo Blanch 2019, págs. 449-469.

precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores”.

La preferencia del convenio de empresa se limitaba, sin embargo, a ciertas materias establecidas en la ley siempre que la concurrencia se produjera durante la vigencia de un convenio de ámbito superior<sup>51</sup>. Las materias en cuestión eran la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa (art. 84.2 a ET), el abono o la compensación de horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos (art. 84.2.b ET), el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones (art. 84.2 c ET), la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores (art. 84.2 d ET), la adaptación al ámbito de la empresa de las modalidades de contratación que se atribuye por ley a la negociación colectiva (art. 84.2 e ET), las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (art. 84.2 f ET) y aquellas otras que pudieran recoger los acuerdos marco o acuerdos interprofesionales ex art. 83.3 ET (art. 84.2 g). Dicha preferencia se extendía, igualmente, a los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o de producción y nominativamente identificada como tales.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa ha servido, sin duda, para huir de la negociación colectiva sectorial de cualquier ámbito. Dicha prevalencia ha sido considerada en ocasiones, en palabras de Mercader o Gimeno, como «unidad de negociación oportunista»<sup>52</sup> que, además, ha dado entrada a sujetos sospechosos en la conclusión de convenios colectivos en dicho ámbito<sup>53</sup>. Esta situación se constata, por un lado, en la devaluación salarial que se ha llevado a cabo con carácter general a nivel de empresa -aunque ello se deba, principalmente, a que las nuevas unidades negociadoras surgidas tras la reforma de 2012 se desviaron de los fines de la misma- y, por otro lado, a la creación de microunidades negociadoras artificiales en las que

<sup>51</sup> La constitucionalidad de dicha preferencia se constata en las ya citadas SSTC 119/2014 y 8/2015. En el mismo sentido, STS de 26 de marzo de 2014 -rec. n.º 129/2013- (ECLI:ES:TS:2014:3311).

<sup>52</sup> Gimeno Díaz De Atauri, P.: “Determinación del salario y estructura de la negociación, AAVV *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Dir. Goerlich Peset, CCNCC, Madrid, 2018, pág. 163; del mismo autor, “Convenios colectivos oportunistas. Algunos apuntes sobre los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, en [https://www.elforodelabos.es/?print-my-blog=1&post-type=post&statuses%5B0%5D=publish&rendering\\_wait=0&columns=1&font\\_size=normal&image\\_size=medium&links=include&show\\_site\\_title=1&show\\_site\\_tagline=1&show\\_site\\_url=1&show\\_date\\_printed=1&show\\_title=1&show\\_date=1&show\\_categories=1&show\\_featured\\_image=1&show\\_content=1&pmb\\_f=pdf&pmb-post=467](https://www.elforodelabos.es/?print-my-blog=1&post-type=post&statuses%5B0%5D=publish&rendering_wait=0&columns=1&font_size=normal&image_size=medium&links=include&show_site_title=1&show_site_tagline=1&show_site_url=1&show_date_printed=1&show_title=1&show_date=1&show_categories=1&show_featured_image=1&show_content=1&pmb_f=pdf&pmb-post=467)

<sup>53</sup> Véase Alfonso Mellado, C. (Coord): *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2016.

se firmaba el convenio por un solo representante de los trabajadores, generalmente no afiliado a ningún sindicato<sup>54</sup>.

La situación cambia, sin embargo, con la reforma laboral de 2021<sup>55</sup>. El RD Ley 32/2021 mantiene la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a convenios de ámbito superior negociados con anterioridad, pero reduce o matiza las materias preferentes. Por su particular interés para este estudio, es importante señalar que, por un lado, se elimina la preferencia del convenio de empresa en materia salarial, es decir, sobre la cuantía del salario base y los complementos salariales<sup>56</sup>, materia que antes de la reforma había propiciado en gran medida la creación de nuevas unidades negociadoras en el ámbito de empresa, y por otro lado, mantiene la posibilidad de que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias preferentes en el ámbito empresarial, facilitando una descentralización desde arriba que permita el reajuste ordenado de la estructura de la negociación colectiva.

En todo caso, la preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre cualquier otro acuerdo o convenio del art. 83.2 ET se considera norma imperativa y se alza, además, como una norma de derecho necesario absoluto. Esta preferencia aplicativa no se extiende, sin embargo, ni a otras materias no listadas en el propio art. 84.2 ET -salvo que los acuerdos interconfederales establezcan otras materias prioritarias- ni más allá de su vigencia, pues conforme a la doctrina del Tribunal Supremo<sup>57</sup> lo contrario supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva<sup>58</sup>. La ultraactividad del convenio no disfruta, por tanto, de la garantía del art. 84.1 ET respecto a la no afectación, pues ello chocaría con la libertad del sistema de negociación en tanto que quedaría predeterminadas externamente las unidades negociadoras correspondientes.

<sup>54</sup> Mercader Uguina, JR.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos* Vol. 3, número extraordinario La reforma laboral de 2021, pág. 113-114.

<sup>55</sup> Godino De Frutos, A.: Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa, *Tribuna FORELAB* 18 de enero de 2022; Cabeza Pereiro, J.: Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias, *NET21*, nº 8, 2022, pág. 5; Mercader Uguina, JR.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial...”, ob. cit., pág. 111-128.

<sup>56</sup> Conforme a la doctrina de los tribunales, esa preferencia en materia de cuantía no se extendía a la estructura del salario, no pudiendo alterar el convenio de empresa cuáles son los complementos salariales o extrasalariales o el número de pagas extraordinarias o la supresión de los mismos. Al respecto, STS de 1 de abril de 2016 -rec. núm. 147/2015- (ECLI:ES:TS:2016:1771).

<sup>57</sup> STS de 5 de octubre de 2021 -rec. núm. 958/2021- (ECLI:ES:TS:2021:3749). También, SSTS de 2 de febrero de 2004 -rec. núm. 3069/2002- (ECLI:ES:TS:2004:543) y de 17 de mayo de 2004 -rec. núm. 101/2003- (ECLI:ES:TS:2004:3333).

<sup>58</sup> Véase sobre esta cuestión a Gorelli Hernández, J.: “Concurrencia de convenios colectivos en situación de ultraactividad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, en prensa, 2024.

La supresión de la prioridad aplicativa de la cuantía salarial en el ámbito de empresa llevó al legislador a establecer una regla transitoria de aplicación para permitir la adaptación progresiva de los convenios colectivos de empresa a la nueva situación, así como la recuperación paulatina de dicha materia por los niveles más centralizados<sup>59</sup>. Esto último no supone en sí mismo que el convenio de sector sea el que disfrute de preferencia aplicativa en materia salarial pues, en principio, sigue rigiendo la regla general de *prior in tempore ex art. 84.1 ET*, pero qué duda cabe que, con el tiempo, los convenios de sector -de cualquier ámbito- recuperarán su aplicación preferente cuando regulen contenidos específicos en materia salarial, siendo aconsejable que este camino se lleve a cabo de manera ordenada por los acuerdos marco o interconfederales.

Ello podría fomentar, sin duda, la proliferación de convenios de ámbito autonómico ya que este ámbito es el único que pueda afectar al convenio estatal en materia salarial cuando su regulación sea más favorable que la de aquél.

## **5.2. La preferencia aplicativa del convenio colectivo autonómico en caso de concurrencia con convenios estatales**

El acuerdo político entre PSOE y PNV prevé una explícita prioridad aplicativa de los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales negociados en las Comunidades Autónomas sobre cualquier otro convenio estatal negociado previamente. Esta prioridad se supedita al cumplimiento de una doble condición: por un lado, obtener el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación<sup>60</sup> y, por otro, que su regulación sea más favorable que la fijada en los convenios estatales en las materias que puede regular. Esta regulación tiene, al igual que en la regulación anterior -todavía vigente-, límites materiales importantes pues, en el ámbito de CCAA, no resultará negociable el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica. De forma complementaria se establece que dicha prioridad aplicativa de los convenios colectivos y los acuerdos interconfederales de ámbito autonómico sobre cualquier otro estatal no será disponible por los convenios o

<sup>59</sup> Véase la Disposición Transitoria Sexta del RD Ley 32/2021.

<sup>60</sup> Recuérdese que el art. 88 ET dispone que la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales considerados más representativos conforme al art. 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y, en su caso, delegados de personal y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

acuerdos negociados al amparo del art. 83.2 ET<sup>61</sup>, reproduciéndose la misma fórmula utilizada para dar preferencia aplicativa a los convenios de empresa en la reforma laboral de 2012. La futura reforma del art. 84 ET incidirá claramente sobre el alcance de los acuerdos marcos sobre estructura negociadora, ya que éstos, en parecidos términos a lo ocurrido en 2012 con la prioridad legal aplicativa de los convenios de empresa<sup>62</sup>, no podrán articular las preferencias o relaciones entre unidades negociadoras respecto de los convenios celebrados en la comunidad autónoma vasca, única que, de momento, dispone de sujetos legitimados propios o autóctonos para alcanzar por sí mismos las mayorías necesarias para celebrar acuerdos interconfederales o convenios colectivos en dicho ámbito.

Con el mencionado acuerdo de investidura se conseguía, para un sector de la doctrina<sup>63</sup>, “resolver una de las asignaturas pendientes de los artículos 83.2 y 84 ET: la falta de reglas para dilucidar sobre la concurrencia conflictiva de acuerdos interprofesionales”, mientras que, para otros, supone no sólo la modificación de “uno de los ejes medulares sobre el que se erige el modelo estatutario de negociación colectiva” sino, también, “la progresiva restricción legal del papel de la autonomía colectiva en la ordenación de la estructura negocial”<sup>64</sup>.

Recuérdese que, a día de hoy y conforme a la doctrina jurisprudencial, el legislador no establece claramente qué acuerdo debe primar en caso de concurrencia entre lo pactado en el ámbito estatal y el autonómico, limitándose a señalar que las reglas del art. 84 son, como regla general, dispositivas para las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal o autonómico según el art. 83.2 ET. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de

<sup>61</sup> La disposición transitoria sexta del RD Ley 32/2021 dispone “ Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley. 2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras. 3. Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.

<sup>62</sup> Véase al respecto Gorelli Hernández, J.: “La concurrencia de convenios tras la reforma de la negociación colectiva”, AAVV *El nuevo derecho de la negociación colectiva*, Tecnos, 2013, págs. 55 y ss; del mismo autor, “La regulación sobre concurrencia entre convenios en la negociación colectiva andaluza, AAVV *Reforma laboral y negociación colectiva andaluza. La incidencia de la reforma de la negociación colectiva en Andalucía*, Tecnos 2013, págs. 27 y ss.

<sup>63</sup> Martínez Gayoso, M<sup>a</sup>N.: “Estado de las autonomías y negociación colectiva”, *Briefs AEDTSS*, 62, 2023, pág. 3.

<sup>64</sup> Correa Carrasco, M.: “La propuesta de reforma de las reglas de concurrencia de convenios recogida en el pacto de investidura entre PSOE y PNV”, *Briefs AEDTSS* n<sup>o</sup> 63, 2023, pág. 2.

septiembre de 2016<sup>65</sup> dispuso que la unidad estatal era el espacio lógico para llevar a cabo una articulación armónica y racional con unidades inferiores<sup>66</sup>, señalando que ello no vulneraba ni el derecho a la negociación colectiva ni el de libertad sindical de los sujetos autonómicos<sup>67</sup>. Dicho pronunciamiento partía de la idea de que “la estructura de la negociación colectiva es ciertamente compleja y deviene de la suma de una pluralidad de componentes heterogéneos -el contexto productivo y tecnológico; el marco jurídico; el entorno político; la composición y dimensión del mercado de trabajo y la forma de organización de las partes sociales, en particular sus ámbitos de actuación y su representatividad en los mismos-“, caracterizado “por varias notas esenciales: un excesivo número de convenios y de ámbitos de negociación y una paulatina tendencia a la homogeneización de las condiciones de trabajo, causada por la progresiva centralización de la misma en torno a los convenios sectoriales estatales y provinciales, si bien estos últimos están cediendo progresivamente ante el empuje de los primeros en la mayoría de sectores”.

Dicho pronunciamiento confirma que es la autonomía colectiva la que tiene el papel de organizar la estructura negocial conforme a criterios de cooperación y armonización entre los niveles negociadores. Así, el fundamento jurídico séptimo del mismo pronunciamiento afirmó que “el único modo de asegurar el despliegue simultáneo de los modelos estatal y autonómico para la articulación de

<sup>65</sup> Rec. núm. 211/2016. El fundamento jurídico 5 de la sentencia señala que “La estructura de la negociación colectiva es ciertamente compleja y deviene de la suma de una pluralidad de componentes heterogéneos - el contexto productivo y tecnológico; el marco jurídico; el entorno político; la composición y dimensión del mercado de trabajo y la forma de organización de las partes sociales, en particular sus ámbitos de actuación y su representatividad en los mismos. - Se caracteriza por varias notas esenciales: un excesivo número de convenios y de ámbitos de negociación y una paulatina tendencia a la homogeneización de las condiciones de trabajo, causada por la progresiva centralización de la misma en torno a los convenios sectoriales estatales y provinciales, si bien estos últimos están cediendo progresivamente ante el empuje de los primeros en la mayoría de sectores [...]”.

<sup>66</sup> La Sala no comparte se impida “la negociación colectiva útil a ELA, ya que dicho sindicato, al igual que los sindicatos más representativos a nivel estatal, puede negociar los acuerdos marco a nivel estatal, así como los acuerdos y convenios sectoriales a nivel estatal, que es la unidad negociadora en la que pueden armonizarse y coordinarse los modelos estatal y autonómico, porque, si no se hiciera así, si los acuerdos o convenios autonómicos estuvieran blindados frente a los de ámbito estatal, la unidad estatal quedaría totalmente liquidada. - Por el contrario, *la unidad estatal es el espacio lógico para articular la negociación colectiva*, de manera tal, que pueda desplegarse de manera armónica y racional la debida coordinación con las unidades de negociación inferiores. - Si no se hiciera así, la unidad estatal no pudiera negociar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos de concurrencia, ni reservarse materias para la negociación, se vaciaría totalmente de contenido su función ordenadora de la negociación colectiva”.

<sup>67</sup> ELA impugnó determinados artículos del I Convenio Colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE nº 70, de 22 de marzo de 2016) que regulan la estructura de la negociación colectiva, las reglas de solución de conflictos de concurrencia y las materias concretas reservadas al ámbito estatal por el V Acuerdo Laboral estatal para el sector de la hostelería (BOE nº 121, de 21 de marzo de 2015) cuyo art. 10 le atribuye la naturaleza de “acuerdo marco” y de estructura conforme al art. 83.2 ET.

la negociación colectiva y las reglas para resolver los conflictos de concurrencia, cuando el objetivo sea negociar una estructura racional y armónica de la negociación colectiva que garantice todos los intereses legítimos, obligará a buscar fórmulas de coordinación entre ambos”. Esa coordinación, sin embargo, “solo podrá alcanzarse operativamente en el ámbito estatal, puesto que es allí donde deberá pactarse en contrario la intervención del acuerdo o convenio autonómico en el ámbito estatal, así como las materias a negociar en el ámbito autonómico. Si no se hiciera así, si no se alcanzaran acuerdos integradores y coordinados, el ámbito autonómico quedaría muy disminuido, puesto que quedaría condicionado a decisiones del ámbito estatal, especialmente si los sindicatos autonómicos abandonan la negociación en el ámbito estatal”. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de marzo de 2018<sup>68</sup> que avaló la centralización estatal de la negociación colectiva al no prosperar el recurso de casación que presentó ELA-STV contra la mencionada resolución de la Audiencia Nacional. Se insiste, por tanto, en que es la autonomía colectiva la encargada de buscar un equilibrio adecuado en orden a la articulación de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos, y que dicho equilibrio debería alcanzarse en el nivel más amplio, es decir, en el estatal. En realidad, no se otorga de manera expresa primacía a la autonomía estatal sobre la autonómica de cara a fijar la estructura negociadora, aunque la ausencia de coordinación real en el momento negociador oportuno provoca que sea el ámbito estatal el que, por su mayor amplitud o cobertura, ordene la misma.

Es por ello que, hasta ahora, la disponibilidad de las reglas sobre estructura y concurrencia de los arts. 83 y 84 ET ha supuesto, en la práctica, el incremento de la capacidad del ámbito estatal para ordenar la estructura de la negociación colectiva. Y es, precisamente, la dificultad para alcanzar acuerdos armonizadores en el ámbito estatal, por un lado, y la descentralización en el ámbito de empresa, por otro, lo que ha producido, según algunos autores<sup>69</sup>, “una depauperación de las condiciones laborales”, visible en “la devaluación salarial y el aumento de horas y la flexibilidad en la ordenación de la jornada, entre otras cuestiones”. Esto último contrasta, sin embargo, con los datos publicados por el INE sobre subidas salariales y tiempo de trabajo en 2023 que revelan que durante los años anteriores el País Vasco ha sido el territorio con el sueldo medio más alto del país (en 2022, 2.544,58 €) y con la mayor concentración de salarios altos (44%), además de disfrutar de la semana laboral más corta de España (por debajo de 37,5 horas)<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Rec. núm. 54/2017 (ECLI:ES:TS:2018:1206).

<sup>69</sup> Martínez Gayoso, M<sup>a</sup> N.: “Estado de las autonomías y negociación colectiva”, ob. cit. pág. 2.

<sup>70</sup> Véase la información publicada en <https://www.elcorreo.com/politica/euskadi-semana-laboral-corta-pais-debajo-375-20231025005831-nt.html> que señala que Euskadi tiene la semana laboral más corta del país, por debajo de las 37,5 horas. Por otro lado, en 2022, la subida salarial media en Euskadi fue del 4,8%, inferior a la inflación interanual que fue del 5,4%, mientras que la subida media en convenio en el resto del territorio fue del 2,78%. Conforme a datos del INE de noviembre de 2023, el salario medio nacional se ha aumentado un 2%, situándose en 2.128,4 euros

Esa “depauperización” tal vez se refiera, en realidad, al lucro cesante, es decir, a la hipotética mayor ganancia que hubieran podido conseguir los agentes sociales en la comunidad vasca si hubieran disfrutado antes de la preferencia aplicativa de la que hablamos, dirigida a beneficiar más a los trabajadores vascos en relación al resto de trabajadores españoles<sup>71</sup>.

En todo caso, el legislador parece ir en busca de una articulación negociadora más real o, más bien, de una desarticulación que facilite la ruptura de la estabilidad negocial al objeto de favorecer aún más la pluralidad. Este objetivo se plasmó ya en la anterior reforma de la negociación colectiva mediante el Real Decreto-Ley 7/2011<sup>72</sup>, si bien, ahora, se prefiere asegurar por ley la descentralización de ámbito autonómico a través de la preferencia aplicativa en determinadas materias bajo el criterio de la favorabilidad. En definitiva, la descentralización de la negociación colectiva a través de la afectación de los convenios estatales por los de ámbito autonómico -y de empresa- introducirá nuevas dosis de flexibilidad laboral para adaptar la negociación a las circunstancias concretas de empresas y territorios, y enriquecer así la negociación.

## **6. BREVE ACERCAMIENTO AL IMPACTO DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO AUTONÓMICO SOBRE LOS CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS LABORALES**

Los efectos que la nueva regla de concurrencia puede acarrear sobre la negociación colectiva podrían abordarse, entre otras perspectivas, a través de su

brutos en 2022. El País Vasco es el territorio con el sueldo medio más alto un año más (2.544,58), incremento interanual de 92,9 euros (38%). La concentración de salarios más altos también se encuentra en el País Vasco donde el 44,4% de los asalariados ganó 2.373,7 euros mensuales, seguido de la Comunidad Foral de Navarra (39,6%) y la Comunidad de Madrid (37%). Los sueldos más bajos se encuentran en Extremadura -por debajo de 1.440,1 euros-, Canarias y la Región de Murcia. Por otro lado, según la encuesta elaborada por Eustat sobre la conciliación de la vida laboral, personal y familiar correspondiente a 2021 se señala que cuatro de cada diez ocupados en Euskadi trabajan más horas de las recogidas en su jornada laboral. Véase más detalle en <https://www.europapress.es/euskadi/noticia-cuatro-cada-diez-ocupados-euskadi-trabajan-mas-horas-recogidas-jornada-laboral-20220617165915.html> Puede verse también [https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/informes\\_ect/es\\_def/Informe-ECT-2020.pdf](https://www.euskadi.eus/contenidos/documentacion/informes_ect/es_def/Informe-ECT-2020.pdf) publicado por el Departamento de Trabajo y Empleo del Gobierno Vasco el 20 de abril de 2022.

<sup>71</sup> Puede verse la STSJ País Vasco de 26 de octubre de 2017 -rec. núm. 19/2017- (ECLI:ES:TSJPV:2017:3326) sobre el I Acuerdo Marco autonómico vasco en el sector de la Hostelería que coincidía con el V Acuerdo Laboral Estatal de la Hostelería que declaró aquel inaplicable, pero no nulo. Véase, también, la STS de 25 de abril de 2019 -rec. núm. 40/2018 (ECLI:ES:TS:2019:1609).

<sup>72</sup> Sobre el impacto de dicha reforma en la estructura negociadora puede verse a Gorelli Hernández, J.: “Las reglas sobre concurrencias entre convenios en el ordenamiento español”, *Derecho&Sociedad* nº 37, 2011, pág. 72. Del mismo autor, “La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral”, *Temas Laborales* nº 108, 2011, págs. 14 y 15.

impacto en los criterios o principios de aplicación de las normas laborales. Sin detenernos en un análisis exhaustivo de tales reglas, podría analizarse la repercusión de la reforma en principios como el de favorabilidad, el de correspondencia, el de unidad de empresa, el de suplementariedad o norma mínima, el de prioridad temporal, el principio de no afectación o, incluso, el de jerarquía, teniendo en cuenta que, teóricamente, no existen convenios superiores a otros -salvo en el caso de concurrencia entre un convenio estatutario y otro extraestatutario -, sin perjuicio de que su ámbito sea mayor o menor.

Debe insistirse en que el art. 84 ET mantiene la regla general en caso de concurrencia de convenios: que un convenio durante su vigencia no puede ser afectado por otro convenio colectivo de ámbito distinto, dejando inalterado el principio *prior in tempore potior in iure* que ha servido para otorgar estabilidad y seguridad jurídica a la negociación colectiva de nuestro país. El primer convenio negociado en el tiempo continúa teniendo a día de hoy preferencia aplicativa y no podrá verse afectado por otro convenio de distinto ámbito negociado posteriormente. Sin embargo, dicho principio de prioridad temporal se excepciona, como hemos visto, con la progresiva descentralización legal de la negociación colectiva en ámbitos inferiores pues permite que convenios concurrentes de ámbitos distintos -empresarial y, en su caso, el autonómico- tengan preferencia aplicativa en determinadas materias, además de poder verse afectado por lo dispuesto en acuerdos interconfederales del art. 83.2 ET. En definitiva, la afectación de un convenio por otro durante su vigencia es cada vez más fácil y asequible ya que no sólo se reduce a la afectación mediante lo dispuesto en acuerdos interconfederales o, en su caso, por la preferencia absoluta del convenio de empresa en determinadas materias, sino que se extenderá, además, a la preferencia del convenio autonómico en todas aquellas materias que sean más ventajosas para los trabajadores en comparación con aquél. La excepción parece convertirse en regla general ya el encorsetamiento del primer convenio negociado por otros convenios posteriores deja, sin duda, seriamente dañado el principio de prioridad temporal y el de no afectación, a la vez que cuestiona el principio de unidad de empresa debido a la posible aplicación simultánea de tres convenios colectivos.

Por otro lado, no debemos olvidar que la concurrencia que contempla el art. 84 ET es de tipo conflictivo, es decir, un supuesto de concurrencia entre dos normas hipotéticamente aplicables que establecen regulaciones diversas y contradictorias entre sí y que debe resolverse aplicando solo una sola de ellas. La solución a esa concurrencia es diversa en atención al ámbito del convenio concurrente pues los apartados 2 y 3 del art. 84 ET establecen desenlaces diferentes. Así, en el caso de concurrencia entre un convenio estatal o de ámbito superior a la empresa con un convenio de empresa se aplicará este último por disposición legal expresa en tal sentido. El art. 84.2 ET no deja resquicio alguno o duda sobre cuál es el convenio aplicable en tal caso, produciéndose una suerte de jerarquía entre las materias de tales convenios en tanto es la ley la que unilateral y heterónomamente decide qué

convenio se aplica y qué relaciones internas se producen entre tales normas. En el segundo supuesto, es decir, en el caso de concurrencia entre un convenio de ámbito estatal con un convenio de ámbito autonómico, la solución que aporta el acuerdo para su resolución es diferente al anterior supuesto pues la ley no decide directamente el convenio colectivo aplicable, sino que deja en manos de las partes la valoración del más favorable o ventajoso para los trabajadores al objeto de que sea éste el que se aplique. Ello parece desempolvar un principio ya casi olvidado en el ordenamiento laboral, el de la favorabilidad o norma mínima, calificado hasta ahora como inoperativo por un sector de la doctrina<sup>73</sup>. Dicha cuestión plantea si el mismo debe entenderse en los mismos términos que la regulación contenida en el art. 3.3 ET o si, por el contrario, se trata de algo diferente que sólo entrará en juego para el supuesto particular de la prevalencia del convenio autonómico sobre el estatal y no para otros casos de concurrencia.

Recuérdese que la norma más favorable regulada en el art. 3.3 ET exige seleccionar la norma que conlleve mayores ventajas para los trabajadores en caso de concurrencia conflictiva entre dos o más normas, ya sean éstas estatales o pactadas. Dicho principio obliga a la comparación entre normas y ha presentado siempre importantes problemas interpretativos en la medida que la expresión “lo más favorable para el trabajador”, apreciado en su conjunto y respecto de los conceptos cuantificables ha provocado numerosas dudas aplicativas que ni siquiera la jurisprudencia ha sabido resolver de manera definitiva aunque, mayoritariamente, parece inclinarse por no dividir las normas en bloques homogéneos sino por aplicar la que en su conjunto sea más favorable para el trabajador<sup>74</sup>. Ello supone la necesidad de aplicar uno u otro convenio en su integridad, el más favorable en su totalidad, situación que, sin embargo, no se produce en el caso de la nueva prevalencia que recogerá el art. 84 ET. Es más, la jurisprudencia ya señaló que el art. 3.3 se aplicaría para la concurrencia de normas de distinto rango jerárquico, dejando el art. 84 para la concurrencia de convenios entre sí. Es por ello que el acuerdo para modificar el art. 84.3 ET parece responder a una filosofía distinta y pone los cimientos para superar la teoría jurisprudencial del conglobamento institucional, permitiendo la del espiguelo normativo, técnica rechazada por los tribunales durante mucho tiempo<sup>75</sup>. Conforme a la futura redacción del art. 84 ET, el convenio estatal será

<sup>73</sup> Lahera Forteza, J.: “Confirmación de la naturaleza contractual del convenio y acuerdo colectivo: la inoperatividad del artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores”, en *Normas laborales y contratos colectivos*, Edit. Reus, 2008, págs. 283 y ss.

<sup>74</sup> Véase Ojeda Avilés, A.: *Compendio de Derecho Sindical*, ob. cit., pág. 33.

<sup>75</sup> Véase la STS de 16 de noviembre de 2010 -rec. núm. 350/2010- (ECLI:ES:TS:2010:6574) y la STS de 27 de diciembre de 2010 -rec. n.º 229/2009- que “ha de rechazarse la técnica del espiguelo por la que se pretenden acoger las condiciones más favorables de los distintos ordenamientos en liza, porque la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia”. Véase, entre otras, la STS de 14 de diciembre de 1998 -rec. núm.2984/1997- (ECLI:ES:TS:1998:7567); en la doctrina judicial pueden verse numerosos pronunciamientos en la comunidad vasca, entre otras, SSSTSJ del País Vasco de 3

aplicable en algunas materias y, en otras, lo será el convenio autonómico siempre que éste mejore al anterior en la materia regulada o, más exactamente, beneficie o suponga más ventajas para los trabajadores. El convenio estatal y el autonómico se aplicarán de manera simultánea, pero la aplicación del segundo se condiciona al trato más favorable o beneficioso que pueda suponer en determinadas materias que marca la ley. Es más, el espacio material se delimita en sentido negativo, por lo que lo único claro es que la negociación de ámbito autonómico no podrá regular determinadas materias -algunas de ellas muy importantes, como la jornada anual-, lo que significa que, más allá del elenco prohibido por ley, podrá aplicarse en todo lo demás si ello conlleva mayores ventajas a los trabajadores de la Comunidad autónoma. La valoración de la favorabilidad no dejará de ser compleja, dependiendo no sólo de cuestiones económicas, materias comparables y rangos temporales sino también de la heterogeneidad de lo pactado. El espiguelo normativo parece ser, por tanto, el criterio acogido para resolver la concurrencia normativa entre el convenio estatal y el autonómico.

Conviene recordar, además, que en el caso de la preferencia absoluta por el convenio colectivo de ámbito inferior -el de empresa- no se requiere que éste sea más ventajoso para su aplicación a los trabajadores, pudiendo ser, por tanto, menos favorable que el convenio colectivo de ámbito superior negociado anteriormente<sup>76</sup>. El convenio autonómico, en cambio, no podría aplicarse si sus condiciones no mejoran lo dispuesto al convenio estatal en una amplia gama de materias pues su preferencia aplicativa queda condiciona a que su regulación sea más favorable para los trabajadores de la comunidad autónoma afectada. Se consigue con ello una mayor flexibilidad y adaptación a las concretas circunstancias de las empresas, pero se tensiona con ello, sin duda, el principio de unidad de empresa dada la aplicación simultánea de varios convenios. En todo caso, la exigencia

de octubre de 2023 -rec. núm. 1520/2023-ECLI:ES:STSJPV:2476), de 7 de junio de 2022 -rec. núm.979/2022- (ECLI:ES:STSJPV:2022:2318) o de 20 de octubre de 2020 -rec. núm. 1164/2020- (ECLI:ES:STSJPV:1834).

<sup>76</sup> El art. 84.2 ET dispone que “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1. Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”.

de favorabilidad como criterio de articulación entre unidades negociadoras hace que el convenio de ámbito autonómico no goce de la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa ya que, en mayor o menor medida, el convenio autonómico se insertará en una estructura comercial previa y conexas con otras unidades negociadoras, manteniéndose en el sistema de negociación colectiva<sup>77</sup>. Las relaciones que se entablan entre ambos niveles negociadores son parecidas a la complementariedad. En cambio, la regulación de determinadas materias por el convenio de empresa se considera como una preferencia absoluta de aplicación, desconectada de la regulación contenida en cualquier otro convenio aplicable -es decir, con independencia de que sea más favorable o no para el trabajador-.

Por otro lado, la preferencia aplicativa del convenio de empresa no se verá alterada por la preferencia parcial del convenio de ámbito autonómico ya que aquel está blindado por el legislador y no permite que se excepcione su aplicación bajo ninguna circunstancia. El convenio de empresa sigue teniendo preferencia frente al convenio autonómico, pudiendo aquél establecer condiciones menos ventajosas para los trabajadores en el mismo ámbito territorial. La relación que surge entre estos dos convenios se asimila, por tanto, al principio de supletividad que rige en el ordenamiento francés y que permite que una norma de ámbito inferior modifique peyorativamente lo dispuesto en otra norma superior o de mayor ámbito -aunque en el sistema galo se refiere a la relación entre ley-convenio colectivo-.

Por último, debe insistirse en que, desde la relación que se establece entre distintos niveles negociadores, no se otorga una prevalencia absoluta de la estructura autonómica sobre la estatal sino que la regulación en este último ámbito va a funcionar como un mínimo para la regulación autonómica, recordando ello la regla de complementariedad o norma mínima entre ambos niveles de negociación (el nivel autonómico prevalecería sobre el estatal cuando éste funcione, en determinadas materias, como un mínimo mejorable y que hace pensar, además, en la existencia de jerarquía entre niveles negociadores). Todo ello nos puede llevar a afirmar que, en resumidas cuentas, la nueva prioridad aplicativa tensionará aún más los principios y reglas de concurrencia entre convenios, pero sin llegar a romper con los mismos para evitar una desarticulación total de la negociación colectiva.

<sup>77</sup> En el mismo sentido, Correa Carrasco, M.: “La propuesta de reforma de las reglas de concurrencia de convenios recogida en el pacto de investidura...”, ob. cit., pág. 4.

# LA INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Sevilla\*

ORCID: 0000-0002-2821-4866

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Prácticas en empresas; Seguridad Social

La Ley General de la Seguridad Social incorpora en el sistema de la misma las prácticas académicas, aunque esta actividad, cuando se trataba de prácticas remuneradas, ya había sido en 2011. Por tanto, la novedad más destacable está en incorporar las prácticas no remuneradas y, en particular, las curriculares que tienen carácter obligatorio en los planes de estudio. Ello ha planteado una controversia importante. Controversia que se suma a la deficiencia técnica de tratamiento que plantea la norma. Problemas de interpretación y de aplicación que redundan, en definitiva, en una deficiente solución para un tema que requiere un abordaje global e integral.

## ABSTRACT

**Key words:** Academic internships; Social Security system

*The Spanish Social Security Law introduces academic internship in system. Instead for paid internships this activity was already included by Ley 27/2011. Therefore, the most outstanding novelty is found on the addition of non-paid internships, especially when these academic internships are mandatory. This has brought an important issue into debate. This debate has been added to the technical deficiencies in the law. Controversy on its understanding and its application that sums up into a deficient solution for an issue demanding a global and comprehensive approach.*

\* A Víctor de Santos, persona referente en todo, agradeciéndole su constante magisterio y la invitación a tratar este tema. También a Julianna Correa Manfredi, Directora Técnica Secretariado de Prácticas en Empresa y Empleo de la Universidad de Sevilla, por resolverme tantas dudas como sugiere una norma francamente mejorable.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DISTINTA FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE LAS PRÁCTICAS EXTERNAS EN EMPRESAS
3. LA CUESTIONADA JUSTIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS
4. PRÁCTICAS ACADÉMICAS EN EMPRESAS E INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA NECESARIA DELIMITACIÓN OBJETIVA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 52<sup>a</sup> DEL TRLGSS
  - 4.1. Una delimitación objetiva con problemas de interpretación
  - 4.2. En particular, respecto de las prácticas universitarias
5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE
  - 5.1. Inclusión de las personas que realizan prácticas formativas como asimiladas a trabajadores por cuenta. Supuestos específicos de exclusión
  - 5.2. Definición del sujeto responsable de las obligaciones en materia de seguridad social, dinámica de encuadramiento y cotización
  - 5.3. Acción protectora
6. REFLEXIÓN FINAL

## 1. INTRODUCCIÓN

La extensión del campo de inclusión del sistema de Seguridad Social que supone la actual disposición adicional 52<sup>a</sup> del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) ha conllevado un importante debate sobre la oportunidad y la adecuación técnica de su regulación, debate que se extiende, más allá de la necesaria evitación de las prácticas como forma de encubrimiento de una auténtica relación laboral<sup>1</sup>, al tratamiento en general sobre una realidad amparada legalmente pero que, al tiempo, requiere de una tipificación y delimitación precisa y de una regulación unitaria aún pendiente.-

Las prácticas en empresas responden a distintos supuestos y fundamentos y los planos en que pueden desarrollarse son distintos, como distintos son, asimismo, los criterios de delimitación objetiva, de tratamiento y de fundamento de su regulación sustantiva, legal o reglamentaria. En algunos casos, su régimen jurídico viene determinado por el ámbito académico o formativo donde se desarrollan. Así ocurre en el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, respecto de las prácticas universitarias, previstas expresamente como “actividad de carácter formativo” en

<sup>1</sup> Sobre el tema, confr. S. Bini; “Empleo juvenil y prácticas no laborales: reflexiones en la frontera con el nuevo contrato formativo”; XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía. Granada, 8, 9 y 10 de noviembre de 2023. <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-11/Stefano%20Bini.pdf>. También, M. J. Asquerino Lamparero; “El becario-trabajador”. *Lan Harremanak*, 2023, 49; págs. 155 y ss.

la normativa reguladora de los planes de estudio (Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre). También, aunque con matices, en el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, que, pese a referirse genéricamente a “prácticas no laborales en empresas”, regula exclusivamente las realizadas en el contexto del subsistema de formación para el empleo. Sin embargo, en otros supuestos, como ocurre con la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, que desarrolla la anterior, la regulación responde, como ahora, a una decisión legal de incluir a quienes lleven a cabo la actividad dentro del sistema de Seguridad Social como *asimilados a trabajadores* cuando esta tuviera una contraprestación económica. La diferencia es que mientras que el criterio antecedente era este carácter *remunerado*, en 2023 se incluye cualquier tipo de prácticas académicas o formativas siendo el criterio de inclusión este carácter (siempre que se encuentren vinculadas al título en que se desarrollaban las mismas, fuera este universitario, de formación profesional o, por extensión, de enseñanzas artísticas o deportivas).

La disposición adicional 52ª del TRLGSS representa, pues, una determinada opción del legislador urgente ya manifestada en el Real Decreto ley 28/2018, que no llegó a aplicarse ante la falta de un desarrollo reglamentario del que se hacía depender. Supone la inclusión dentro del ámbito del sistema de Seguridad Social de las prácticas académicas, aunque tengan carácter “plenamente formativo”, acudiendo a un criterio concurrente con los planteados por la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 antes citada y aún en vigor. Esto ha conllevado una contestación destacable por parte del ámbito académico, fundamentalmente universitario. La Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, CRUE, ha cuestionado la medida, apoyándose no solo en los problemas de gestión que derivan del mismo, sino en su falta de corrección técnica y en la afectación que realmente puede tener sobre el propio desarrollo de los planes de estudio al que necesariamente quedan vinculadas<sup>2</sup>.

Pero, como decimos, más allá de cualquier posicionamiento sobre la oportunidad de esta inclusión, la norma plantea, además, problemas importantes de aplicación. Estos parten, primeramente, del tratamiento técnico de la cuestión, comenzando por las dificultades de asumir, dentro de una pretendida realidad unitaria, distintos supuestos, sin duda complejos, que no han tenido un tratamiento legal homogéneo, y que, en concreto, en materia de Seguridad Social, destaca la difícil concordancia entre dos normas vigentes con supuestos de hecho concurrentes pero no articulados (como ocurre con la citada disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 y la más reciente disposición adicional 52ª del TRLGSS). Ello ha requerido una importante sucesión de pronunciamientos interpretativos por parte de la administración, no necesariamente coincidentes.

<sup>2</sup> <https://www.crue.org/2024/02/comunicado-situacion-practicas-academicas-externas/>

Sea como fuere, estamos ante una inclusión controvertida, que plantea dudas sobre su propia fundamentación, problemas interesantes de interpretación que parten de la delimitación de su propio objeto e interfiere en debates de más amplio calado sobre la oportunidad de la solución legal planteada. Los propios objetivos de la norma pueden ser cuestionados (sobre todo por la relativa protección que ofrece, realmente, a las prácticas no remuneradas). Vamos, pues, a plantear una descripción crítica del tratamiento que plantea la disposición adicional 52ª del TRLGSS, comenzando por la distinta fundamentación legal de las prácticas en empresas (una actividad que lejos de estar restringida ha sido realmente fomentada por el legislador en distintas expresiones y ámbitos formativos), planteando los problemas de delimitación que crea la sucesión de normas con ámbitos objetivos concurrentes y no siempre coherentes y destacando los aspectos más importantes del régimen jurídico aplicable desde la perspectiva, fundamentalmente, de Seguridad Social, reseñando los no pocos problemas interpretativos y de aplicación que se deducen de la misma.

## **2. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DISTINTA FUNDAMENTACIÓN LEGAL DE LAS PRÁCTICAS EXTERNAS EN EMPRESAS**

En general, podría afirmarse que el legislador ha contemplado la realización de prácticas en empresas como un instrumento apropiado, bien para mejorar la empleabilidad de los demandantes de empleo, particularmente jóvenes titulados, bien para adecuar la oferta formativa o académica a la adquisición de competencias que redundarían en una mejor formación de los estudiantes desde la perspectiva del mercado de trabajo. Sin embargo, esta misma realidad ha venido respondiendo a distintos supuestos y fundamentaciones que derivan, al mismo tiempo, de la concurrencia de distintas normas legales y reglamentarias en vigor (que, además, suelen aportar un régimen jurídico generalmente parcial). Nos encontramos, pues, con ámbitos de regulación distintos donde coexisten elementos de intersección que derivan, además, de la utilización de criterios diferentes para categorizar y clasificar una realidad identificable como es la realización de prácticas en empresas, ligadas a una causa académica, formativa o de mejora de la empleabilidad. Ello plantea la necesidad de abordar un debate pendiente sobre la necesaria tipicidad de esta realidad, la determinación de un auténtico *numerus clausus* que evite la extensión de cualquier manifestación al margen de su regulación y la conformación legal de un régimen jurídico que, en lo posible, fuera homogéneo, coherente e integral.

Pero, como decimos, se trata de una actividad que el legislador, en distintas ocasiones y en diferentes contextos, lejos de restringir, ha fomentado.

Por ejemplo, la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, que regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo, recoge dentro de los fines del mismo, entre otros, “atender a los requerimientos del mercado de trabajo y a las necesidades de las

empresas, proporcionando a los trabajadores las competencias, los conocimientos y las prácticas adecuados”. Y cuando regula la “oferta formativa para trabajadores desempleados” (art. 11), prevé que las acciones formativas que conformen la misma puedan contemplar “la realización de prácticas profesionales no laborales en empresas” (apartado 2 *in fine*).

La Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, supone un cambio estructural. Prevé la confluencia de los dos sistemas de formación profesional, el educativo y el sistema de formación para el empleo, hasta ahora autónomos. Pero, además de las normas sobre la aplicación progresiva de este modelo integrado, no prevé la derogación expresa de la Ley 30/2015<sup>3</sup>, lo que supone, entre otras cosas, la pervivencia del modelo que regulaba ésta (al que se vinculan las prácticas externas desarrolladas por el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, al que después aludiremos. La propia Ley de Empleo vigente (Ley 3/2023, de 28 de febrero) considera directamente el favorecimiento de la práctica profesional como medida de empleabilidad, en relación con las “personas demandantes de servicios de empleo jóvenes” (art. 53), dentro de los que incluye a quienes no hayan alcanzado los treinta años o sean beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil. Tal como dispone el último inciso del primer párrafo del apartado 3 del citado artículo, “en cuanto a las personas jóvenes que dispongan de alguna de las citadas titulaciones, las medidas de empleabilidad se dirigirán hacia el favorecimiento de la práctica profesional”.

En todo caso, la ley orgánica parte de una concepción del sistema de formación profesional, ahora integrado, necesariamente dual (art. 55), al menos en los grados C y D y, en su medida, en el grado E (en los grados A y B este carácter dual puede no darse). Determina que el mismo “se desarrollará mediante una distribución adecuada de los procesos formativos entre los centros de formación profesional y las empresas u organismos equiparados, contribuyendo ambos al logro de las competencias previstas en cada oferta de formación” (en los porcentajes previstos en el citado art. 55, apartado 5). Por tanto, la realización de una actividad práctica en la empresa, como parte del sistema de formación profesional, alcanza un nivel estructural en la comprensión del mismo<sup>4</sup>. Esta ley orgánica contempla asimismo un régimen intensivo, que corresponde “con la formación profesional que se realiza

<sup>3</sup> En una mención específica a ésta, solo prevé la derogación de cuantas disposiciones contenidas en la misma se opongan a aquélla y encomienda al Gobierno, con una corrección técnica más que discutible, que *modifique* las disposiciones de la “que se vean afectadas por esta disposición derogatoria”, genérica, por cuanto vemos, respecto la Ley 30/2015.

<sup>4</sup> La oferta de formación profesional general será siempre dual (art. 66) y la “participación de la empresa u organismo equiparado en hasta un 20 % de los resultados de aprendizaje del currículo” [art. 66.1.c)]. La organización de la fase de formación en la empresa “se procurará distribuir, preferentemente, a lo largo del trascurso de la duración y, en su caso, de todos los cursos de la oferta formativa...” (art. 66.2) y ello no impedirá que la persona estudiante no conserve “su estatus de tal” (art. 66.3).

alternando la formación en el centro de formación profesional o en la empresa u organismo equiparado con la actividad productiva, y retribuida en el marco de un contrato de formación” (art. 67.1 Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo)<sup>5</sup>, lo que justificará a la postre la exclusión de este sistema intensivo de lo previsto en la disposición adicional 52ª del TRLGSS.

En el ámbito universitario, la configuración de los planes de estudio tras la Ley Orgánica de Universidades de 2001, y, sobre todo tras su modificación por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, incorporó la exigencia de una formación práctica para la colación de los correspondientes títulos. En concreto, de conformidad con el art. 12 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre (ya derogado), “los planes de estudios tendrán (tendrían) entre 180 y 240 créditos, que contendrán toda la formación teórica y práctica que el estudiante deba adquirir: aspectos básicos de la rama de conocimiento, materias obligatorias u optativas, seminarios, prácticas externas, trabajos dirigidos, trabajo de fin de Grado u otras actividades formativas”. Las prácticas externas, por consiguiente, pasarían desde ese momento a formar parte del contenido de los correspondientes planes de estudio, sin que ello evitara continuar con aquellas ligadas a la inserción profesional de los estudiantes universitarios y que empezaron a regularse en el Real Decreto 1497/1981, de 19 de junio, modificado posteriormente por el Real Decreto 1845/1994, de 9 de septiembre (que dispuso la posibilidad de establecer programas de cooperación educativa con empresas para la formación de alumnos que hubieran superado el 50 por ciento de los créditos necesarios del título que estuvieran cursando). El propio art. 1 del vigente Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad, cuando define su objeto, determina que éste, referido al “establecimiento de la organización y la estructura de las enseñanzas universitarias, a partir de los principios generales que definen el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)”, ordena la oferta académica oficial y la oferta de otros títulos como la referida a la formación permanente, “y regula las estructuras curriculares específicas y las prácticas académicas externas que las universidades podrán incorporar a sus planes de estudios”. Estas son consideradas como “refuerzo” del proyecto de los planes de estudio (art. 5.1) y parte integrante del mismo, sobre la base de su contenido “plenamente formativo” (art. 11.2)<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Vid. no obstante, a este respecto, la previsión contenida en la disposición transitoria 5ª de la citada ley. Conforme a la misma, “se habilita un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2028 para la transición del sistema de beca para la formación profesional dual, recogido en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, al contrato de formación previsto en la presente ley”.

<sup>6</sup> El art. 11 del Real Decreto regula las prácticas académicas desde esta perspectiva y sin perjuicio de la regulación contenida en el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, al que remite. Conforme su apartado 1º, “las prácticas académicas externas constituyen una actividad de naturaleza formativa realizada por los estudiantes universitarios y supervisada por las universidades,

Con estos fundamentos legales, la normativa reglamentaria ha desarrollado el régimen aplicable las prácticas externas de empresa.

Así, en el ámbito universitario, y tras la declaración de nulidad del Real Decreto 1707/2011, de 18 de noviembre, a tenor de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 21 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:2600), el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, regula los algunos aspectos de su régimen jurídico, destacando, principalmente, la distinción entre “prácticas curriculares” y “prácticas extracurriculares”. Las primeras son aquellas “actividades académicas integrantes del plan de estudios de que se trate”; las segundas, “aquellas que los estudiantes podrán realizar con carácter voluntario durante su periodo de formación y que, aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente plan de estudios” (aunque puedan contemplarse en el Suplemento Europeo al Título) y que fueron reguladas en los originarios decretos de 1981 y 1994 a que antes aludíamos. Nada se dice, empero, en esta norma, sobre el carácter *remunerado* o no a efectos de definición o distinción entre un tipo u otro de prácticas. Solo se alude a la posibilidad, de prever en el correspondiente convenio educativo “la existencia, en su caso, de una bolsa o ayuda de estudios para el estudiante y la forma de su satisfacción” [art. 7.2.e)].

Por su parte, el Real Decreto 1543/2011, de 31 de octubre, regula aún las prácticas “vinculadas” al subsistema de formación profesional para el empleo. Conforme dice su exposición de motivos, se trata de las prácticas profesionales en las empresas contempladas en el RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo” (este último decreto citado fue derogado y sustituido por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio, para adecuar el régimen reglamentario del referido subsistema de formación para el empleo a la Ley 30/2015, aun en vigor). El citado Real Decreto de 31 de octubre, vigente hasta que se produzca la integración de la formación profesional según debe entenderse de los criterios que define la propia Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, considera varios aspectos importantes en relación con las prácticas que regula. En primer lugar, tal como dice su exposición de motivos, la regulación

cuyo objetivo es permitir a los mismos aplicar y complementar los conocimientos adquiridos en su formación académica, favoreciendo la adquisición de competencias que los preparen para el ejercicio de actividades profesionales, faciliten su empleabilidad y fomenten su capacidad de emprendimiento. El Suplemento Europeo al Título recogerá las prácticas realizadas por el o la estudiante”. Éstas se podrán realizar en la modalidad curricular o extracurricular (apartado 2). “La universidad garantizará el carácter plenamente formativo de las prácticas académicas externas y que las condiciones de realización por parte del estudiantado sean las adecuadas y sujetas a su interés formativo primordial. Dado su carácter formativo, de su realización no se derivarán, en ningún caso, obligaciones propias de una relación laboral, ni su contenido podrá dar lugar a la sustitución de la prestación laboral propia de puestos de trabajo” (apartado 3). La realización de las prácticas académicas externas exigirá la suscripción de un Convenio de Cooperación Educativa (apartado 4) y serán reguladas por la “una normativa específica de desarrollo de las prácticas académicas externas” por cada universidad aprobada por sus órganos de gobierno (apartado 5).

específica de estas se justifica en las “...particularidades que derivan del objetivo prioritario de las mismas, esto es, procurar el acercamiento de las personas jóvenes con cualificación, pero sin experiencia profesional al mundo laboral”. En segundo lugar, están destinadas a personas jóvenes (en la letra de la norma, menores de 25 años o beneficiarios del Sistema de Garantía Juvenil –menores de 30 años en este caso-) <sup>7</sup> y con titulación, sea de grado universitario o de formación profesional, incluyendo los denominados certificados de profesionalidad. Y, en tercer lugar, determina su carácter necesariamente *remunerado*, contemplando la obligación de que los jóvenes reciban de las empresas o grupos empresariales donde se desarrollan las prácticas “una beca de apoyo cuya cuantía será, como mínimo, del 80 por ciento del IPREM mensual vigente en cada momento” <sup>8</sup>. A este nivel, con el fundamento legal expresado, nos encontramos, por tanto, con un subtipo de prácticas que van “dirigidas a personas jóvenes que, debido a su falta de experiencia laboral, tengan problemas de empleabilidad”; que están insertas dentro del subsistema de formación para el empleo; que son *remuneradas* en el sentido de que hay una obligada contraprestación económica; pero cuyos destinatarios ya tienen titulación académica, con lo que están al margen del carácter exclusivamente académico propio del sistema educativo en cualquiera de sus niveles –tanto universitario como de formación profesional-.

En otro orden, y como hemos destacado antes, la Ley 27/2011 había previsto la inclusión de las prácticas remuneradas dentro del sistema de Seguridad Social. Su desarrollo reglamentario lo encontramos en el también vigente Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre. De conformidad con el art. 1.1 del mismo, “quedan asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a efectos su inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, no tengan carácter exclusivamente lectivo sino que incluyan la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades y conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba, siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social”. Por tanto, en quienes concurren los siguientes requisitos: a) participar en programas de formación vinculados a estudios de formación profesional o universitarios (lo que plantea la duda de su conexión –pero no de su concurrencia- con el subsistema de

<sup>7</sup> La consideración de los jóvenes como colectivo prioritario llega a los menores de 30 años conforme la Ley de Empleo. Vid. infra.

<sup>8</sup> La concesión de becas o distintos tipos de ayudas se contempla indirectamente en la Ley 30/2015, al considerar como gasto justificable de las posibles subvenciones que reciban las empresas o instituciones que participen en programas de formación para el empleo las mismas. Así se dispone en el art. 6.5.d) de la citada Ley conforme la redacción dada a la misma, precisamente, por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

formación profesional para el empleo y, en general, con las prácticas reguladas por el Real Decreto 1543/2011); b) no tener dichas prácticas en empresa un “carácter exclusivamente lectivo” (lo que excluiría inicialmente a las prácticas meramente académicas o, en términos más actuales, “curriculares” no remuneradas); y, c) obviamente, no encubrir ninguna forma de relación laboral que conllevara su encuadramiento como persona trabajadora.

Finalmente, la disposición adicional 52ª del TRLGSS, redactada conforme el Real Decreto ley 2/2023, contempla la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las personas que realicen “prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación” y “prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria”. Prevé, por tanto, un ámbito de aplicación amplio que, no obstante, se precisa en la propia norma según el nivel académico donde estas se desarrollan y que plantea problemas de interconexión y concurrencia con los supuestos previamente incluidos en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011. En todo caso, al menos respecto las prácticas en el ámbito universitario, la norma las limita a aquellas “dirigidas a la obtención” del título, sea este de carácter oficial o un título propio de la universidad, lo que plantea una relativa restricción inicial del ámbito objeto de la aplicación de la norma y de la correspondiente inclusión en el sistema de Seguridad Social tal como diremos más adelante.

El artículo 45 de la Orden PJC/51/2ª24, de 29 de enero (Orden de cotización) recoge estos tipos de prácticas a la hora de regular o intentar sistematizar las normas aplicables sobre cotización. Alude a las prácticas incorporadas por la disposición adicional 52ª, sean estas remuneradas o no remuneradas (sobre la base del distinto régimen jurídico aplicable), pero también las reguladas reglamentariamente en el Real Decreto 1453/2011, de 31 de octubre y en el Real Decreto 1439/2011, de 24 de octubre.

### **3. LA CUESTIONADA JUSTIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DENTRO DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PRÁCTICAS ACADÉMICAS**

Como decimos, a la espera del denominado y referido “Estatuto del becario”<sup>9</sup>, con el que pretendía haber establecido el necesario régimen unitario de prácticas externas en empresas, en sus distintas facetas y regímenes, el Real Decreto ley 2/2023, de 16 de marzo, determinó la inclusión en el sistema de Seguridad Social, como asimilados a trabajadores, de las personas que realizaran prácticas

<sup>9</sup> Además de S. Bini, op. loc. cit. confr., por ejemplo, O. Requena Montes; “Estatuto de las personas en formación práctica no laboral o de las personas en formación práctica no laboral en el ámbito de la empresa: análisis del nonato «estatuto del becario»”. Net 21 nº 14, julio 2023.

formativas o académicas universitarias y de formación profesional (incluyendo posteriormente las de enseñanzas artísticas y deportivas) en sus distintas modalidades, fueran estas remuneradas o no, pero vinculadas a los estudios. Se trata de una adición a los supuestos ya contemplados previamente en normas precedentes (fundamentalmente la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), admitiendo la concurrencia o intersección de diferentes supuestos con un tratamiento no coincidente, que conduce a un diverso régimen jurídico aplicable en aspectos no menores en materia de dinámica de encuadramiento y cotización.

La exposición de motivos del Real Decreto Ley de 2023 no aclara la motivación de esta inclusión. Sí lo hizo, aun sucintamente, el Real Decreto Ley 28/2018, de 28 de diciembre<sup>10</sup>, que ya la había previsto, pero cuya referida falta de desarrollo reglamentario, a la que se vinculaba su entrada en vigor, impidió su aplicación<sup>11</sup>. En aquel momento, en relación con las personas que realizaran prácticas externas en empresas o instituciones, se aludía a la necesidad de “poner fin a su situación de desprotección”, aplicando una lógica *laboral* o *profesional* a una actividad eminentemente académica (como decíamos anteriormente, la referida desprotección bien se podría plantear, de admitirla, a toda la actividad de los estudiantes, independientemente de la realización o no de dichas prácticas).

Antes, como venimos reiterando, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su disposición adicional tercera, había dispuesto la inclusión de las prácticas *remuneradas*. De conformidad con la misma, el Gobierno establecería “los mecanismos de inclusión” de “los participantes en programas de formación financiados por organismos o entidades públicos o privados, que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional, conlleven contraprestación económica para los afectados, siempre que, en razón de la realización de dichos programas, y conforme a las disposiciones en vigor, no viniesen obligados a estar

<sup>10</sup> Tal como disponía la disposición adicional quinta del citado decreto ley, se incluirían dentro del sistema de Seguridad Social (apartado 1) “la realización de prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de formación, la realización de prácticas no laborales en empresas y la realización de prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria, determinará la inclusión en el sistema de la Seguridad Social de las personas que realicen las prácticas indicadas, aunque no tengan carácter remunerado”. Se comprendían tanto las prácticas “realizadas tanto por alumnos universitarios de titulaciones oficiales de grado y máster como por alumnos de formación profesional de grado medio o superior”.

<sup>11</sup> Esta previsión de 2018 debía ser desarrollada por “el Gobierno, en el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este real decreto-ley”, un plazo ampliamente incumplido, pese a las argumentadas razones de extraordinaria y urgente necesidad que justificaban nominalmente la decisión, pero que, como decimos, finalmente no concluyó con la necesaria regulación reglamentaria dispuesta. Seguramente la contestación por parte del sector académico –y, en particular, la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas, CRUE- estaba detrás de este *aplazamiento* del desarrollo normativo sobre la cuestión del que se hacía depender la aplicación efectiva de la previsión legal de 2018.

de alta en el respectivo Régimen de la Seguridad Social”. Por cierto, conforme lo previsto en la disposición adicional 25ª del Real Decreto ley 8/2014<sup>12</sup>, las “prácticas curriculares” (en la denominación dada a las mismas por la norma citada –no exenta de trascendencia dada la distinción entre curriculares y extracurriculares en el ámbito universitario-) llevarían aparejada una bonificación integral del 100% de toda la cotización en Seguridad Social. Este carácter *remunerado* de las prácticas –la existencia de cualquier compensación económica- vendría determinado por el correspondiente convenio de colaboración académica entre empresa y entidad formativa o académica y, específicamente en el ámbito universitario, sería independiente del carácter “curricular” o “extracurricular” de las mismas.

La disposición adicional 52ª del TRLGSS plantea un criterio distinto. Incorpora a tal asimilación a todo tipo de práctica académica vinculada a una titulación, universitaria o de formación profesional (incluidas las artísticas o deportivas), fueran estas remuneradas o no; pero, a diferencia de la Ley 27/2011, delimita su ámbito de aplicación en el referido vínculo académico a la titulación en que se desarrolla la misma. Quizá el elemento diferencial más importante resulta ser la inclusión de las prácticas no remuneradas, lo que supone que se centre en las mismas no solo gran parte de los problemas de interpretación y aplicación a que nos referimos, sino también cualquier análisis sobre la virtualidad y cumplimiento de objetivos de lo pretendido por el legislador urgente.

En 2018, la justificación dada para esta solución fue la aludida y alegada posible desprotección de las personas que llevaran a cabo estas prácticas. Pero este argumento plantea matices importantes desde su propia lógica. Si se parte de que hay una asimilación entre trabajo por cuenta ajena y realización de prácticas en empresas (independientemente de su carácter *remunerado* o no), la cuestión debería acometerse de manera integral, afectando al propio sistema de estudios, de forma que la definición de los modelos a través de los que llevar a cabo la adquisición de competencias prácticas (si entendemos que esta sigue siendo necesaria o, cuando menos, oportuna) deberían basarse en la utilización de los contratos formativos. Si, por el contrario, se parte de que la desprotección es por la actividad académica en sí, aun cuando la misma venga caracterizada por su desarrollo en la empresa o institución donde se realizan las prácticas –y puede ser que sea en el seno de la propia institución académica-, el debate se amplía al régimen de aseguramiento

<sup>12</sup> Según la misma, “las prácticas curriculares externas realizadas por los estudiantes universitarios y de formación profesional, que tienen el carácter exclusivamente de asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, desarrollada por el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se regula los términos y las condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de las personas que participen en programas de formación, tendrán una bonificación del cien por cien en la cotización a la Seguridad Social a partir del día 1 de agosto de 2014”.

de los estudiantes o, lo que es igual, al mantenimiento del Seguro Escolar en los términos aún vigentes. Además, y por elevación, la disposición adicional 52ª aboca a un problema sobre el tratamiento de los estudiantes como actividad profesional en el sistema de Seguridad Social. Como decimos, en este contexto, es necesario plantear si el modelo vigente debe mantenerse. El abordaje de este tema no debe hacerse solo desde la perspectiva de la acción protectora, sino del propio mantenimiento del modelo actual, que es arcaico en su propia concepción. Es más, la realidad actual es muy distinta a la de 1953. Y no solo por la configuración social a que pudiera dar respuesta y a las necesidades de atención de una acción protectora que desde la perspectiva actual es meramente asistencial y bastante residual (sin perjuicio de que sus resquicios hayan permitido alguna actuación concreta en los últimos años –atención psicológica y psiquiátrica-). Si se decide que es adecuada o necesaria dicha inclusión, como sigue contemplando el art. 7 del TRLGSS –tal como, por otra parte, ha estado previsto desde el primer texto articulado de la Ley de Seguridad Social-, hay que plantearse la superación de un modelo basado en un régimen de seguro obligatorio, anterior al sistema de Seguridad Social, cuya utilidad, dado su limitado campo de acción protectora e, incluso, de cobertura (con una limitación de edad que quizá no es necesariamente coherente con las nuevas realidades sociales), puede estar en entredicho. Si lo que se pretende es asimilar la actividad de prácticas en empresas a una forma de prestación de servicios laboral, la solución –como en el caso de la formación profesional intensiva- debiera estar en la utilización de las modalidades contractuales previstas en el Estatuto de los Trabajadores (contratos formativos). Pero ello incidiría en la forma en que se elabora la propia normativa académica –como lo hace en relación con la formación profesional- y, sobre todo, exigiría las previsiones presupuestarias suficientes para darles cobertura. Si, finalmente, lo que se pretende es garantizar o reconocer una actividad académica a efectos de cómputo de cotización, hay otras fórmulas posibles (como el reconocimiento de días de cotización a efectos de carencia o cálculo de pensiones). Sería incluso más igualitario y evitaría un problema añadido por resolver como es el agravio entre planes de estudio –según el nivel de prácticas contemplado-.

El cuestionamiento de la inclusión en el sistema de las prácticas formativas en empresas se plantea también desde la propia distinción entre prácticas remuneradas o no remuneradas que mantiene la disposición legal que incide fundamentalmente en la definición de la acción protectora –dado que, independientemente de los riesgos incluidos, lo que va a definir su protección efectiva es la reducción de la cotización a los días efectivos de prácticas cuando estas no son remuneradas-. Como veremos, ello va a cuestionar la efectividad mínima de una decisión legal que va a proporcionar una cobertura a veces insignificante y cuyos gastos de gestión pueden ser superiores a los beneficios que se van a proporcionar efectivamente a los nuevos asegurados. Además, los criterios para distinguir cuándo una práctica es remunerada no están claros, o, simplemente, no están definidos. Ello sin perjuicio de que el empleo del concepto “remuneradas” no parece muy apropiado

técnicamente ya que el legislador urgente al emplear un término que define sustancialmente la existencia de una relación de trabajo, de la que las prácticas en empresas deben diferenciarse, está confundiendo el concepto con la posible compensación económica a que pudiera dar lugar la misma –siempre manteniendo su causa formativa o académica-.

En definitiva, la solución de los problemas de cobertura de los estudiantes no puede solventarse con una actuación que no deja de ser concreta o específica de actividades que puedan incluirse en la programación académica. Si la actividad académica o formativa se considera como una actividad profesional que merece su encuadramiento en Seguridad Social (art. 7), debe acometerse desde una actuación global, afectando al régimen especial en el que éstos están insertos. Lo contrario es crear una serie de distorsiones que derivan de aplicar una lógica profesional a un ámbito como el académico que responde necesariamente a otros criterios. De la propia regulación específica, además, se deducirá, como decimos, si lo realmente pretendido por el legislador urgente se cumple.

#### **4. PRÁCTICAS ACADÉMICAS EN EMPRESAS E INCLUSIÓN EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: LA NECESARIA DELIMITACIÓN OBJETIVA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 52ª DEL TRLGSS**

##### **4.1. Una delimitación objetiva con problemas de interpretación**

Más allá de las cuestiones generales que hemos venido planteando, la regulación contenida en la disposición adicional 52ª requiere un esfuerzo de interpretación importante; necesidad que deriva de la dificultad supone atender a una actividad que se integra en una compleja y diversa realidad académica, muchas veces desconocida. Tan es así que, ante sucesivas consultas, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (en su criterio 11/2023, sucesivamente ampliado, y, más recientemente, criterio interpretativo 3/2024 en que refunde las ampliaciones del anterior) ha intentado dar respuesta a distintas cuestiones, muchas de las cuales tienen que ver con la delimitación del propio objeto de aplicación de la norma (algo que debería haber correspondido a quien ejerce la potestad legislativa o, cuando menos, al titular de la potestad reglamentaria)<sup>13</sup>.

Con carácter general, la disposición del TRLGSS contempla la inclusión en el sistema de Seguridad Social de las personas que realicen “prácticas formativas en empresas, instituciones o entidades incluidas en programas de

<sup>13</sup> La Inspección de Trabajo también ha publicado una “Nota informativa sobre las novedades en materia de inclusión en el sistema de la seguridad social de los alumnos que realicen prácticas formativas o prácticas académicas externas a partir del 1 de enero de 2024”.

formación” y “prácticas académicas externas al amparo de la respectiva regulación legal y reglamentaria” (aunque en el curso de la propia dicción legal se refiera posteriormente de manera exclusiva a “prácticas formativas” –fundamentalmente en el apartado 4-). El ámbito de aplicación, por tanto, es amplio; pero la norma no alcanza a regular todo tipo de prácticas. Se añade a las prácticas académicas remuneradas ya incluidas en el sistema por parte de la Ley 27/2011, con las que potencialmente concurre e interfiere. Y se mantienen las prácticas externas del subsistema de formación para el empleo.

Además, la propia dicción de la disposición adicional 52ª pretende precisar su ámbito objetivo de aplicación. Lo hace, particularmente, cuando se refiere a las prácticas universitarias, al aludir, de manera específica, a aquellas “dirigidas a la obtención” de un título, sea éste oficial (grado, máster o doctorado), o propio (máster de formación permanente, diploma de especialización o diploma de experto). De esta forma, teniendo en cuenta que en este ámbito hay que continuar considerando la distinción entre prácticas curriculares y no curriculares que consagra el Real Decreto 592/2014, de 11 de julio, en vigor, parece que el texto legal incorporado por el Real Decreto ley 2/2023 limita exclusivamente su objeto a las primeras de las citadas. Inicialmente y considerando cualquier interpretación e integración normativa básica, están incluidas, por tanto, las actividades que supongan realización de prácticas en empresas o instituciones previstas en los correspondientes planes de estudio (esto es, las curriculares), sean estas remuneradas o no remuneradas (otra cosa sea el régimen jurídico diferenciado entre ambas que dispone la misma norma). Pero, en principio, no se incluirían las extracurriculares, que solo supondrían el alta en Seguridad Social si estuvieran remuneradas, y no por entrar dentro el ámbito de aplicación de la disposición adicional 52ª del TRLGSS, sino a tenor de lo recogido en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 (lo que excluiría a las prácticas extracurriculares no remuneradas, precisamente la actividad que más desprotección crearía y donde podrían ubicarse las situaciones de mayor fraude o conflicto). No será una cuestión pacífica ni siquiera para el órgano administrativo encargado de su exigencia que, tal como veremos a continuación, varía su criterio para finalmente admitir la inclusión de ambas (por motivos seguramente de oportunidad).

En todo caso, como decimos, asistimos a un juego de distinciones según la modalidad de prácticas, curriculares o extracurriculares, y, sobre todo, remuneradas o no remuneradas, que afecta no solo a la delimitación del ámbito de aplicación de la norma, sino al régimen jurídico aplicable a las mismas. La disposición adicional 52ª del TRLGSS abarca, como decimos, a las prácticas, en principio, curriculares, sean o no remuneradas (término que emplea directamente la norma). Pero el régimen jurídico aplicable es sustancialmente distinto. Y lo es no solo a la hora de delimitar quién es el sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social, sino en relación con la dinámica de encuadramiento, estableciendo reglas diferenciadas en la relación entre la situación de alta y la cotización y, sobre todo, cuando trata la acción protectora. Esta, por un lado, abarca

a diferentes riesgos según el tipo de prácticas (la protección de la incapacidad temporal por contingencias comunes solo se daría en caso de prácticas remuneradas). Pero, por otro lado, la definición de la acción protectora en caso de prácticas no remuneradas considerará exclusivamente los días cotizados que son aquellos en que se realicen efectivamente las prácticas. Esta diferencia es contrastable con el régimen previsto en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 y, sobre todo, con las previsiones contenidas en el decreto que la desarrolla a estos efectos. Sobre este aspecto, volveremos más adelante.

Antes de ello, hay otra cuestión importante. Nos referimos a qué se consideran prácticas remuneradas. La norma contenida en el TRLGSS no hace ninguna consideración a qué se entiende por remuneración a tal efecto. Simplemente parte de la constatación del hecho que permitiría tal calificación. Sí encontramos, en cambio, una referencia en la normativa antecedente. Así la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 habla, más correctamente, no de remuneración, sino de compensación económica, y el Real Decreto 1493/2011, que la desarrolla específica. Cuando precisa el ámbito de su objeto de aplicación, habla de compensación económica, “cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba”. Por consiguiente, si atendemos a este criterio antecedente, el concepto de *remuneración* empleado es amplio y abarcaría a cualquier tipo de compensación económica, independientemente del concepto o forma en que ésta se diera o se acordara en el correspondiente convenio académico. Es más, podría entenderse que, ante la falta de determinación, sería independiente de la cuantía que se estableciera –solo en el Real Decreto 1543/2011 se establece una cuantía mínima respecto de las prácticas de inserción en el sistema de formación profesional para el empleo que aquí no aplica-.

Esto tiene, como decimos, una especial significación en relación con la extensión de la acción protectora. El carácter sustitutivo de las prestaciones a que pudiera tener derecho la persona que realiza las prácticas toma como referencia la cotización. Este carácter sustitutivo podría justificar la vinculación entre remuneración, cotización y forma de cálculo del correspondiente subsidio. Es el mismo fundamento que justifica que, en caso de prácticas remuneradas, se amplíe el deber de cotización a todo el período de alta y, por tanto, a toda la *vigencia* del período en que se desarrollan las prácticas, pero no tiene sentido si la referida compensación económica no guarda relación con las bases de cotización establecidas. Lo que estamos diciendo es que este carácter remunerado no se define, ni se establece cuál puede ser su concepto u objeto, y tampoco se define una cuantía mínima. Cualquier compensación económica podría conllevar la consideración como práctica remunerada a efectos de su tratamiento en esta materia (como ocurre respecto la precedente disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011), pero, la lógica del propio tratamiento en materia de Seguridad Social, tanto desde la perspectiva de la determinación de la cotización como de la definición de la acción protectora y cuantía de las prestaciones correspondientes, debería asociar dicha remuneración

a las bases mínimas de cotización a considerar. Por el contrario, la exclusión de esta lógica en las prácticas no remuneradas conlleva la desprotección real de las mismas, no alcanzando efectivamente el objetivo que se marcó, al menos, el legislador urgente de 2018 cuando intentó fundamentar en este argumento la inicial pretensión de incluir estas prácticas dentro del sistema de Seguridad Social.

Estas consideraciones son igualmente aplicables respecto de las prácticas de alumnos de formación profesional. En este caso, la referencia es amplia y técnicamente más simple; pero excluye aquellas que se presten en el régimen de “formación profesional intensiva”, que conforme la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, se desarrollan, sin perjuicio del régimen transitorio aplicable, bajo la contratación laboral (contrato formativo)<sup>14</sup>.

No obstante, en este ámbito, el momento en que actualmente se encuentra la formación profesional, pendiente del desarrollo de una ley orgánica que cambia estructuralmente el modelo para su efectiva entrada en vigor; la persistencia de los dos subsistemas de formación profesional transitoriamente y la relativa indefinición del marco normativo aplicable –dada la extraña disposición derogatoria que plantea la propia ley orgánica– son cuestiones que dificultan la comprensión de los distintos supuestos en que pueda aplicarse la disposición adicional 52<sup>a</sup>. De nuevo, la concurrencia de casos, de manera transitoria o definitiva, según se interprete la implantación del nuevo modelo integral de formación profesional, ahonda en tal dificultad. Sin embargo, al menos en este supuesto, sí se dan una serie de parámetros comunes: a) la apuesta, en todo caso, por la formación práctica, llegando a tener carácter estructural; b) la general extensión a todo tipo de prácticas salvo las referidas al modelo específico de formación profesional intensiva, que responde a un determinado modelo que descansa en la contratación laboral –aun cuando la normativa transitoria permita la demora en la aplicación de tal disposición hasta 2028 y mantenga las becas sobre la materia-<sup>15</sup>; y, c) el aparente mantenimiento de las prácticas de inserción profesional que pueden desarrollarse no solo por la pervivencia del marco normativo de la Ley 30/2015 sino por la cobertura que podría encontrarse en lo dispuesto en la propia Ley de Empleo.

En relación con ello, el criterio interpretativo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (originalmente, en su ampliación 2<sup>a</sup> –consultas

<sup>14</sup> Confr. art. 67.1 de Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional, y lo dispuesto en su disposición transitoria 5<sup>a</sup> antes transcrita.

<sup>15</sup> Conforme la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, “se habilita un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2028 para la transición del sistema de beca para la formación profesional dual, recogido en el Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual, al contrato de formación previsto en la presente ley”. Confr., al respecto, art. 33 del citado Real Decreto, así como el art. 31 en relación con los contenidos de los convenios entre empresas y centros educativos para el desarrollo de la formación profesional dual.

tercera y cuarta-) es mantener dentro de la disposición adicional 52ª las prácticas vinculadas a acciones de formación profesional para el empleo conducentes a la obtención de los certificados de profesionalidad (que, con la implantación de ley, serán certificados profesionales). En este caso, para el órgano administrativo, la vinculación a la obtención de dicho certificado, incluida en el ámbito de la oferta formativa de los centros de formación profesional, justifica la aplicación de la citada disposición. No así, cuando se trata exclusivamente de formación en el trabajo, no conducente a la obtención de los referidos certificados de profesionalidad (o profesionales en los términos de la Ley Orgánica 3/2022) aunque se hallen vinculados al Catálogo de Especialidades Formativas.

Además de lo anterior, se exige, conforme el citado criterio interpretativo –ampliación 3ª consulta 5- que la formación para la obtención de lo que ahora se denomina certificado profesional que la misma sea impartida en un centro del Sistema de Formación Profesional (definidos en el art. 77 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo) y necesariamente inscrito en el correspondiente registro<sup>16</sup>.

No es el único problema. En el ámbito concreto de las prácticas de formación profesional se plantea una cuestión importante sobre los límites de edad y de otros posibles criterios que puedan condicionar la capacidad para contratar en el ámbito laboral al que generalmente ha venido asociada el alta en Seguridad Social.

De esta forma, se plantea un posible problema potencial en relación con la edad a la que se puede acceder a las prácticas en empresas (siendo, como es, necesariamente dual el diseño de la formación profesional). En relación con ello, por ejemplo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en el citado criterio interpretativo (ampliación 3ª) resuelve la consulta planteada en relación con a “inclusión en el ámbito de aplicación de la disposición adicional quincuagésima segundo de los alumnos menores de 14 años que realizan prácticas no remuneradas por recibir Formación Profesional básica”. En este caso concreto, la administración considera aplicable lo dispuesto con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores sobre límites de edad para trabajar (no dice nada en relación con los requisitos adicionales para llevar a cabo la actividad en caso de menores –fundamentalmente autorización de padres o tutores-) y alude a un argumento relativamente curioso: evitar “agravios comparativos con aquellas personas que no pueden ejercer una actividad laboral con la correspondiente protección social antes de los 16 años.

En relación con las personas que no tienen permiso de residencia, el mismo criterio interpretativo (consulta 1 de la ampliación 3ª; y, antes, en la consulta

<sup>16</sup> Así se plantea en el citado criterio interpretativo respecto de la consulta planteada en relación con las prácticas formativas realizadas en el marco de los estudios de monitor/director de tiempo libre.

novena, de la ampliación 2<sup>a17</sup>) mantiene la opinión de que no pueden ser incluidas en el sistema dado que, conforme entiende, “...para ello es requisito indispensable acreditar que residan o se encuentren legalmente en España mediante la resolución administrativa de autorización de residencia –incluido el arraigo para la formación-y/o trabajo”. Sin embargo, esta cuestión no es tan simple. Hay que tener en cuenta que el derecho a la educación, incluido el acceso a la formación postobligatoria, es un derecho ciudadano reconocido a los extranjeros. Así lo dispone el art. 9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la modificación operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, y la declaración de inconstitucionalidad, precisamente, de la restricción de acceso a la educación que había incorporado la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Conforme afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, “...ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”, lo que conlleva la declaración de inconstitucionalidad de tal restricción.

Por consiguiente, en ambos casos, nos encontramos con un problema que deriva de la referida confluencia de lógicas distintas entre lo académico y lo profesional, que generalmente justifica la inclusión en Seguridad Social. En este caso, el problema es que puede afectar al contenido constitucional de determinados derechos. La inclusión en Seguridad Social, si se limita por razón de la edad o de la autorización para residir legalmente en nuestro país, y afecta a la posibilidad de llevar a cabo unas prácticas que son obligadas para la obtención del título o el propio desarrollo de los estudios, puede afectar al derecho a la educación. Si se habilita otra solución al margen, estaríamos ante una excepción que quiebra la pretendida norma general de inclusión de una actividad que se asimila a trabajadores por cuenta ajena. Se trata, pues, de un problema de calado que debería tener una solución legal. Es cierto que los extranjeros sin residencia legal están excluidos del seguro escolar –y, por tanto, de su ámbito de acción protectora-, pero la necesaria inclusión de las prácticas en el sistema y su asimilación al trabajo por cuenta ajena implica un salto cualitativo. Si la protección por accidente de trabajo alcanza a esta actividad –como realmente sucede-, le serían de aplicación a las

<sup>17</sup> En esta se afirma: “Con relación a tales alumnos se considera que, en virtud del artículo 7 del TRLGSS, podrá tramitarse el alta en el Régimen General de la Seguridad Social siempre y cuando tales alumnos residan y se encuentren legalmente en España y ello aunque no dispongan de autorización previa para trabajar, y ello por considerar que la inclusión en el sistema de Seguridad Social de tales personas en virtud de lo dispuesto en la citada disposición adicional quincuagésima segunda del TRLGSS, lo es como asimilados a trabajadores por cuenta ajena al no suponer la realización de tales prácticas, stricto sensu, la realización de un trabajo por cuenta ajena. Del mismo modo se indica que, caso de que no dispongan del NIE, podrá tramitarse el alta con el pasaporte sin perjuicio de que tales alumnos deben solicitar dicho NIE y aportarlo cuando se les conceda”.

personas extranjeras sin autorización legal de residencia las previsiones sobre altas presuntas y protección en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional contenidas tanto en el TRLGSS con carácter general como, en particular, en el art. 36.5 de la Ley de Extranjería (conforme al cual la falta de autorización de residencia no “será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores”).

Finalmente, la inclusión de las prácticas realizadas “por alumnos de Enseñanzas Artísticas Superiores, enseñanzas artísticas profesionales y enseñanzas deportivas del sistema educativo” responde a la necesidad de adaptar el ámbito de aplicación de la norma a la asimilación de estos estudios a los grados profesionales o universitarios conforme a la sucesión de criterios interpretativo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social y que concluyeron con la inclusión en esta disposición que introdujo el Real Decreto ley 8/2023, de 27 de diciembre.

#### **4.2. En particular, respecto de las prácticas universitarias**

Ya hemos hecho referencia a algunos de los problemas principales que plantea la delimitación del ámbito objetivo de la disposición adicional 52ª del TRLGSS. Además, como hemos avanzado, la letra a) del apartado 1 intenta precisar qué prácticas se encuentran incluidas en el ámbito universitario. En este sentido, tal como dispone, las prácticas a que se refiere el párrafo primero de dicho apartado comprenden “las realizadas por alumnos universitarios, tanto las dirigidas a la obtención de titulaciones oficiales de grado y máster, doctorado, como las dirigidas a la obtención de un título propio de la universidad, ya sea un máster de formación permanente, un diploma de especialización o un diploma de experto”. Por tanto, las prácticas incluidas en la disposición adicional 52ª serían aquellas realizadas en títulos oficiales y en títulos propios y “dirigidas” a la obtención de los mismos<sup>18</sup>. En consonancia con lo previsto en el RD 592/2014, esta serían las denominadas prácticas curriculares, en principio, ya que son las que se definen, precisamente, como “actividades académicas integrantes del Plan de Estudios de que se trate”. Las denominadas prácticas extracurriculares tienen carácter voluntario y, “aun teniendo los mismos fines que las prácticas curriculares, no forman parte del correspondiente Plan de Estudios”. Esto conlleva que, en cualquier primera aproximación, estas prácticas extracurriculares quedarían fuera del ámbito de aplicación de la disposición adicional 52ª del TRLGSS y, por tanto, excluidas del deber de alta, salvo que sean objeto de compensación o contraprestación económica (*remuneradas*) y se incluyeran en el sistema conforme lo dispuesto en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 (con el régimen jurídico previsto en la misma).

<sup>18</sup> Excluidos conforme el criterio interpretativo 11-2023 en su extensión cuarta los títulos de extensión universitaria.

Esta es, obviamente, una cuestión relevante. No ya por cuanto supone de especificación de un determinado tipo de prácticas y no de otras, sino porque afecta a la propia fundamentación de la inclusión en sí. Dificilmente puede admitirse que las prácticas extracurriculares no remuneradas sean, finalmente, la que resultaran excluidas de la obligación de encuadramiento y, por consiguiente, ajenas al ámbito de protección que el legislador urgente pretende otorgar a la actividad de prácticas en empresas. Son, éstas, precisamente las más precarias, si se nos permite la expresión. Donde se puede dar con mayor claridad la desprotección de la que hablaba la exposición de motivos del Real Decreto ley 28/2018. Y, si se nos apura, donde pudieran darse los mayores índices de actuación fraudulenta. Siendo así, qué justificación tendría la exclusión de hecho de estas prácticas.

Por ello, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social varía su criterio inicial, dando lugar (en la ampliación cuarta del criterio 11-2023) a la admisión de estas prácticas dentro del supuesto de hecho de la disposición adicional 52ª. Sobre la base del carácter voluntario de las prácticas extracurriculares, la Dirección General (en la ampliación 3ª del criterio) había determinado que “...únicamente quedarían incluidas las prácticas dirigidas a la obtención de un título vinculado a los estudios correspondientes mientras que las prácticas extracurriculares, y según lo indicado, tienen carácter voluntario por parte del alumno y no forman parte del Plan de Estudios de que se trate”<sup>19</sup>. Sin embargo, como decimos, cambia de criterio para admitir la inclusión de estas prácticas extracurriculares. El Real Decreto 592/2014 dispone que éstas “serán contempladas en el Suplemento Europeo al Título conforme determine la normativa vigente”. Suplemento que define como “el documento que acompaña al título universitario de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional con la información unificada, personalizada para cada titulado universitario, sobre los estudios cursados, los resultados obtenidos, las capacidades profesionales adquiridas y el nivel de su titulación en el sistema

<sup>19</sup> Ahora bien, tal como decimos, estas prácticas extracurriculares estarían incluidas en el sistema a tenor de lo establecido en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 en caso de que fueran remuneradas. Es más, este parece ser el ámbito objetivo de aplicación de la citada disposición dado que de conformidad con el también referido art. 1 del Real Decreto 1493/2011 quedarían incluidos “...quienes participen en programas de formación financiados por entidades u organismos públicos o privados que, vinculados a estudios universitarios o de formación profesional” y, expresamente se determina, “no tengan carácter exclusivamente lectivo” (cuyo carácter sería predicable a las prácticas curriculares) y “conlleven una contraprestación económica para los afectados, cualquiera que sea el concepto o la forma en que se perciba” (y, obviamente, “siempre que la realización de dichos programas no dé lugar a una relación laboral que determine su alta en el respectivo régimen de la Seguridad Social”). Eso sí, el régimen jurídico sería el previsto en dicha norma y, conforme su desarrollo reglamentario, el contemplado en el Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre. Entre otros aspectos –que abarcan a la definición del campo de acción protectora o el período de alta a considerar –incluyendo normas específicas en relación con los períodos no lectivos académicos conforme su art. 2-, conforme lo previsto en el art. 5 Real Decreto 1493/2011, de 24 de octubre, atribuye, en exclusiva, a las empresas o entidades financiadoras de las prácticas las obligaciones y responsabilidades derivadas de su encuadramiento-.

nacional de educación superior” (art. 2 del Real Decreto 22/2015, de 22 de enero). Entre dichas “capacidades profesionales adquiridas” pueden comprenderse la realización de prácticas académicas. Así, de conformidad con lo previsto en el art. 11.1 del Real Decreto 822/2021, de 28 de septiembre, “el Suplemento Europeo al Título recogerá las prácticas realizadas por el o la estudiante”. Por tanto, se incardina en el ámbito académico y permite la equiparación con las prácticas denominadas curriculares.

Con todo este nuevo criterio o esta variación del precedente tiene implicaciones, porque supone la exclusión efectiva de las prácticas extracurriculares (remuneradas) de la disposición adicional tercera de la Ley 27/2011 y vacía de contenido la misma sin estar formalmente derogada. Es, en definitiva, un reflejo de lo que decíamos sobre la falta de corrección técnica y sobre el relativo desconocimiento de una realidad compleja que, no obstante, hay que considerar. Es más, la Dirección General hace un esfuerzo interpretativo al respecto y justifica la vigencia del Real Decreto 1493/2011, que desarrolla aquélla, en lo que no se oponga a la disposición adicional 52ª del TRLGSS, pero solo reserva para el mismo el supuesto de prácticas universitarias realizadas por graduados o titulados (que, además, y es algo que añadimos, debieran estar al margen de los supuestos de prácticas del sistema empleo).

No son las únicas cuestiones a considerar. También se plantean otras de calado. Sobre todo, en relación con los distintos supuestos de prácticas que pueden darse en el correspondiente nivel académico (independientemente de su carácter curricular o extracurricular). Así, podríamos destacar dos grupos de supuestos importantes. Por ejemplo, qué ocurre con las asignaturas que conllevan realización de prácticas y, en particular, qué ocurre si, en la configuración de los planes de estudios, estas *prácticas internas* sustituyen a las prácticas en empresas. Además, habría que plantear otro grupo de problemas que acaba siendo recurrente y que remite a una cuestión importante dado que afecta a los criterios de determinación de la normativa aplicable. Nos referimos a qué ocurre respecto de las prácticas realizadas en programas de movilidad.

En relación con la primera de las cuestiones, las prácticas que podríamos denominar internas, por desarrollarse en el contexto de determinadas asignaturas (laboratorios) o por desarrollarse en el marco de actividades definidas internamente por el propio centro académico encargado de la titulación y con sus medios específicos (como pueden ser las prácticas en clínicas propias de odontología, podología, fisioterapia, incluso algún tipo de centro educativo propio en el ámbito deportivo o de enseñanzas no obligatorias como la infantil), parecen claramente excluidas del ámbito de aplicación de la norma. No estarían fuera, en cambio, las prácticas concertadas con servicios propios de la institución académica que funcionaran, a estos efectos, como *empresa* encargada de la actividad. En estos casos, sí sería de aplicación la inclusión obligada en el sistema de Seguridad Social.

En relación con las prácticas desarrolladas en el marco de programas de movilidad, nacionales (SICUE) o internacionales (Erasmus y, en particular, Erasmus+, con un contenido específico de realización de prácticas), el criterio asumido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social es el de identificar la norma aplicable –y, en concreto, la inclusión dentro del objeto de la disposición adicional 52<sup>a</sup>– no por la ubicación de la empresa o institución donde se realicen las prácticas, ni por el lugar donde se lleve a cabo la actividad, sino por dónde está matriculado el alumno o la alumna.

En este sentido, el criterio interpretativo de referencia afirma que “se considera que, si durante la realización del referido curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro extranjero quedarían fuera del sistema español de Seguridad Social, mientras que si durante la realización del curso los alumnos quedan matriculados en una Universidad o centro español, mantendrían el alta y la cotización en el sistema español de Seguridad Social en los términos establecidos en la referida disposición adicional quincuagésima segunda”.

Este criterio, que mantiene, en caso de que la práctica se realiza en el extranjero, debería ser objeto de precisión. No ya por cuanto supone una corrección o, cuando menos, especificación del criterio general de determinación de la ley aplicable en caso de prestación de servicios, que también, sino porque, de admitirse, la referencia debe ser más precisa. En caso de movilidad, la matriculación se produce tanto en el centro de destino como de procedencia. La idea debe ser la matriculación concreta de la actividad que da lugar al alta y, por consiguiente, donde se matricula el alumno o la alumna para llevar a cabo estas prácticas académicas (independientemente de dónde las realice finalmente)<sup>20</sup>. Esto es aplicable también, conforme el citado criterio interpretativo, en el caso de prácticas derivadas del programa Erasmus+.

<sup>20</sup> Hay que tener en cuenta, a estos efectos, y como indicador de la dificultad interpretativa de la cuestión, que el criterio del SEPIE era distinto. De conformidad con su Nota informativa sobre la disposición adicional quincuagésima segunda del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social y su aplicación a estudiantes en prácticas del programa erasmus+, “el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social corresponderá a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asumirá a estos efectos la condición de empresario. Por tanto, corresponde a los centros educativos y Universidades españolas que actúan como centros de envío actuar como empresarios y dar de alta a los alumnos participantes en las movildades salientes de sus centros” (...). “En el caso de los alumnos en movildades salientes con “Beca 0” y que, por tanto, no reciben una ayuda económica alguna se aplicará la normativa prevista para prácticas no remuneradas. En este caso, los centros de envío tienen también la obligación de dar de alta a los alumnos participantes en movildades al exterior, para lo que deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social la asignación de un código de cuenta de cotización específico para este colectivo de personas”.

## 5. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

### 5.1. Inclusión de las personas que realizan prácticas formativas como asimiladas a trabajadores por cuenta. Supuestos específicos de exclusión

La inclusión en el sistema de las personas que realizan la actividad de prácticas objeto de la disposición adicional 52ª del TRLGSS se lleva a cabo a través de la recurrente asimilación a trabajadores por cuenta ajena, planteándose por consiguiente la integración dentro del Régimen General (RGSS). No obstante, como aclara la propia norma, en caso de que las prácticas se realicen “a bordo de embarcaciones”, la inclusión se producirá en el Régimen del Mar –por cuenta ajena-.

En relación con esta previsión cabría hacer un par de comentarios. Por un lado, que la precisión que hace la norma respecto a la posible inclusión en el Régimen del Mar no está contemplada en la disposición adicional 3ª de la Ley 27/2011 –ni en la norma reglamentaria de desarrollo-, lo que supone una relativa mejora técnica en la regulación al respecto. Por otro, que la inclusión en el RGSS no supone, en ningún caso, por determinación legal, la de alguno de los sistemas especiales que comprende el mismo –particularmente, por tanto, el agrario-, aunque la actividad se desarrolle en un ámbito propio de aquéllos. Así dispone específicamente el apartado en cuestión, que excluye expresamente tal posibilidad. El régimen de encuadramiento y, sobre todo, de cotización aplicable (así como la definición de su acción protectora, excluyendo, por ejemplo, la cobertura por desempleo) no hace *planteable* esta posibilidad, dado que las peculiaridades que podrían admitirse respecto de algunos de los sistemas especiales (encuadramiento, cotización o acción protectora) vienen regulados, en este caso, por las normas contempladas de manera específica en la citada disposición del TRLGSS.

Pero independientemente de las consideraciones anteriores, que derivan de la propia opción del legislador, mayor importancia tiene los supuestos de exclusión que, a modo de cierre, dispone el último apartado de la disposición. Según el mismo, “no estarán comprendidas” en el ámbito de aplicación de la disposición las personas que en el momento de realización de las prácticas objeto del mismo “figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad, en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar, o durante la cual el periodo tenga la consideración de cotizado a efectos de prestaciones, o tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva”. Y aclara: “la situación asimilada regulada en esta disposición adicional no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social. Asimismo, dicha inclusión no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales”.

En primer lugar, están excluidos, pues, quienes figuren en alta en cualquiera de los regímenes del sistema de Seguridad Social por el desempeño de otra actividad. Esto es, no se va a producir ni una situación posible de pluriactividad, ni de pluriempleo, por la realización de prácticas en empresas, aunque las mismas conllevaran de manera inicial la inclusión en el sistema. Dicho de otra forma, todas aquellas personas estudiantes que realicen prácticas en empresas incluidas en el sistema (no olvidemos que, en caso de las curriculares, tienen carácter obligatorio para la colación del título) no tendrán que ser dadas de alta si realizan otra actividad profesional y, por la misma, están en situación de alta efectiva en alguno de los regímenes (RETA o RGSS como referentes). Ello debe entenderse que se plantea en todos los supuestos de extensión del RGSS (art. 136 del TRLGSS), como del RETA (art. 305 del mismo cuerpo legal), sean como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia o como asimilados a los mismos.

Ello ha planteado si el seguro escolar, obligatorio para los menores de 28 años y a partir de 3º de la ESO –o curso paralelo-, se entiende como causa de exclusión. La norma al respecto parece clara. La referencia que hace al desempeño de otra actividad evita tal posibilidad. La exclusión que se dispone en el apartado 11 de la disposición adicional en cuestión se refiere a aquellas personas que, primeramente, lleven a cabo una actividad profesional distinta de los estudios –diferente, por consiguiente, de la que determina la realización de las prácticas ahora incluidas en el sistema- que por su carácter profesional implica el alta obligatoria en Seguridad Social.

No obstante, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en el criterio interpretativo 11-2023 (ampliación 2ª, consulta segunda), plantea otra cuestión importante. Se refiere a la incompatibilidad de las prestaciones y del propio aseguramiento a través del Seguro Escolar con las derivadas del encuadramiento en el sistema por la realización de prácticas en empresas. En relación con este tema, para el órgano administrativo, citando su propia Resolución de 25 de marzo de 1999, que determinó la inclusión dentro del Seguro Escolar de la actividad de prácticas en aquel momento, salvo “aquellas que constituyeran una relación laboral”, la realización de una actividad laboral es la única causa de exclusión del Seguro Escolar, no la realización de prácticas, aunque estas, ahora, conlleven el alta en el RGSS (o Régimen del Mar, en su caso). Ahora bien, en materia de prestaciones afirma que, derivado de tal inclusión, “se considera que las prestaciones a que aquellos tengan derecho (los estudiantes) las recibirán por el Régimen General de la Seguridad Social”, correspondiendo al Seguro Escolar la diferencia que pudiera existir (cita, al respecto, la Circular 3/2022 de la propia Dirección General no publicada).

Este carácter obligatorio del alta por esta otra actividad implica plantearse otros problemas, a los que ha tenido que dar respuesta la propia Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Nos referimos a aquellas actividades donde el encuadramiento se puede llevar a cabo a través de convenio especial.

El tema se plantea desde la consulta de la situación en que podrían encontrarse las personas cuidadoras no profesionales de beneficiarios de prestaciones de la Ley de Dependencia que se encuentran en situación asimilada al alta a través de la correspondiente formalización del convenio especial con la Seguridad Social conforme lo dispuesto en el art. 2 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo. Según el apartado 2 de dicho artículo, la suscripción del convenio especial no sería posible (no es aplicable la previsión de situación asimilada al alta a través de la referida suscripción) “en los supuestos en que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de Seguridad Social”. Tal referencia excluiría la posibilidad de suscribir el convenio especial y, por consiguiente, de protección de estas personas, que se verían privadas de la misma si llevan a cabo una actividad académica que puede llegar a ser obligatoria por su inclusión dentro del sistema de Seguridad Social. El criterio de la Dirección General, no obstante, es observar que hay compatibilidad porque, argumenta, la actividad de prácticas “no constituye una relación laboral o profesional”.

La cuestión puede verse desde la otra perspectiva. La Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social admite la plena compatibilidad entre la inclusión por la realización de las prácticas con la suscripción del convenio especial. Pero, ¿tener suscrito el referido convenio especial puede suponer la aplicación de las reglas de exclusión contenidas en el apartado 11 de la disposición adicional 52ª?, ¿supone que tal inclusión sí evita el alta por la realización de las prácticas? En este sentido, la respuesta la encontramos en la propia web de Seguridad Social y en las *faq* (algo no muy jurídico, solo con valor informativo)<sup>21</sup>, y se opta por la exclusión. Es decir, según informa la referida web, tener suscrito un convenio especial con la Seguridad Social como personas cuidadoras no profesionales excluye la obligación de alta por la posible realización de prácticas en empresas.

La aplicación de las normas contenidas en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social llevaría a otra solución. Sería un supuesto de posible suspensión del convenio especial (art. 10 de la misma)<sup>22</sup>. Conforme tal norma, la citada

<sup>21</sup> <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/HerramientasWeb/9083f0b1-1cf1-411e-b483-7551440fa1a7/0dbcafb0-4418-4f59-85e2-cd2a5c180fb9/28eb9722-366f-4008-9e17-6cdb8c8b32d3/bb0bdffc-920f-490a-a2cb-a683599009b0>

<sup>22</sup> Teniendo en cuenta que por la actividad de realización de prácticas la cotización es la mínima, difícilmente nos encontraríamos ante un supuesto de extinción del convenio especial (tal como dispone el art. 10.2, éste se extinguirá “por quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador o asimilado que lo suscribiere preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial”).

suspensión se dará “durante los períodos de actividad del trabajador o asimilado que lo hubiera suscrito cuando los mismos, tanto si tienen carácter continuo como discontinuo, determinen su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, siempre que la base de cotización a éste sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial...” (salvo en los supuestos de pluriempleo que, aquí, no aplican por lo dicho). Además de los deberes de comunicación a que alude el citado artículo, “finalizada la causa determinante de la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse la efectividad del convenio” en los términos de la propia norma. Claro que aquí se plantea otro problema importante derivado de la propia dinámica de altas y bajas en supuestos, sobre todo, de prácticas no remuneradas dado que, en este caso, la norma disocia el alta de la determinación de los períodos de cotización, restringe a los días efectivos en los que se desarrollen las prácticas la misma y, por tanto, se suceden una continuación sucesiva e intermitente de días computados como cotizados que impide efectivamente la normal aplicación de la norma general.

En definitiva, la norma presenta en este punto un elemento de debilidad aplicativa importante. Tanto que la propia información pública que ofrece la Seguridad Social va en una dirección distinta de la prevista en las normas aplicables.

Esta reflexión se extiende a otros supuestos de suscripción de convenio especial como mecanismo de aseguramiento en el sistema. Aunque aquí habría que plantear también algunos matices importantes. La exclusión conforme lo previsto en el apartado 11 de la disposición adicional 52<sup>a</sup> parece clara en los casos en que la referida suscripción del convenio especial puede tener carácter obligatorio (supuestos en que la misma sea simplemente una forma de encuadramiento –como la actividad de parlamentarios o participación en organismos internacionales–), pero qué ocurre cuando dicha suscripción es voluntaria. Por ejemplo, en los casos de deportistas de alto nivel; de perceptores de prestaciones económicas del nivel contributivo por desempleo o subsidio y hayan visto extinguidas las mismas; de pensionistas de incapacidad permanente que hayan visto revisada su situación y perdieran la pensión inicial; de pensionistas que a quienes se anule su pensión en virtud de sentencia firme o se extinga la misma por cualquier otra causa o aquellas personas que habiendo causado baja por solicitar una pensión le sea ésta denegada o de determinados trabajadores fijos discontinuos durante el período de inactividad (en los supuestos contemplados en el art. 26). Incluso, los emigrantes españoles e hijos de estos que trabajen en el extranjero que pudieran llevar a cabo una actividad de prácticas por estar matriculados (por ejemplo, a distancia) en una universidad española (la UNED como referente).

La suspensión del convenio especial puede conllevar una relativa desprotección de estas personas por la realización de unas prácticas –que, insistimos, pueden tener carácter obligatorio–, cuya dinámica de altas y bajas, conllevaría, cuando menos, a una sucesión de suspensiones del convenio especial que, como poco, sería inoportuna.

Pero, además, hay que tener en cuenta un tema que no es menor. La protección que abarca la posible suscripción del convenio especial se refiere a una serie de contingencias (incapacidad permanente, jubilación o prestaciones por muerte y supervivencia) que, como regla general y salvo los supuestos previstos en la Orden, no alcanza a riesgos protegidos por la inclusión de las prácticas en empresas. Muy significadamente la relativa a las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo (la primer, en caso de contingencias comunes, incluida en las prácticas remuneradas, las relativas al subsidio por nacimiento y riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, tanto si las prácticas son remuneradas como no remuneradas).

Otro caso interesante en relación con las personas incluidas en el sistema especial agrario dentro del RGSS. La situación de cotización en que se pueden encontrar las mismas durante el período de inactividad, supone una forma de inclusión en el sistema que daría lugar a la aplicación de la exclusión del último apartado de la disposición adicional.

En segundo lugar, estarían excluidos las personas en situación asimilada a la de alta con obligación de cotizar. Este caso se refiere fundamentalmente a los supuestos de situación de desempleo protegido y, en particular, en caso de prestaciones contributivas de desempleo. No se da en caso de subsidio por desempleo, salvo en el caso de subsidio para mayores de 52 años. Pero en este supuesto se plantea un problema interesante. La cotización va referida exclusivamente a la contingencia de jubilación. Quedarían excluidos del resto de riesgos protegidos por la inclusión que deriva de lo dispuesto en la disposición adicional 52ª. De esta forma, si admitimos esta exclusión en este caso concreto, se evitaría la protección por incapacidad temporal por contingencias comunes en los supuestos de prácticas remuneradas, y, sobre todo, la protección por accidente de trabajo que alcanza tanto a éstas como a las prácticas no remuneradas.

En tercer lugar, estarían excluidas las personas en situación asimilada al alta sin obligación de cotizar, pero en cuyo período la ley lo contemple como cotizado a efectos de prestaciones.

Fundamentalmente nos referimos a los casos de protección a la familia y prestaciones familiares en su modalidad contributiva conforme lo previsto en los artículos 235 y siguientes del TRLGSS.

En concreto, cuando se dé la situación de desempleo, y respecto de las prestaciones en que no se requiera que éste sea protegido, que pueda asimilarse a períodos de cotización asimilados por parto (art. 235); beneficios por cuidado de hijos menores (art. 236); cómputo de la consideración como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento de los períodos de excedencia por cuidado de hijos o de familiares (art. 237) en los términos previstos en esa norma.

La cuestión es que, en este caso, se desprotege por accidente de trabajo.

En cuarto lugar, se excluyen a quienes tengan la condición de pensionistas de jubilación o de incapacidad permanente de la Seguridad Social, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva. No se dice nada de beneficiarios de otras prestaciones, por ejemplo, el Ingreso Mínimo Vital. En este sentido, debe considerarse que no es incompatible ser beneficiario del Ingreso Mínimo Vital con el alta por la actividad de prácticas -salvo en lo que se refiere a los efectos que, sobre la prestación, tenga la posible contraprestación económica de las prácticas-.

## **5.2. Definición del sujeto responsable de las obligaciones en materia de Seguridad Social, dinámica de encuadramiento y cotización**

El carácter remunerado o no remunerado de las prácticas, determina, no solo la dinámica de encuadramiento y de cotización, además de la extensión de la acción protectora, sino el propio cumplimiento de las obligaciones a la Seguridad Social y la determinación del sujeto responsable.

De esta forma, en las que la ley denomina en este punto “prácticas formativas remuneradas”, el cumplimiento de las obligaciones “corresponderá a la entidad u organismo que financie el programa de formación, que asumirá a estos efectos la condición de empresario”. En caso de que el programa esté cofinanciado por dos o más entidades u organismos, se considerará empresario “aquel al que corresponda hacer efectiva la respectiva contraprestación económica”.

En el caso de prácticas formativas no remuneradas, la condición de sujeto responsable se atribuye inicialmente “a la empresa, institución o entidad donde se desarrollen las prácticas”, pero conteniendo una salvedad tan importante que se convierte realmente en regla general. A tal efecto, si en el convenio o acuerdo de cooperación se dispone que las obligaciones de Seguridad Social corresponden al “centro de formación responsable de la oferta formativa”, será este el sujeto responsable (por ejemplo, las universidades están asumiendo, de manera mayoritaria, este rol). La determinación del sujeto responsable se convierte, pues, en una condición disponible en función de lo que prevea el correspondiente convenio de prácticas entre empresa y entidad académica.

En todo caso, a quien asuma la “condición de empresario” conforme a las reglas anteriores tiene el deber de “comunicar los días efectivos de prácticas a partir de la información que facilite el centro donde se realice la práctica formativa”. Este aspecto será clave en la dinámica de la cotización y en la conformación de la acción protectora de este tipo de prácticas. Además, dada su especialidad, se prevé la existencia de un código de cuenta de cotización específico que el sujeto responsable debe solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social (en caso de prácticas remuneradas el código de cuenta de cotización será el que tenga asignado la empresa o institución donde se desarrollen las mismas).

El régimen de encuadramiento se remite a la normativa general. Tal como dispone, “el alta al inicio de las prácticas formativas y la baja a la finalización

de estas” (en un plazo general de diez días en ambos casos). Sin embargo, esto tiene un matiz importante. Tal como sigue disponiendo la norma, ello será “sin perjuicio de que para la cotización a la Seguridad Social y su acción protectora se tengan en cuenta los días en que se realicen dichas prácticas”. Por consiguiente, se disocia el período de alta (vinculado al período de duración de las prácticas –a su *vigencia*, si pudiéramos compararla con una relación contractual-) con la obligación y determinación de cotización, que se vincula a los días efectivos de prácticas. Cuestión que no solo alude a una forma (y dinámica) de cálculo de la cotización, conforme a lo previsto en el apartado 7 de la disposición, sino, lo que es más importante, a la definición efectiva de la acción protectora.

Es decir, superar la regla general de que la obligación de cotización se mantiene durante todo el período de alta (como dispone, con tal carácter, art. 144.2 del TRLGSS) no solo se hace por una cuestión del cálculo de la cotización, como por otra parte podría ser razonable ante una actividad cuya concreción se equipararía a una *dedicación* parcial que ante, la falta de contraprestación económica, requiere de normas o reglas específicas para ello. Se hace, sobre todo, porque se vincula a la acción protectora, relativizando la pretendida fundamentación de la necesidad de aportar cobertura suficiente a las personas que realizan prácticas de este tipo. A diferencia, de lo previsto, por ejemplo, en el art. 247 del TRLGSS respecto del contrato a tiempo parcial, que bien podría haberse tomado de referencia, aquí, en el caso de prácticas no remuneradas, la cotización se determina por cada día efectivo de prácticas [apartado 7: la cotización “a) consistirá en una cuota empresarial por cada día de prácticas formativas...”], dentro de un período amplio de liquidación y un plazo específico de ingreso de cuotas, que convierte la cuestión en una especialidad importante respecto de las reglas aplicables, con carácter habitual, en el RGSS. El período de liquidación es trimestral, con meses concretos para realizar los ingresos [letra c) del apartado 7], y a ello se asocia una serie de obligaciones de comunicación a la Tesorería para facilitar la determinación concreta de los días en que se realizan o se han realizado, específicamente, las prácticas (aplicando, pues, elementos importantes de flexibilidad en consecuencia). Pero, sobre todo, como decimos, el cómputo de cada día de prácticas como día cotizado se asocia a la acción protectora, que vendrá definida por tal aspecto. A esta conclusión se llega (y sería una cuestión interpretable, dada la relativa claridad de la dicción legal) por dos aspectos. Por un lado, por la previsión concreta prevista para los supuestos en que los días previstos de prácticas la persona esté en una situación protegible (incapacidad temporal por contingencias profesionales, nacimiento o riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural), que deben ser comunicados a la Tesorería (porque a estos días se asociarían, en su caso, las prestaciones –sin perjuicio de las matizaciones que habría que hacer- y, en su caso, obligación de cotización a asumir por la entidad gestora o colaboradora); por otro, por la previsión contenida en la letra e) de este apartado 7. Según el mismo, se computará, “a efectos de prestaciones”, cada día de prácticas formativas no remuneradas como

1.61 días cotizados (lo que redundará en que el cálculo de días a efectos de carencia y de determinación de las correspondientes prestaciones será, exclusivamente, los días cotizados computados conforme tal coeficiente y no los días de alta)<sup>23</sup>.

El cómputo, a efectos de acción protectora, de los días de realización de las prácticas, aun calculados con el citado coeficiente, impacta directamente en la definición real de cuál sea la protección efectiva de esta actividad. Y ello en distintos aspectos esenciales, algunos de los cuales no están definidos. Así, habría que plantear algunos aspectos como los siguientes. A efectos de carencia, el tema está claro. Se computará cada día cotizado por el coeficiente determinado por la propia norma y este vendrá asociado a los días de realización efectiva de las prácticas. Se han obviado, conscientemente, a estos efectos, las previsiones contenidas en el vigente art. 247 del TRLGSS (tras la modificación introducida precisamente por el Real Decreto ley 2/2023, de 31 de marzo). A efectos de acceso a las prestaciones y el cumplimiento del requisito de alta, debe entenderse que se está en alta a todos los efectos aunque no hay cotización por el día concreto en que se produzca el hecho causante. Finalmente, a efectos de cálculo de las correspondientes prestaciones, deberían considerarse las normas establecidas para el contrato a tiempo parcial y el cálculo de las bases reguladoras conforme la cotización mensual y su promedio diario (aunque expresamente no se contemple tal previsión).

En todo caso, hay un aspecto central. La diferencia de tratamiento entre prácticas remuneradas y no remuneradas es sustancial. Lo es porque a las primeras no se aplican las especialidades referidas en los párrafos anteriores. Y lo es por la forma de cálculo de la cuota que, en el fondo, viene determinado por el hecho destacado de qué días se consideran como cotizables. En uno y otro aspecto, ello repercute claramente en la cuantía de las posibles prestaciones (además de por el hecho de que en las prácticas remuneradas la acción protectora también abarca a la incapacidad temporal por contingencias comunes). Esta diferencia podría encontrar una mínima justificación si la remuneración fuera acorde, cuando menos, a la base de cotización mínima que toma como referencia. Sin embargo, y es en lo que queremos incidir, la diferencia para considerar a unas prácticas como remuneradas o no está en el establecimiento de una cuantía mínima de *remuneración* o de contraprestación económica (como sucede respecto de las prácticas externas vinculadas al sistema de formación profesional para el empleo aún en vigor). Como hemos destacado anteriormente, conforme la normativa precedente, se admite como remuneración cualquier tipo o modo de contraprestación económica, lo que redundará en un agravio excesivamente oneroso para diferencias no acordes al mismo (sobre todo teniendo

<sup>23</sup> El criterio interpretativo de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social (ampliación 1ª, consulta segunda) considera aplicable tal coeficiencia a los días previstos de realización de prácticas, pero en lo que la persona está en situación de IT por contingencias profesionales, nacimiento o cuidado del menor o situación de riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural.

en cuenta la cuota, relativamente pequeña, y la bonificación que se aplica). El coste es prestacional. Y a ello ha renunciado el legislador a la hora de determinar la acción protectora real de las prácticas no remuneradas, creando una diferencia demasiado importante con aquellas que denomina remuneradas.

En todo caso, sí hay una previsión residual o subsidiaria que, a modo de sanción sustantiva, contempla el último párrafo del apartado 7 de la disposición. En caso de incumplimiento de las obligaciones de información o comunicación sobre los días efectivos de prácticas, el importe de la deuda (de la cotización, en definitiva) será no el referido a los días efectivos de prácticas sino los días de alta. Es simplemente la constatación de la opción del legislador urgente y la debilidad del modelo prestacional.

En relación concreta sobre la determinación de la cuota aplicable a ambos tipos de prácticas, las normas son las contenidas en los apartados 5, 6 y 7 de la disposición, normas a las que hemos hecho referencia antes en algún caso.

De manera conjunta, a ambos tipos de prácticas, se aplican una serie de previsiones. Queda excluido de cotización en estos casos el Mecanismo de Equidad Intergeneracional (MEI) y, dada la exclusión de la protección por desempleo, por FGS y por FP, debe entenderse que no se cotiza por estos conceptos. Obviamente, tampoco cabe cotizar por horas extraordinarias, dado que a esta actividad no es aplicable dicho concepto. No es aplicable el régimen de jornada laboral –y, por consiguiente, el régimen de las horas extraordinarias-. Se establece una única cuota (no hay parte de cotización del alumno como asimilado a trabajador), tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, siendo único sujeto obligado y, por tanto, responsable la entidad que “asuma la condición de empresa a efecto de las obligaciones con la Seguridad”.

Se prevé la aplicación de una reducción del 95% a la cuota (sin que les sea de aplicación otros beneficios en la cotización distintos a esta reducción) por contingencias comunes. A la referida reducción le es de aplicación los requisitos de estar al corriente de las obligaciones de Seguridad Social para ser beneficiarios de bonificaciones o reducciones conforme lo previsto en el art. 20.1 del TRLGSS. Llama la atención, en todo caso, que la cotización de las prácticas curriculares remuneradas incluidas en el ámbito de aplicación de la disposición adicional 27ª del TRLGSS tenía una reducción del 100% conforme lo dispuesto en el Real Decreto ley 8/2014, de 4 de julio. La concurrencia y coincidencia de supuesto, junto a la vigencia formal de esta última norma, dificulta la determinación de cuál sería la bonificación aplicable, la diferenciación de supuestos o la aplicación, en su caso, de la previsión contenida en la disposición adicional 52ª por criterio de modernidad. De ahí que los cambios sucesivos de criterios interpretativos tengan, también en este punto, trascendencia.

Respecto a las prácticas remuneradas, se aplican las reglas de cotización correspondientes a los contratos formativos en alternancia, cotizándose

exclusivamente conforme la cuota única prevista para estos contratos, por contingencias comunes y por contingencias profesionales (tienen una tarifa específica), pero sin considerar la previsión, aplicable a la cotización en estos contratos, de que la remuneración pudiera ser superior a la base de cotización mínima. La base de cotización mensual aplicable, pues, será la base mínima de cotización del grupo de cotización 7. La cotización abarcará a todo el período de alta, conteniéndose normas específicas para el supuesto en que el alta no se extienda a la totalidad de un mes (en cuyo caso se aplica una regla simple de proporcionalidad).

Respecto de la cotización de prácticas no remuneradas, como hemos visto, se prevé exclusivamente “por cada día de prácticas formativas”. En relación con la cotización por contingencias comunes, prevé que debe tenerse en cuenta “la exclusión de la cobertura de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (conforme sea establecida en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado). La base de cotización, de carácter mensual, será el resultado de multiplicar la base mínima de cotización del grupo de cotización 8, por el número de días de prácticas formativas realizadas en el mes. Como también decíamos, se establece un plazo reglamentario de ingreso de carácter trimestral (las cuotas de enero, febrero y marzo se ingresarán en el mes de abril; las de abril, mayo y junio, en julio; julio, agosto y septiembre, en octubre; y las cuotas de octubre, noviembre y diciembre, en el de enero del ejercicio siguiente).

### **5.3. Acción protectora**

Con carácter general, se define que la acción protectora “será la correspondiente al régimen de Seguridad Social aplicable, con la exclusión de la protección por desempleo, de la cobertura del Fondo de Garantía Salarial y por Formación Profesional. En el supuesto de las prácticas no remuneradas se excluirá también la protección por la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”.

Por tanto, la acción protectora dependerá de su carácter remunerado o no. Pero más allá de la delimitación o definición de los riesgos protegidos, el aspecto más destacado tiene que ver, no tanto con esta distinción, sino con el distinto tratamiento de las prácticas, según su carácter remunerado o no, en relación con el régimen de cotización aplicable antes referido y los efectos que ello tiene en la determinación de las prestaciones. La diferencia es importante, porque en el caso de prácticas no remuneradas la acción protectora viene definida por el cómputo en exclusiva de los días realizados efectivamente de prácticas, que son los días por los que habrá obligación de cotizar. Y ello afecta no solo a la carencia sino, sobre todo, a la determinación de la cuantía de la cotización. A lo dicho antes, nos remitimos.

Pero hay también otros aspectos que crean cierta disonancia o son susceptibles de plantear ciertos problemas.

Por ejemplo, la propia dinámica de la cotización, la flexibilidad en la determinación de los días efectivos de prácticas y, por tanto, su vinculación con las obligaciones de comunicación por parte del sujeto responsable a la Tesorería, inciden potencialmente en la dificultad de delimitar cuándo podemos estar ante un accidente de trabajo (sobre todo en caso de accidentes *in itinere* o, incluso, en misión). La relación de causalidad va a exigir unos elementos probatorios importantes sobre la base de una actividad que por su carácter esencialmente académico es susceptible de coincidir con otras actividades de la misma índole. En el mismo sentido, aunque desde otra perspectiva completamente diferente, la situación de alta durante toda la *vigencia* del período en que se desarrollan las prácticas cuando estas son remuneradas plantea también problemas potenciales de prueba a la hora de considerar cuándo hay una contingencia profesional si es difícil la delimitación de la actividad asegurada con otras actividades académicas *ordinarias*. Es cierto que aquí el legislador –como en los casos antecedentes- está pensando en una habitualidad en el desarrollo de las prácticas; pero esta no tiene por qué darse necesariamente.

El régimen de compatibilidad entre las prestaciones que puedan derivarse del seguro escolar y de la inclusión en el RGSS (o del Mar) por la realización de prácticas ya ha sido mencionado. Pero se plantea asimismo un problema –para el que la disposición sí contempla una solución- que tiene que ver con la posible afectación de los estudiantes que, como beneficiarios, pudieran tener reconocido un determinado régimen de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria (en caso de mutualidades de funcionarios) que decaería, por la propia regulación de dicho régimen, en caso de ser titulares de tal derecho por otro título (como lo sería estar de alta en el RGSS). Sin embargo, como decimos, la disposición adicional 52<sup>a</sup>, en esta ocasión, es previsor de este problema y aporta una solución: la inclusión en el RGSS por la realización de prácticas “no dará lugar a la modificación del título por el que se tuviera derecho a la prestación por asistencia sanitaria salvo la asistencia sanitaria derivada de contingencias profesionales” (en cuyo caso, podría corresponder a la mutua o a la entidad gestora según el aseguramiento por el que hubiera optado el sujeto responsable).

De igual forma, la inclusión en el RGSS (o del Mar) derivada de esta actividad (en este caso, la norma habla de “situación asimilada regulada en esta disposición adicional”) “no afectará al derecho a la percepción de las prestaciones del sistema de la Seguridad Social”, en una especie de norma de compatibilidad relativamente extraña que requiere poner en conexión con los supuestos de exclusión de aplicación de esta disposición conforme dispone el apartado 11, en su primer párrafo, de la misma (y al que hicimos referencia antes).

## 6. REFLEXIÓN FINAL

Nos encontramos, pues, con una norma controvertida, que, sobre la base de una pretendida ampliación de la cobertura de protección de los alumnos y alumnas que realizan prácticas en empresas, plantea problemas interpretativos y de aplicación importantes. Además, el referido objetivo no se logra realmente. La novedad más importante está en la inclusión de las prácticas no remuneradas, pero precisamente en este caso, sean finalmente curriculares o no, no se aporta una acción protectora adecuada ni suficiente. Quizá la cuestión requiere una actuación más importante, que abarque a toda la actividad académica, abordando el arcaico sistema de aseguramiento de los estudiantes, si se estima que en la misma se dan los rasgos de profesionalidad que aún mantiene la normativa general de seguridad social. Desde la perspectiva de las prácticas, la necesidad de actuación debe ser también global e integral. Primero para acotar todos los supuestos que pueden encubrir situaciones similares o, lo que es peor, excesivamente próximas a una relación laboral. Para ello están los contratos formativos y su integración efectiva en el nivel educativo o formativo se antoja necesario, también en el universitario.

Quizá sea una buena oportunidad acometer, en el seno del “observatorio para el análisis y seguimiento de su aplicación y efectividad de las medidas adoptadas” a que se refiere el apartado 10 de la disposición adicional, muchas de las cuestiones que hemos analizado desde esta perspectiva crítica y dar cumplimiento adecuado de las deficiencias que se deducen de una norma que, sin perjuicio de su inicial bondad, no resuelve los problemas a que venía a dar respuesta.

# ADAPTACIÓN DE JORNADA, REDUCCIONES Y PERMISOS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN EN EL RDL 5/2023

SUSANA BARCELÓN COBEDO

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

Universidad Carlos III

ORCID: 0000-0003-1399-2195

## EXTRACTO

**Palabras clave:** adaptación, permisos, reducciones de jornada, conciliación

El trabajo parte de la base, y destaca, la relevancia constitucional de los derechos de conciliación como consecuencia derivada de la Directiva 2019/1158, más allá del enfoque tradicional de la prohibición de discriminación por razón de género; además de tener siempre presente el fomento de la corresponsabilidad respecto del cuidado de familiares cercanos, menores o dependientes. Con estos condicionantes y perspectivas, el artículo se dedica a analizar, partiendo de la trasposición de la Directiva realizada por el RDL 5/2023, en primer lugar, lo relativo a la adaptación de la jornada, deteniéndose en la naturaleza del derecho, su alcance, las posibles alternativas de adaptación, así como sus límites y la necesidad de tener en cuenta y ponderar los intereses de la empresa a la hora de dar satisfacción a esa pretensión de la persona trabajadora. En segundo lugar, trata de la reducción de jornada, tanto en general por cuidado como la específica por lactancia y otro tipo de situaciones menores, considerando igualmente el alcance y los límites del derecho a la reducción, sobre todo cuando se trata de la concreción horaria. En tercer lugar, el trabajo se detiene en el tema de los permisos, normalmente retribuidos, vinculados a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, dividiéndolos en permisos de corta duración y los de más amplia duración, con especial atención a la novedad más llamativa como es el permiso parental, todavía no implantado plenamente en la realidad española.

## ABSTRACT

**Key words:** conciliation rights, adaptation of the working day, reduction of working hours

*The work is based on, and highlights, the constitutional relevance of conciliation rights as a consequence derived from Directive 2019/1158, beyond the traditional approach of the prohibition of discrimination based on gender; in addition to always keeping in mind the promotion of co-responsibility regarding the care of close family members, minors or dependents. With these conditions and perspectives, the article is dedicated to analyzing, starting from the transposition of the Directive carried out by RDL 5/2023, firstly, what relates to the adaptation of the working day, stopping at the nature of the right, its scope, the possible adaptation alternatives, as well as their limits and the need to take into account and weigh the interests of the company when satisfying the worker's desire. Secondly, it deals with the reduction of working hours, both in general for care and specifically for breastfeeding and other types of minor situations, also considering the scope and limits of the right to reduction, especially when it comes to specific hours. Thirdly, the work focuses on the issue of permits, normally paid, linked to the reconciliation of personal, family and work life, dividing them into short-term permits and those of longer duration, with special attention to the most striking novelty such as parental leave, not yet fully implemented in Spanish reality.*

## ÍNDICE

1. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL, CORRESPONSABILIDAD Y DISCRIMINACIÓN
2. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL: DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL
3. EL DERECHO DE ADAPTACIÓN DE LA JORNADA
  - 3.1. El contenido y finalidad del derecho a la adaptación. y respecto de qué situaciones necesidades y personas
  - 3.2. Un derecho a la adaptación debilitado
  - 3.3. El procedimiento, sus fases y su conclusión
  - 3.4. La ponderación de intereses como juicio central
4. LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU CONCRECIÓN HORARIA
  - 4.1. La naturaleza del derecho a la reducción de la jornada y la diferencia con la concreción horaria de tal reducción
  - 4.2. Los sujetos justificadores de la reducción y las circunstancias que la hacen posible
  - 4.3. La concreción horaria de la reducción de la jornada
5. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS
  - 5.1. Permisos de corta duración para hacer frente a responsabilidades familiares que se presenten con carácter urgencia o de cierta imprevisibilidad
    - 5.1.1. El permiso de cinco días por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica que precise reposo domiciliario
    - 5.1.2. El permiso por fallecimiento
    - 5.1.3. Las ausencias por nacimiento prematuro de hijo o hija o, si por cualquier causa, deben quedar hospitalizados a continuación del parto
    - 5.1.4. Ausencia del trabajo por fuerza mayor
  - 5.2. Permisos de amplia duración
    - 5.2.1. El permiso para el cuidado del lactante
    - 5.2.2. El permiso parental
  - 5.3. Las aportaciones de la negociación colectiva
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL, CORRESPONSABILIDAD Y DISCRIMINACIÓN

Ya en la primera versión de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI, en lo sucesivo), la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras aparecía como un valor y un objetivo a alcanzar. Razón por la que figuraba como uno de los obligados criterios generales de actuación de los poderes públicos<sup>1</sup> y como

<sup>1</sup> Así lo exige hoy el art. 14.8, reclamando “El establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”; el art. 44 del Capítulo II (Igualdad y Conciliación) que, con el título de “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, establece, en su apartado 1: “Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”; el art. 56, donde se hace referencia a un “régimen de excedencias,

derecho de las personas trabajadoras, sea en el contexto del Título IV, sobre el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, como respecto de las medidas de igualdad a adoptar en el marco de la Administración General del Estado. En esta línea, la LOI introdujo cambios e innovaciones en materia de adaptación de la jornada de trabajo, de permisos retribuidos, de reducciones de jornada y de excedencias, fundamentados precisamente en la promoción de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; e incluyó como causa de nulidad de los despidos, bajo el paraguas general de la prohibición de discriminación, los de las personas trabajadoras que hicieran uso de tales medidas de conciliación, modificando al efecto la propia Ley de Procedimiento Laboral.

Con independencia de las concretas innovaciones que la LOI introdujo en su momento, lo que merece subrayar es, en primer lugar, la relevancia que dio a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, configurándola como un derecho para cuya satisfacción se establecieron medidas laborales, ya se tratara de adaptación de jornada, permisos, reducciones de jornada o excedencias u otras con la misma finalidad; en segundo lugar, la insistencia en la idea de la corresponsabilidad en lo que se refiere a las obligaciones de cuidado, combatiendo el estereotipo de que se trata de cargas que han de ser asumidas esencialmente por las mujeres, algo particularmente necesario en la medida en que, efectivamente, sean de forma mayoritaria las personas de sexo femenino las que desarrollan estas tareas; en tercer lugar, la consideración de las lesiones de estos derechos como manifestación de una discriminación directa o indirecta por razón de sexo, cuando es una mujer la persona trabajadora que los reclama, lo que llevó a considerar nulos los comportamientos empresariales desfavorables, en concreto los despidos adoptados en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación.

En definitiva, la trilogía de: afirmar la relevancia de los derechos de conciliación; subrayar el objetivo de la corresponsabilidad lo que significa tender a implicar en estas obligaciones también a los trabajadores de sexo masculino; y garantizar el ejercicio de tales derechos, bajo la protección de la prohibición de discriminación, si bien fuertemente vinculada, de forma normalmente indirecta, con la condición femenina.

Años más tarde, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (RDL 6/2019, en lo sucesivo) vino a insistir en esas mismas ideas. Aunque aún fuera bajo la óptica de la igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, y de la obligada ausencia de discriminación por razón de sexo, al considerar discriminatorias las

reducciones de jornadas, permisos y otros beneficios con el fin de (...) facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral"; y el art. 57 que, en cuanto al tema de la conciliación y la provisión de puestos de trabajo, señala que el tiempo en el que las personas candidatas hayan permanecido en estas situaciones se computará a efectos de valorar el trabajo desarrollado.

decisiones empresariales peyorativas adoptadas por la asunción de obligaciones familiares o, más genéricamente, por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Y ello pese a que se subraye de nuevo la idea de la corresponsabilidad, como sostiene su Preámbulo, afirmando que “en la relación de trabajo, las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, quedando prohibido cualquier trato discriminatorio directo e indirecto por razón de sexo”. En este sentido, el RDL 6/2019 volvió a modificar los preceptos del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, a partir de ahora) relativos a los permisos, reducciones de jornada y excedencias, insistiendo en la nulidad de las decisiones extintivas de la empresa relacionadas con el ejercicio de tales derechos de conciliación.

En este panorama, y dejando al margen otras normas que han incidido marginalmente en la cuestión, se inserta el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (RDL 5/2023, en adelante) que es el instrumento de trasposición de la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Como su propio nombre indica, la Directiva se refiere específicamente al tema que aquí interesa cual es la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores. Obviamente, no procede hacer aquí un análisis de la Directiva en la medida en que la misma ha sido traspuesta al ordenamiento español por el RDL 5/2023, pero sí destacar los elementos que la hacen singular desde el punto de vista de los derechos de conciliación, ahora referida solamente, hay que subrayarlo, a la vida familiar y profesional, dejando al margen la mención a la vida personal que figuraba en las declaraciones anteriores. Tales singularidades ya se detectan en los considerandos iniciales de la Directiva.

En primer lugar, aunque los primeros considerandos parten del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres como principio fundamental de la Unión Europea (UE)<sup>2</sup>, afirmando que las políticas de conciliación de la vida familiar

<sup>2</sup> Consagrado en el art. 3.3, párrafo segundo del Tratado de Funcionamiento la Unión Europea (2007) y en el art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

y la vida profesional deben contribuir a lograr la igualdad promoviendo la participación de las mujeres en el mercado laboral (lo que está en sintonía con el enfoque clásico de lucha contra el habitual rol social de la asunción femenina de las responsabilidades familiares), insisten, sin embargo, en el necesario reparto igualitario de tales responsabilidades de cuidado, sugiriendo acciones y políticas en el sentido de fomento de la corresponsabilidad que se concretan en el articulado de la Directiva<sup>3</sup>; si bien dejando, como es habitual, un margen para que cada Estado miembro introduzca las medidas concretas que considere adecuadas en esta línea.

Pero, en segundo lugar, y lo que es más relevante, la Directiva (considerando 40) establece que las personas trabajadoras que ejerciten su derecho a beneficiarse, en general, de algunas de las medidas de conciliación “deben estar protegidos contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable por este motivo”, particularmente en los casos de despidos que puedan estar relacionados con dicho ejercicio. Sin que esa discriminación o trato desigual sin justificación se relacione de forma tan directa con la discriminación por razón de sexo, sino que adquiere una autonomía y entidad propia en cuanto comportamientos jurídicamente rechazables. Así lo hace el art. 11 de la Directiva que, bajo el título de “Discriminación” establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores, sin distinción de sexo, reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado de algunos de los derechos de conciliación que la propia Directiva recoge, ya se trate de permisos, ausencias del trabajo o fórmulas de trabajo flexible.

Todo lo anterior lleva a la necesidad de precisar la relevancia constitucional de los derechos de conciliación, así como de la calificación y las consecuencias del tratamiento empresarial peyorativo asociado al ejercicio de estos derechos.

## **2. LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL: DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL**

Como manifestación más evidente y novedosa del RDL 5/2023 hay que destacar la reforma del art. 4 ET, dedicado a establecer los derechos de los trabajadores en el marco de la relación de trabajo, cuyo apartado c) viene recogiendo la prohibición de discriminación, directa o indirecta, por motivos vinculados a un listado de factores. Entre ellos figuran los ya clásicos que se insertan sin dificultad en las previsiones del art. 14 de la CE, mucho más teniendo en cuenta la mención final a “cualquier otra condición o circunstancia personal”.

<sup>3</sup> En el mismo sentido se pronuncia el Pilar 9 (Equilibrio entre vida profesional y vida privada) del Capítulo II (Condiciones de Trabajo Justas) del Pilar Europeo de Derechos Sociales (2021). De La Flor Fernández, M.L. La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España, *Temas Laborales*, 168/2023, pp. 39-40.

Ahora bien, la indispensable referencia a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que antes figuraba en primer lugar, ahora aparece al final de la relación, seguida de la frase, “incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. De manera que dicho trato desfavorable ya no constituye solamente una manifestación específica de la discriminación por razón de sexo, sino que pasa a ser una nueva circunstancia personal o social como es tener responsabilidades de cuidado respecto de cónyuges o asimilado, hijos, parientes y convivientes, independiente del sexo. Así lo pone de manifiesto el que la norma se refiera al trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres; es decir, al margen de la condición sexual u orientación sexual o identidad de género de la persona trabajadora afectada, siendo, en consecuencia, un factor discriminatorio autónomo, no necesariamente vinculado al sexo. Lo que, obviamente, le atribuye una relevancia propia.

No es una cuestión nueva ya que fue abordada, precisamente, con este enfoque por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 26/2011, de 14 de marzo), respecto del ejercicio del derecho a una concreta adaptación de jornada por parte de un trabajador varón que fue denegada por la empresa. De aquí que el TC destacara la trascendencia constitucional del recurso, al tratarse de decisiones empresariales que afectan a un trabajador que pretende ejercitar su derecho a la conciliación de la vida familiar y profesional, procediendo a examinar si en estos casos existe una discriminación por razón de sexo o “si la eventual lesión ha de incardinarse en alguno de los otros motivos de discriminación que, con carácter no exhaustivo, enumera el art. 14 CE”; lo que, además, permite conectar el ejercicio de tales derechos con el mandato constitucional de protección de la familia y de la infancia, contenido en el art. 39 CE.<sup>4</sup> Esto no impide abordar estas cuestiones todavía bajo la perspectiva de la no discriminación por razón de sexo, e incluso,

<sup>4</sup> En este sentido se pronuncia De la Puebla Pinilla, A. “Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 6, núm. 2, 2021, pp. 215-226, cuando sostiene que la prohibición de discriminación relacionada con el ejercicio de los derechos de conciliación impone “erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares (...). Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación (...) puede discriminar de forma indirecta a las mujeres en cuanto abundan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas”. Cfr. en esta línea la STC 79/2020, de 2 de julio, si bien referida al ejercicio de tales derechos, en concreto de reducción de jornada, por parte de una mujer trabajadora, y de forma no tan nítida la STC 119/2021, de 31 de mayo; también la Sentencia del Tribunal Supremo 793/2020, de 23 de septiembre –ECLI:TS:2020:2983). En un sentido más dubitativo, Navarro Nieto. F. Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, *Nueva Revista Española e Derecho del Trabajo*, 262/2023; y, en sentido contrario, López Álvarez, M.J., La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español, *Femeris*, Vol. 7, n.2, pág. 82, afirmando que, “no parece estar en la intención de la Directiva el configurar la conciliación como una causa autónoma de discriminación”.

en cuanto las medidas de conciliación y la tutela de las mismas al máximo nivel constitucional, al margen del sexo de la persona trabajadora afectada. Y ello en la medida en que también contribuye a la igualdad entre mujeres y hombres al fomentar y hacer posible el objetivo legal de la corresponsabilidad frente a esas obligaciones de cuidado.

Todo lo anterior obliga, según el TC, no solamente a interpretar la normativa aplicable de la manera más favorable a la efectividad del derecho, sino, sobre todo, a tener en cuenta que el derecho que está en juego, en todos los casos, es el derecho fundamental a no ser discriminado, no situándose solamente en el terreno de la legalidad ordinaria. Algo particularmente relevante a la hora de realizar el juicio de ponderación, obligado en el caso de intervención judicial, entre el derecho fundamental afectado y los argumentos, motivaciones y justificaciones alegadas por la empresa para tomar una decisión contraria al pleno disfrute de tales derechos de conciliación. En este sentido, la STS 379/2023, 25 de mayo (ECLI:TS: 2023:2433), pese a moverse esencialmente en el terreno de la discriminación por razón de sexo, afirma no obstante que “las medidas normativas dirigidas a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, ya desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo o por circunstancias personales, así como desde la protección a la familia e infancia, que proclama nuestra constitución, gozan de una dimensión constitucional de forma que, a la hora de proceder a la interpretación de las mismas deben tenerse presente esos derechos fundamentales para lo cual han de ponderarse todas las circunstancias concurrentes para poder cohonestar los intereses en juego”<sup>5</sup>.

En esta línea se manifiesta la STS 310/2023, de 26 de abril (ECLI:TS:2023:2273), en la que se subraya “la dimensión constitucional de todas las medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE), como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE)”<sup>6</sup>.

Entre esas medidas se encuentran (a) la adaptación de jornada; (b) la reducción de la jornada; (c) los permisos. En este orden se abordarán.

<sup>5</sup> Una dimensión constitucional que la STSJ de Islas Canarias 176/2022, de 3 de febrero (ECLI:TSJICAN:2022:9), respecto de una cuestión de adaptación de jornada, amplía, reforzando la naturaleza comunitaria y supranacional del derecho.

<sup>6</sup> Citando al efecto las STS 171/2022, de 22 de febrero (ECLI:TS:2022:1157), que, a su vez, se remite a las STC 3/2007, de 15 de enero; 26/2011, de 14 de marzo; y 119/2021, de 31 mayo; también la STSJ de Madrid 338/2023, de 5 de junio (ECLI:TSJM:2023:6733), la STSJ de Castilla-León 1298/2023, de 9 de octubre (ECLI:TSJCL:2023:3705) y la STSJ de Asturias 1213/2023, de 10 de octubre (ECLI:TSJAS:2023:2142). No obstante, son muchas las resoluciones judiciales que siguen argumentando la relevancia constitucional de las medidas de conciliación vinculándolas al principio de no discriminación por razón de sexo, sea ésta directa o indirecta. Como ejemplo:

### 3. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA

Las sucesivas versiones del art. 34.8 ET han ido ampliando y precisando el derecho a la adaptación de la jornada a efectos de favorecer la conciliación. No obstante, esa ampliación plantea cuestiones que deben abordarse<sup>7</sup>.

#### 3.1. Contenido y finalidad del derecho a la adaptación y respecto de qué situaciones necesidades y personas

La adaptación posible se refiere a la reubicación o reordenación de los tiempos de trabajo, pero también al cambio del tipo de jornada, aunque en ningún caso implique la alteración de su monto total ya que, en caso contrario, se trataría de una hipótesis de reducción de jornada<sup>8</sup>. De tal manera que cualquier alternativa en esta línea es posible como, por ejemplo, transformando la jornada en, si era partida, en continuada, o viceversa; en establecer dimensiones temporales más estrechas o más amplias de la jornada de cada sección, de ser partida; en recurrir al horario flexible, caso de ser rígido; en introducir una mayor flexibilidad, caso de ser escasa, ampliando, por ejemplo la elasticidad en el cómputo de la jornada refiriéndola a periodos más amplios que el día, por ejemplo, por semanas; en el cambio de turno o en la adscripción a uno fijo; o, en fin, redistribuyendo de otra forma los tiempos de descanso. Siempre partiendo de la base de que se trata de una organización de la jornada a la carta dada la relevancia de las circunstancias personales de la persona trabajadora que fundamentan su petición de adaptación. En cuanto a la forma de prestación del trabajo, que menciona expresamente el art. 34.8, primer párrafo, se refiere al cambio, total o parcial del trabajo presencial al virtual o a distancia, abarcando también, como es obvio, los cambios de horarios o de turnos dentro del propio trabajo a distancia<sup>9</sup>.

El primer párrafo del art. 34.8 establece que la adaptación tiene como finalidad la de hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral; ello

la STSJ de Cataluña 14527/2023, de 7 de julio de 2023 (ECLI:TSJCAT:2023:7854) o la STSJ de Madrid 637/2023, de 5 de julio (ECLI:TSJM: 2023:9034).

<sup>7</sup> Sobre la adaptación de jornada, cfr. De La Flor Fernández, M.L., La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España, *Temas Laborales*, 168/2023, pp. 47-51.

<sup>8</sup> Aunque el art. 34.8 ET se refiere, además de a la distribución, a la adaptación de la duración de la jornada y ello pudiera interpretarse como la posibilidad de solicitar de la empresa una reducción de la misma, las reglas generales de la reducción, más ventajosas para el trabajador, se encuentran en los dos primeros párrafos del art. 37.6 ET. Otra cosa es que, como se verá, deba acudirse a las reglas en materia de adaptación de jornada cuando la reducción que se pretende sea fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

<sup>9</sup> Ejemplos de este tipo de cambios en la forma de prestación del trabajo como medida de conciliación son muy frecuentes en sectores los de las empresas de contact center, o en actividades susceptibles de realización de modo virtual como las de tipo administrativo o de gestión. No se refiere, en cambio, a la transformación del trabajo de tiempo completo a parcial que tiene sus propias reglas.

implica que el derecho de conciliación no ampara circunstancias personales que no sean de cuidado que deberán ser resueltas, a través de lo establecido en los convenios colectivos, si es que abordan estas cuestiones.

Protegiendo, en consecuencia, el ejercicio de las responsabilidades familiares y de cuidado, lo significativo es el círculo de personas que pueden justificar la solicitud de adaptación. Una de las aportaciones más importantes de la reforma del año 2023 es la ampliación de tal círculo, que pasa de comprender solamente a los hijos e hijas menores de doce años, a hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o la pareja de hecho<sup>10</sup>, a los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora y a otras personas que convivan en el mismo domicilio.

Lo que sucede es que esa ampliación está sometida a determinados requisitos. Así, si se trata de hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge, la pareja de hecho y los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado, debe tratarse de personas que tengan necesidades de cuidado. Algo que, quizás sea más fácil de acreditar si se trata de hijos menores de edad, pero que es más complejo si son mayores de edad, o si se trata del cónyuge, la pareja de hecho o los familiares consanguíneos, respecto de los cuales la persona trabajadora ha de probar la existencia de esa necesidad de cuidado que no necesariamente está determinada por un determinado grado de discapacidad o de dependencia<sup>11</sup>, pudiendo tratarse de una enfermedad crónica, una atención más o menos permanente de tipo sanitario, o cualquier otra circunstancia que justifique un cuidado particular que dé fundamento a la adaptación de jornada en los términos en que se solicita. Como se ha dicho antes, la adaptación es una pretensión a la carta que está condicionada por las características de la persona a cuidar, y por las circunstancias familiares o de otro tipo.

En todo caso, esa ampliación subjetiva está condicionada, aunque el artículo no sea claro al respecto, por la circunstancia de que se trate de personas que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismas.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Hay que indicar que, con carácter general, se impone la equiparación entre matrimonio y pareja de hecho en relación con las medidas de conciliación. Así lo dispone el art. 3.1, e) de la Directiva, si bien, abordando una cuestión clásica, exigiendo que se trate de uniones de hecho reconocidas en el derecho nacional. Lo que, aunque parece exigir que tales uniones estén registradas, no impide que la norma nacional amplíe el derecho hacia todo tipo de unión de hecho que, lógicamente, esté documentada, aunque no necesariamente mediante un registro formal. No obstante, puede aceptarse la interpretación de los artículos del ET que incluyen esta referencia constreñida a las uniones de hecho registradas; en este sentido, De La Flor Fernández, M. L., cit. pp. 44-46.

<sup>11</sup> Al sustituir el parentesco por la convivencia, la norma es más exigente ya que, en primer lugar, exige que la dependencia derive de la edad, el accidente o la enfermedad y, además, que esa dependencia implique que no pueden valerse por sí mismos. Una descripción que fácilmente se conecta con lo establecido en el art. 2.2. de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>12</sup> Donde se define la dependencia como: “El estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la

### 3.2. Un derecho a la adaptación de jornada debilitado

A estos efectos, es interesante traer a colación la STSJ de Andalucía, la cual, en relación con un pleito acerca de una reducción de jornada y su concreción horaria (regulados por el art. 37.6 ET), señala que son diferentes del de adaptación de jornada y forma de trabajo (art. 34.8 ET), aunque se trate en ambos casos de derechos de conciliación que gozan de una dimensión constitucional, pero que tienen una naturaleza jurídica y una regulación sustancialmente distinta. Así, precisa, mientras que los derechos de reducción de jornada son de carácter “no absoluto, pero casi automático” cuando se dan las circunstancias previstas en la norma, el de adaptación de jornada requiere “un pacto colectivo o individual, este último mediante un proceso negociador con la persona trabajadora”. En definitiva, concluye, “los derechos reconocidos en el art. 34.8 (...) tienen un mayor alcance y extensión de supuestos, pero anudados a la negociación colectiva o individual”.

Razón por la que es necesario realizar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad previsto en el art. 34.8 ET, valorándose las necesidades acreditadas del trabajador y las de la empresa sobre la base de causas organizativas o productivas<sup>13</sup>.

El derecho a la adaptación de la jornada (mejor, a solicitar la adaptación y obtenerla en los términos planteados) está condicionado pues, como ya se decía en la versión de 2015, por la búsqueda de un equilibrio entre necesidades (o responsabilidades de cuidado) del trabajador y la productividad de la empresa. Una contraposición que las versiones posteriores precisan señalando que “tales adaptaciones deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y las organizativas y productivas de la empresa”. Lo anterior significa que la adaptación debe ser necesaria, imprescindible y apropiada, además de proporcionada; remitiendo la norma al canon habitual de adecuación entre la necesidad probada, sus características, naturaleza y alcance y la adaptación pedida. Criterios que, indudablemente, determinarán el dictamen judicial acerca de lo aceptable de la propia solicitud como de la negativa de la empresa, o de la alternativa que proponga frente a lo pedido<sup>14</sup>.

atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

<sup>13</sup> STSJ de Andalucía, 72/2022, de 13 de enero (ECLI:TSJAND:2022: 248). En similar sentido las STSJ de Cataluña 5164/2023, de 19 de septiembre (ECLI:TSJCAT:2023:8145) y la STSJ de Cantabria 474/2023, de 19 de junio (ECLI:TSJCAN:2023: 6993).

<sup>14</sup> Aunque no se trate de situaciones idénticas, pueden servir de guía las referencias a los ajustes razonables en cuanto al riesgo durante el embarazo, el empleo de los discapacitados, o la tutela del empleo de los trabajadores particularmente sensibles a determinados riesgos que reclaman una actitud proactiva de la empresa a la hora de aceptar o no la solicitud de adaptación, requiriendo de la misma, y con la misma intensidad ya que se trata de satisfacer un derecho con relevancia constitucional semejante a la protección de la salud de los trabajadores o la igualdad en el trabajo de los discapacitados, tal y como lo prevé el art. 40 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de

### 3.3. El procedimiento, sus fases y su conclusión

Puesto que la persona trabajadora no tiene un derecho pleno a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación, la norma obliga, como se ha dicho, a solicitarla. Tras lo cual se abre un periodo de negociación que, dice la versión 2023 (párrafo cuarto del art. 34.8), deberá hacerse con la máxima celeridad y con el tope de 15 días (cifra rebajada desde los 30 de la versión de 2019).

Finalizado el proceso, la empresa puede aceptar la solicitud, presentar una alternativa siempre que haga posible en alguna medida la conciliación, o rechazar la solicitud, debiendo en estos dos últimos casos, expresar, las razones objetivas que sustentan su decisión. Contestaciones de la empresa para las que la norma exige la forma escrita. Una negociación que debe realmente existir y hacerse de buena fe; lo que se manifiesta en la existencia de propuestas y contrapropuestas, en la alegación pertinente y suficiente de razones que sustenten las posiciones, siempre con la finalidad de llegar a un acuerdo. Una negociación que, para que sea efectiva, la STSJ 118/2023 de Canarias, de 27 de julio (ECLI:TSJICAN:2023:2309) caracteriza como un comportamiento en el que las partes se esfuerzan en llegar a un acuerdo, proponiendo alternativas que sean motivadas, en el sentido de razonables y satisfactorias, justificando las razones de cada una y precisando los perjuicios en el caso de que no se atienda (en el caso de la persona trabajadora) o sí se acoja (en el caso de la empresa) la solicitud de adaptación, debiendo ser la negativa de la empresa objetivamente razonada. La importancia de que exista un verdadero proceso negociador se desprende de la consecuencia que las resoluciones judiciales anudan a su inexistencia como es la de reconocer el derecho de la persona trabajadora a la adaptación solicitada<sup>15</sup>.

Por otro lado, lo que el párrafo cuarto del art. 34.8 añade (2023) es que, si transcurrido el plazo de 15 días, la empresa no se ha opuesto motivadamente a la solicitud, deberá presumirse que la solicitud se ha concedido.

noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>15</sup> STSJ de Castilla y León, de 24 de enero (ECLI:TSJCL: 2022:276), señalando que no había habido un verdadero proceso negociador con intercambio de propuestas entre las partes al ofertarle solamente la empresa a la trabajadora el permanecer en la franja horaria en la que ya desarrollaba su trabajo. En el mismo sentido la STSJ 542/2023 de Madrid, de 14 de junio de 2023 (ECLI:TSJM2023:7817), afirmando que “la constatación de buena fe exigirá que por parte empresarial se haya examinado y explorado seriamente la posibilidad de adaptación horaria y, en caso de considerarse inviable, se expongan con suficiente concreción y detalle las razones por las que así se entienda”. Concluyendo que la empresa no ha acreditado la existencia de una imposibilidad real de adaptar el horario laboral de la trabajadora, no explicitando “con el suficiente rigor y detalle las causas que pudieran impedirle dicha adaptación, ya que la respuesta dada a la solicitud de la trabajadora fue sumamente genérica y omisiva”. Como tampoco ha acreditado “haber explorado todas las posibilidades razonables de realizar los ajustes necesarios, incluso contando con el posible ofrecimiento voluntario de otros trabajadores, para hacer viable dicha adaptación horaria; a lo que

### 3.4. La ponderación de intereses como juicio central

La cuestión, finalmente, es que, de no existir acuerdo, será necesario realizar una valoración de los intereses contrapuestos buscando un equilibrio entre los mismo, si bien sin olvidar, como se ha venido subrayando repetidamente, que lo que se confronta es un derecho de relevancia constitucional con los intereses, necesidades, posibilidades y conveniencias productivas de la empresa frente a la solicitud de la persona trabajadora. Para lo que es apropiado apuntar los criterios por los que debe guiarse dicha ponderación.

En cuanto a la persona trabajadora, lo que plantea si, en dicha solicitud, ha de alegar todas las circunstancias personales y familiares que justifican la adaptación o, por el contrario, la intervención judicial se entiende que no puede inmiscuirse en el modo de organización familiar del cuidado y de articular la corresponsabilidad, no pudiendo penetrar en espacios privados e íntimos, al ser la necesidad del cuidado una responsabilidad individual de la persona solicitante.

Que no es una cuestión irrelevante se manifiesta, no tanto en la mayoría de los supuestos resueltos por la jurisdicción social en los que se deja constancia en los hechos probados de toda una gama de circunstancias añadidas al hecho en sí de la existencia de un hijo o hija menor de doce años, o de la necesidad de cuidado de los otros sujetos pasivos previstos en el párrafo tercero del art. 34. ET que reúnan los requisitos allí establecidos. Así sucede cuando se exige, como elementos de juicio imprescindibles, que la persona solicitante aporte pruebas acerca de la imposibilidad de asumir el cuidado el cónyuge o pareja de hecho u otros familiares como los abuelos; si el menor está o no escolarizado y el horario al que se sujeta, la localización del centro de la guardería o el centro de enseñanza, la distancia desde el domicilio y el tiempo necesario para su llevada y recogida del centro; cuando se trata del cuidado de una persona que no puede valerse por sí misma, el grado de discapacidad, la imposibilidad de acudir al servicio social de los centros de día, o incluso la constancia documental del contrato de la persona cuidadora. La habitualidad de la toma en consideración de estas circunstancias ahorra citas de resoluciones judiciales concretas, haciendo una remisión genérica a cualquiera de ellas.

Lo que sí interesa resaltar son las resoluciones, no muchas, en las que se pone de manifiesto una posición contraria en el sentido de limitar el análisis y valoración de la necesidad de cuidado, presumible siempre que se den las circunstancias requeridas en el art. 34.8 ET para fundamentar la solicitud de adaptación. Algo que favorece la dicción, bastante neutral en este sentido del art. 34.8 que se refiere solamente a “las necesidades (se sobreentiende de cuidado)” o a “las necesidades de conciliación” de la persona trabajadora.

añade la crítica de haber mantenido la empresa una actitud “impasible y arrogante” al no haberse molestado siquiera en contestar al trabajador por dos veces pese a formular su petición de manera adecuada y fundamentada.

Es el caso de la STSJ de Asturias 1213/2023, de 10 de octubre (ECLI:TSJAS:2023:2142), que resuelve un supuesto de adaptación de jornada solicitada por un trabajador padre de un hijo menor de edad, pleito en el que la empresa insiste en traer a colación el tipo de trabajo y el horario de la pareja del trabajador para rechazar la solicitud de adaptación en los términos requeridos al entender que el horario de la madre es compatible con los de escolarización del hijo. La STSJ parte de que el derecho de adaptación es un derecho individual de cada persona trabajadora que no necesariamente ha de ser acogido por la empresa ya que no es un derecho incondicionado. Si bien afirma, en lo que aquí interesa, que “el problema fundamental es precisar si hay que tener en cuenta solo la propia situación del trabajador titular del derecho o también la de las personas con las que forma familia, en concreto el cónyuge o pareja de hecho. Este es un punto esencial en muchos conflictos; el caso presente constituye un ejemplo.

La dimensión constitucional de los derechos y su naturaleza individual favorece una interpretación que restrinja la ampliación del examen de la necesidad de conciliación a personas distintas de la persona trabajadora solicitante de la medida. Tanto el art. 34.8 ET como el art. 9 de la Directiva afianzan esta interpretación restrictiva: aquél alude a las necesidades de conciliación de la persona trabajadora; este, con más claridad, a las obligaciones de cuidado que tiene. Le basta con acreditar las necesidades de conciliación propias y no tiene que probar la imposibilidad de conciliar de su cónyuge o pareja de hecho (en este sentido, sentencias del TSJ de Galicia de 6 de noviembre de 2020, rec. 2046/2020, 25 de mayo de 2021, rec. 335/2021 y 9 de diciembre de 2022, rec. 6144/2022).

La STSJ de Asturias concluye, no obstante, que “la restricción, sin embargo, no puede ser absoluta, en todos los casos. La ponderación de los derechos e intereses en conflicto puede justificar supuestos, cuando la negativa de la empresa obedezca a razones que afecten de forma importante a su organización o proceso productivo, con posible extensión negativa a otros trabajadores de la misma, en que para afirmar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas solicitadas, sea preciso tener en cuenta las posibilidades del conyugue o pareja. Esta apertura en el alcance del examen es limitada, a fin de evitar la intromisión en la esfera de privacidad de las personas afectadas, y no habilita a la empresa o al juzgador para presentar un plan o medidas de conciliación familiar alternativos que involucren al cónyuge o pareja del titular del derecho”<sup>16</sup>.

No obstante lo anterior, hay que traer a colación, aunque se trata de una Sentencia en un caso de reducción de jornada y más concretamente de concreción

<sup>16</sup> En un sentido igualmente restrictivo, la STSJ de Madrid 803/2023, de 22 de septiembre (ECLI:TSJM: 2023:9773), la cual, tratándose de una trabajadora, mozo de almacén que, al ser madre de una hija menor de 12 años, reclama de la empresa la adaptación de jornada teniendo en cuenta el horario de escolarización de la menor, alegando, además, la imposibilidad del cuidado por parte del otro progenitor debido a sus propias obligaciones laborales. Una circunstancia ésta

horaria de la jornada minorada resultante<sup>17</sup>, la STS 310/2023, de 26 de abril de 2023 (ECLI: ECLI: TS: 2023:2273) la cual se refiere a la sentencia recurrida en casación del TSJ de Galicia cuando afirma que la circunstancia de la entrada del menor a cargo en el centro educativo como fundamento de la reducción de jornada que reclama la persona trabajadora “no puede hacerse recaer sobre el otro progenitor”, en la medida en que el artículo 37.6 ET establece que las reducciones de jornada en él previstas son un derecho individual de las personas trabajadoras, sean mujeres u hombres. Finalmente, el TSJ concluye que la trabajadora “nada tiene que acreditar en relación con si el otro progenitor (...) tiene más fácil conciliar o no.” Frente a esta interpretación, basada en la naturaleza individual del derecho y sin duda más beneficiosa para la efectividad de las medidas de conciliación, la STS señala que “ciertamente, el artículo 37.6 ET configura el derecho a la reducción de jornada por guarda legal como un derecho individual. Pero de ahí no se puede deducir que no se deba considerar la situación del otro progenitor”. La STSJ fundamenta su postura en la STC 26/2011, de 14 de marzo, donde se establece que se deben valorar las concretas circunstancias “personales y familiares” que concurren en quien trata de ejercer los derechos de conciliación, mencionándose, no solo la edad y situación escolar del menor, sino, concretamente, la “situación laboral” del otro progenitor.

Determinados los criterios conforme a los cuales debe fundar la persona trabajadora su solicitud de adaptación de jornada, tales necesidades y requerimientos deben contrastarse con las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Todas las sentencias que resuelven la cuestión se refieren inevitablemente a los argumentos empresariales en cada caso, bien para oponerse a la solicitud, bien para rechazarla, pero ofreciendo alguna alternativa, algo a lo que está obligada conforme al párrafo quinto del art. 34.8 ET, “motivando las razones objetivas en las que se sustenta la decisión”.

De un análisis de las resoluciones judiciales al respecto pueden derivarse una serie de posibilidades, siempre dejando claro que la variedad de situaciones de necesidad de cuidado, del lado de la persona trabajadora, como de las circunstancias productivas y organizativas de la empresa, impiden ofrecer reglas rígidas al respecto.

Así, los argumentos más habituales (que en muchos casos tienen acogida judicial) se refieren al sobredimensionamiento de la plantilla en el horario o en el

última que la STSJ no tiene en cuenta, entendiendo fundada la solicitud de la trabajadora solamente por el hecho de la presumida, sin ulterior prueba, necesidad de cuidado de la menor y la dificultad de llevar a cabo tal cuidado con el tipo de jornada inicial de la trabajadora con turnos rotatorios de mañana y tarde. Otra cosa es que la STSJ considere finalmente que las razones de la empresa para oponerse a la adaptación de jornada son justificadas y razonables, denegándola finalmente.

<sup>17</sup> Supuesto que, como se viene afirmando, tiene un parentesco indudable con el tema de la adaptación de jornada, pudiendo aplicarse los mismos criterios como pone precisamente de manifiesto la STS que se comenta que se refiere tanto a la reducción del art. 37.6 como a la adaptación del art. 34.8.

turno al que pretende adscribirse la solicitante de la adaptación<sup>18</sup>; las exigencias de un trabajo presencial, impidiendo la adaptación consistente en el cambio al trabajo a distancia, por parte de la empresa cliente (frecuente en los supuestos de campañas en las empresas de contact center); la existencia de muchas solicitudes de cambio de horario o de turno coincidentes con la pretensión de la persona trabajadora, ubicándola en consecuencia en una lista de espera que en muchos casos es extraordinariamente amplia (cientos de trabajadores) lo que hace inefectiva la solicitud<sup>19</sup>; el mayor volumen de ventas en los horarios en los que la persona trabajadora pretende la adaptación (el caso del comercio respecto de los turnos de tarde y de fines de semana y días festivos)<sup>20</sup>; el agravio comparativo con otros trabajadores de la empresa que han solicitado anteriormente la adaptación por otras razones, siéndoles denegada<sup>21</sup>; el perjuicio para los usuarios, si se trata de una actividad vinculada a un servicio público; la necesidad de acudir a una modificación sustancial de condiciones de trabajo de los otros trabajadores para reajustar el cuadro horario de la plantilla de conformidad con la solicitud de la persona trabajadora<sup>22</sup>.

Al margen de estas hipótesis, son frecuentes las alegaciones (a veces precisas<sup>23</sup>, en otros casos muy generales) de la empresa en cuanto a la disfuncionalidad organizativa y productiva de la adaptación pedida.

En todo caso, hay que recordar que no puede pretenderse que la adaptación reclamada no tenga impacto alguno en la organización productiva de la empresa, ni genere dificultades, ni fuerce a cambios organizativos o productivos, sino solamente que no se trate de alteraciones o de costes (económicos, de gestión, frente a la clientela) excesivos, desorbitados, injustificados e inasumibles. Algo que debe quedar suficiente y objetivamente probado. Una interpretación muy exigente para la validez de las razones de oposición de la empresa a la adaptación solicitada que es obligada dada la relevancia constitucional del derecho y la finalidad de la norma ordinaria de favorecer, de conformidad con las exigencias de la Directiva, la conciliación de la vida familiar y laboral, así como la corresponsabilidad en las

<sup>18</sup> STSJ de Castilla-León, de 2 de octubre de 2023 (ECLI:TSJCL:2023:3606); STSJ de Castilla-León, de 9 de octubre de 2023 (ECLI:TSJCL:2023:3705); STSJ de Castilla-León 1389/2023, de 25 de septiembre (ECLI:TSJCL: 2023:3603).

<sup>19</sup> STSJ de Madrid 803/2023, de 22 de septiembre (ECLI:TSJM: 2023:9773); STSJ de Andalucía, 72/2022, de 13 de enero (ECLI:TSJAND: 2022:248).

<sup>20</sup> STSJ de Cataluña, 4279/2023, de 5 de julio (ECLI:TSJCAT:2023:7044); STSJ de Madrid, 338/2023, de 5 de junio (ECLI:TSJM:2023:6733).

<sup>21</sup> STSJ de Madrid, 811/2023, de 20 de septiembre (ECLI:TSJM:2023: 97).

<sup>22</sup> Negando que esta sea razón suficiente para denegar la adaptación, debiendo probarse adicionalmente la existencia de un grave perjuicio: STSJ de Cantabria 430/2023, de 8 de junio (ECLI:TSJCAN:2023:632).

<sup>23</sup> STSJ de Cantabria 474/2023, de 19 de junio (ECLI:TSJCAN:2023: 699); STSJ de Canarias 557/2023 (ECLI:TSJCAN:2023:2143).

labores de cuidado de hijos o hijas y familiares o convivientes que necesiten dicho cuidado.

#### **4. LA REDUCCIÓN DE JORNADA Y SU CONCRECIÓN HORARIA**

Dentro del abanico de las posibles fórmulas de trabajo flexible favorecedoras de la conciliación de la vida familiar y laboral, el art. 3.1, f) de la Directiva 2019/1158 se refiere expresamente a la reducción de jornada. Una hipótesis en la que lo característico es que el salario percibido hasta el momento no se conserva íntegro, en la medida en que lo que se habilita a la persona trabajadora es a recortar su jornada si bien con la correspondiente reducción proporcional del salario. Concentrando la atención en las reducciones de jornada del apartado 6 del art. 37 ET que contempla dos variedades como son: a) la reducción de jornada por cuidado de menor de 12 años, persona discapacitada, o cónyuge, pareja de hecho o familiares hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad que no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen ninguna actividad retribuida; y b) la reducción de la jornada por el cuidado de menor afectado por cáncer o enfermedad grave<sup>24</sup>.

##### **4.1. La naturaleza del derecho a la reducción de la jornada y la diferencia con la concreción horaria de tal reducción**

Como lo establece el párrafo décimo del art. 37.6 ET, la reducción de jornada es un derecho individual de los trabajadores, hombres y mujeres que podrán ejercerlo cada uno de los cónyuges o miembros de las parejas de hecho, si ambos trabajan, u otras personas responsables del cuidado directo del sujeto causante, ya sea de forma conjunta o alternativamente<sup>25</sup>. Así lo subraya la STS 310/2023, de 26 de abril (ECLI :ECLI: TS:2023:2273) que recalca la diferencia entre la reducción de jornada y la adaptación, configurando a la primera como un derecho pleno e incondicionado de la persona trabajadora en la que concurran las circunstancias de necesidad de cuidado directo de alguna de las personas descritas en los dos primeros párrafos del art. 37.6, mientras que la adaptación de la jornada, como ya se ha visto, es solamente una expectativa de derecho cuya efectividad la persona trabajadora puede solicitar, pero requiriendo el acuerdo colectivo o individual que lo haga posible.

<sup>24</sup> Esta segunda modalidad de reducción de jornada motivada por cáncer o enfermedad grave del hijo, hija o asimilados, prevista en los párrafos 3 al 9 del apartado 6 del art. 37 ET, es objeto de tratamiento diferenciado en esta obra, por lo que no será, como ya se ha advertido, objeto de análisis en este trabajo.

<sup>25</sup> El único límite se contiene en el párrafo décimo del art. 37.6 ET es el relativo al supuesto de que dos o más trabajadores de la misma empresa generasen el derecho por el mismo sujeto causante, situación en la que el empresario puede limitar su ejercicio simultáneo, siempre que existan razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa, motivadas por escrito,

También puede traerse a colación a este la STSJ de Cataluña 5164/2023, de 19 de septiembre de 2023 (ECLI :ECLI: TSJCAT:2023:8145), la cual, reproduce la STSJ de Andalucía 2150/2022, de 14 de septiembre (ECLI :ECLI: TSJAND: 2023:9805), cuando establece una diferenciación entre los derechos de reducción de jornada y su concreción horaria y el derecho de adaptación de la jornada y de la forma de trabajo, subrayando su diferente naturaleza jurídica al afirmar que el art. 37.6 “concede un derecho no absoluto pero casi automático” a la reducción de jornada cuando se dan las circunstancias exigidas en la ley; mientras que, por el contrario, el derecho a la adaptación de jornada carece de esa naturaleza al depender de la negociación colectiva o del acuerdo individual y, en todo caso, de la ponderación de los intereses, que pueden ser contrapuestos, de la persona trabajadora y de la empresa. Concluyendo, sin embargo, que la automaticidad de la reducción de la jornada, incluyendo aquí lo referido a su concreción horaria, se refiere a la jornada ordinaria ya que, cuando se pretende su concreción fuera de dicha jornada, es igualmente necesaria, como en el caso del art. 34.8 y en defecto de negociación colectiva, de una negociación individual entre la persona trabajadora y la empresa<sup>26</sup>.

#### **4.2. Los sujetos justificadores de la reducción y las circunstancias que la hacen posible**

Pese a la afirmada casi automaticidad del derecho a la reducción de jornada, tal derecho se sustenta en unas determinadas responsabilidades familiares en relación con un relativamente amplio abanico de sujetos. Circunstancias que deben concurrir para generar el derecho a la reducción.

En cuanto a los sujetos, el art. 37.6 ET se refiere a los menores de doce años cuya guarda legal corresponda a la persona trabajadora. Que serán normalmente los hijos o hijas, sea por naturaleza o por adopción, y los asimilados a éstos como aquellos cuya guarda se confía con fines de adopción o los acogidos de forma permanente<sup>27</sup>.

debiendo en este caso la empresa ofrecer un plan alternativo que garantice el disfrute de esta medida de conciliación por todas las personas trabajadoras interesadas, posibilitando el ejercicio de los derechos. No puede dejar de advertirse una cierta incongruencia en el tenor legal ya que, abriendo el derecho a la reducción por el mismo sujeto causante a “dos o más trabajadores”, sin embargo, la garantía del disfrute del derecho, cuando son de la misma empresa, se refiere textualmente a “ambas personas trabajadoras”. Lo que parece estar pensando solamente en los cónyuges o los miembros de la pareja de hecho. Una redacción, por otra parte, que se conecta inevitablemente con lo establecido en el art. 34.8 ET respecto de la adaptación de jornada y que se ha analizado cumplidamente páginas atrás.

<sup>26</sup> Insistiendo en las matizaciones señaladas, la STSJ de Cantabria 474/2023, de 19 de junio (ECLI:TSJCAN: 2023: 699/2023).

<sup>27</sup> Referencia que acoge también a los tutores y los supuestos de acogimiento simple Palomino Saurina, P. Permiso por razones de guarda legal, en el volumen *Un decenio de jurisprudencia*

Así se describen en el art. 45.1, d) ET respecto de la suspensión del contrato y, con más precisión, en el art. 46.3 de la misma norma en relación con las excedencias por cuidado de hijo. También bajo el paraguas de la guarda legal encomendada, el primer párrafo del art. 37.6 se refiere a una persona con discapacidad, en principio no necesariamente relacionada con la persona trabajadora por vínculos de parentesco, que no desempeñe una actividad retribuida<sup>28</sup>. Una referencia a la discapacidad que se concreta acudiendo al art. 2, a) y, específicamente, al art. 4.2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, el cual establece que se considerarán personas discapacitadas aquellas a las que se haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento<sup>29</sup>.

Además de los mencionados, el segundo párrafo del art. 37.6 ET amplía la nómina de los sujetos (punto en el que el RDL 5/2023 ha hecho las únicas aportaciones al texto) al cónyuge o pareja de hecho y a los familiares hasta el segundo grado de consanguinidad (lo que incluye a los hijos mayores de 12 años) o afinidad, incluyendo al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, siempre que, en todos los casos, se trate de personas que, por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. Lo anterior reproduce, aparentemente generalizándolas, las exigencias ya vistas en relación con la adaptación de la jornada y contenidas en el art. 34.8 ET respecto de personas dependientes, aunque no sean familiares; y sustituyendo la convivencia, exigida en el art. 34.8 en relación con estas personas dependientes no familiares pero que no se reclama en el art. 37.6, por el hecho de no desempeñar ninguna actividad retribuida.

No queda claro, teniendo presente la dicción del art. 34.8 ET, si el requisito de no valerse por sí mismo como consecuencia de las específicas causas de edad,

*laboral sobre la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*. Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 556. Cfr. asimismo Bravo Santamaria, S. Reducción de jornada, en el mismo volumen pp. 637 y ss.

<sup>28</sup> Aunque el artículo que se comenta habla de la “guarda legal”, hay que hacer una interpretación más flexible de la misma considerando que, al margen de los casos en los que la ley atribuye a determinadas personas (normalmente los progenitores) la guarda de los menores existirá guarda cuando hay una persona o personas que se ocupen cotidianamente del cuidado de los menores o de los discapacitados. A ello se refieren los arts. 237/238 y 263 del Código Civil cuando regulan la guarda de hecho de menores y discapacitados, respectivamente.

<sup>29</sup> Valoración de la discapacidad que se realizará conforme al 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. Otra cosa es que se sustente que existe discapacidad, aunque no se haya reconocido formalmente, siempre que el estado de salud de la persona le imposibilite una participación plena en todas las dimensiones de la vida social, recogiendo aquí la orientación de la jurisprudencia comunitaria que, a los efectos de la prohibición de discriminación por discapacidad, ha recurrido a un concepto amplio, sustantivo y no solo formal, de la misma, del que se ha hecho eco el arriba citado RD-Legislativo 1/2013, sobre derechos de las personas con discapacidad en sus arts. 2, a) y 4.1.

enfermedad o accidente se refiere solo al familiar consanguíneo de la pareja de hecho, excluyendo de tal exigencia al cónyuge, la pareja de hecho o los familiares consanguíneos o por afinidad hasta el segundo grado como sucede, en cuanto a la adaptación de jornada, con este tipo de personas; a las que no se reclama que sean dependiente ni convivan en el domicilio de quien solicita la adaptación. O, si, por el contrario, como parece deducirse del algo confuso tenor legal, tal exigencia se refiere a todos los mencionados, quedando fuera de la misma solamente los menores de doce años y los discapacitados. Referencia que, si se trata de discapacitados en un alto grado, absorbería a los demás familiares que “no puedan valerse por sí mismo” siempre que le esté encomendada a la persona trabajadora su guarda legal.

Establecidos los sujetos que pueden justificar la reducción de la jornada, el art. 37.6 exige que sean personas que requieran un cuidado directo. Una exigencia que puede interpretarse como la necesidad de una atención habitual, aunque no constante respecto de personas que lo requieren; algo que, en principio, no se discute en el caso de los menores de doce años y que se deriva, en los demás supuestos, del hecho de que la persona no pueda valerse por sí misma, conectando esta hipótesis con las necesidades de cuidado o con la dependencia que requiere el art. 34.8 ET, a cuyo análisis se hace remisión<sup>30</sup>.

En todo caso, el cuidado directo faculta a ejercitar el derecho a la reducción de jornada de la persona trabajadora a cuyo cargo están los sujetos causantes; aunque se sostiene<sup>31</sup> que, si existe otra persona que se ocupa de dicho cuidado, ya sea porque conviva con el sujeto causante o haya sido contratada al efecto, el derecho a la reducción no podrá ejercitarse. Nuevamente se suscita aquí la cuestión problemática de hasta qué punto la exigencia legal permite inmiscuirse en la forma de organización familiar o de convivencia de la persona trabajadora que pretende la reducción.

<sup>30</sup> Es adecuado traer a colación la STS (Sala de lo Contencioso) 1218/2023, de 3 de octubre (ECLI :ECLI: TS: 2023:3966) en cuanto a la aplicación de los arts. 48, h) EBEP (que prevé una reducción de la jornada del funcionario público con disminución proporcional de sus retribuciones en el caso de cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial atención o de una persona discapacitada así como de un familiar hasta el segundo grado que no pueda valerse por sí mismo) y 49, e) (permiso por cuidado de hijo menor afectado por enfermedad grave, para el que, pese a que se establezca una reducción de jornada, no existe disminución proporcional de las retribuciones, y para el que se reclama que el cuidado sea directo, continuo y permanente, médicamente acreditado). Lo interesante de la STS es la mayor exigencia que hace del permiso retribuido del 49, e) en cuanto al requisito del cuidado directo, que debe ser continuo, permanente y médicamente acreditado, diferenciándolo del simple cuidado directo a que se refiere el art. 37.6 ET en dos primeros párrafos que, salvo que se trate del cónyuge u otros familiares (donde la necesidad de cuidado deriva de factores tan genéricos como la edad, la enfermedad o el accidente, no requiriendo siquiera que sean graves) en el caso de menores de doce años y personas discapacitadas, dicho cuidado, interpretable como simple atención, prácticamente se presume. Mucho más sí, como recalca las STS citada, la reducción de la jornada implica un coste salarial o de retribuciones proporcional que lleva a una interpretación más flexible de esa exigencia de cuidado.

<sup>31</sup> Palomino Saurina, cit, p. 557

### 4.3. La concreción horaria de la reducción de la jornada

Como es fácilmente apreciable, toda reducción de jornada implica la problemática de la ubicación del tiempo de trabajo que persiste como obligación laboral; o, si se quiere ver desde la perspectiva de la conciliación, la de los tiempos de exclusión del trabajo que se dedican al cuidado. Es decir, una problemática similar a la que se suscita en la hipótesis antes vista de la adaptación de la jornada prevista en el art. 34.8 ET, debiendo recibir, en consecuencia, un tratamiento semejante, aunque no necesariamente idéntico como se verá, si se da prevalencia al criterio de la persona trabajadora a la hora de determinar la o las franjas horarias diarias o semanales en las que elige ubicar los tiempos de trabajo que se mantienen o, también el reparto entre presencialidad y virtualidad de la jornada reducida.

A estos efectos, hay que acudir al art. 37.7 ET donde se dice expresamente que la concreción horaria de la reducción de jornada, siempre que sea “dentro de la jornada ordinaria de trabajo”, corresponderá a la persona trabajadora; si bien el artículo añade que los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada en atención a los derechos de conciliación y teniendo en cuenta las necesidades productivas y organizativas de la empresa.

Lo que plantea la cuestión de si, tratándose de una reducción dentro de la jornada ordinaria, esto es, no alterando la distribución original del tiempo de trabajo sino proyectando la reducción como una disminución o recorte del tiempo de trabajo dentro de las franjas horarias en las que venía desempeñándose la relación laboral, la naturaleza de derecho individual directamente ejercitable por la persona trabajadora se proyecta también sobre esa fijación concreta de los tiempos de trabajo que el convenio colectivo no podrá debilitar por tratarse de un mínimo legal insoslayable. Queda, por tanto, para la negociación colectiva el establecer los criterios de la concreción horaria solamente en los casos en que la reducción pretendida implica a la vez una redistribución del horario de trabajo, esto es, cuando la persona trabajadora pretende, por ejemplo, un horario reducido en un turno diferente, o la distribución de ese horario en días distintos a los iniciales, bien acumulándolo en unos determinados días o excluyendo otros, habitualmente los fines de semana o los días festivos, o derivar hacia la virtualidad un trabajo presencial o, en fin, alterar la proporción de trabajo presencia y virtual en la jornada reducida.

En la línea que entiende que la concreción horaria dentro de la jornada ordinaria constituye un derecho del trabajador se manifiesta la STS 379/2023, de 25 de mayo (ECLI:TS: 2023: 2433), así como la STSJ de Cantabria 430/2023, de 8 de junio (ECLI:TSJCAN: 2023:632) que, incluso, amplía el ámbito de ese derecho al afirmar que, en aplicación del art. 37 ET, núm. 6 y 7, es derecho de la persona trabajadora la concreción de la reducción de la jornada de trabajo.

En consecuencia, si la reducción de la jornada que se pretende se concreta fuera de la jornada ordinaria, en este caso, el derecho de la persona trabajadora no se amplía hasta incluir esa fijación e imponerla a la empresa. Hipótesis en la que, salvo que el convenio colectivo aplicable disponga otra cosa, será necesario acudir al procedimiento establecido en el art. 34.8, es decir, a una negociación entre trabajador y empresario, buscando un acuerdo en el que se equilibren los derechos de conciliación con las necesidades organizativas y productivas de la empresa<sup>32</sup>. Siendo una cuestión analizada epígrafes antes, se hace remisión a lo allí sostenido<sup>33</sup>.

## 5. LOS PERMISOS RETRIBUIDOS

Tratándose de compatibilizar la actividad laboral con el desempeño de las responsabilidades familiares, normalmente de cuidado, el abanico de permisos orientados a este objetivo permite clasificarlos en dos grupos, esencialmente, por razón de su duración y finalidad específica, más allá de la general de facilitar la conciliación y la corresponsabilidad. De este modo podemos distinguir: de una parte, los permisos de corta duración, previstos para hacer frente a responsabilidades familiares de carácter urgente o de cierta imprevisibilidad; y, de otra, permisos de más amplia duración que, por este motivo responden a necesidades de cuidado más extendidas en el tiempo. El listado de permisos se completa, finalmente, con el nuevo permiso parental, regulado en el art. 48 bis ET, que se tratará al final del presente trabajo.

No obstante, previamente a proceder al análisis de cada uno de los permisos enumerados, hay que dejar resuelta dos cuestiones que se suscita frecuentemente en relación con los permisos retribuidos<sup>34</sup>. Se trata, de una parte, del momento de inicio del permiso; y, de otra parte, qué días se computan a efectos de la cobertura del número establecido en la norma. En cuanto a lo primero, es decir, el día de inicio del cómputo del permiso, es jurisprudencia consolidada que, si el hecho causante del permiso tiene lugar en día no laborable, el permiso debe iniciarse el día laborable inmediatamente posterior; y, si sucede en día laborable ése mismo día

<sup>32</sup> En este sentido se manifiesta la STS 310/2023, de 26 de abril (ECLI:TS: 2023: 2273), la STSJ de Galicia, de 6 de octubre de 2023 (ECLI:TSJGAL: 2023:6377) y la STSJ de Cataluña, de 1 de febrero de 2022 (ECLI:TSJCAT: 2022:1628). De la misma forma, es necesario acudir al art. 34.8 ET cuando, a partir de una reducción de jornada ya reconocida, se plantea por la persona trabajadora un cambio del horario reducido inicialmente establecido (STSJ de Cataluña, de 26 de enero de 2022 (ECLI:TSJCAT: 2022:1438).

<sup>33</sup> También se hace remisión a lo dicho antes para la solución de las discrepancias sobre la concreción horaria de la reducción de jornada que puedan surgir entre empresario y trabajador al procedimiento previsto en el art. 139 de la LRJS.

<sup>34</sup> Problemática que comparten con el permiso por matrimonio o registro de parejas de hecho u otros similares.

es ya el que inicia el cómputo<sup>35</sup>. En relación con lo segundo, también es doctrina consolidada que, salvo que la norma legal así lo diga expresamente como sucede con la licencia de quince días por matrimonio respecto de la que el art. 37.3, a) señala que se trata de días naturales, los días de licencia retribuida deben proyectarse igualmente sobre días en los que hay obligación de trabajar y, en consecuencia, se genera el derecho al salario pese a que existe una ausencia del trabajo<sup>36</sup>.

## **5.1. Permisos de corta duración para hacer frente a responsabilidades familiares que se presenten con carácter urgencia o de cierta imprevisibilidad**

### *5.1.1. El permiso de cinco días por accidente o enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica que precise reposo domiciliario*

El art. 37.3, b) ET recoge un nuevo permiso que se añade al ya extenso listado de los existentes en la normativa laboral. En realidad, este nuevo permiso es la trasposición del permiso para cuidadores previsto en el art. 6 de la Directiva 2019/1158 dirigido a garantizar que cada trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso de cinco días laborales al año; correspondiendo a los Estados miembros la fijación de los detalles relativos al ámbito de aplicación y las condiciones del ejercicio de este derecho.

En realidad, no se trata de un permiso nuevo, pues las circunstancias que lo justifican, esto es, el accidente o enfermedad grave, hospitalización, o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario ya estaban previstas en la normativa laboral (*ex art. 37. 3 b) ET*)<sup>37</sup>, pero sí se han introducido mejoras en su regulación. En concreto, son dos las novedades resultado, una vez más, de la trasposición de la Directiva 2019/1158 por obra del RDL 5/2023. De una parte, el tiempo del permiso se ha fijado de forma estándar en cinco días, frente a los dos días más dos, para el caso de que hubiese desplazamiento de la regulación anterior. Hay que decir que en este extremo la legislación nacional ha sido más favorable que la comunitaria ya que la Directiva habla de cinco días laborales al

<sup>35</sup> STS 73/2023, de 25 de enero (ECLI:TSJTS: 2023:545), STS 168/2023, de 28 de febrero (ECLI:TS: 2023: 733) y STS 282/2022, de 30 de marzo (ECLI:TS: 2022: 1235), entre otras muchas. A estos efectos, hay que recordar que el art. 6 de la Directiva, dedicado precisamente al permiso para cuidadores, que hace referencia a los cinco días mínimos que han de ser laborables.

<sup>36</sup> En este sentido las STS 73/2023, de 25 de enero (ECLI:TS: 2023:545), STS 189/2022, de 24 de febrero (ECLI:TS: 2023: 831) y STS 414/2023, de 7 de junio (ECLI:TS: 2023:2624). También De La Flor Fernández, M.L., cit, pp. 51-53.

<sup>37</sup> En concreto, la versión anterior del art. 37.3 b) ET disponía: “Dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

año; mientras que la nueva dicción del apartado b) del art. 37.3 ET se refiere a cinco días que habrá de entenderse por cada situación de las indicadas<sup>38</sup>.

La otra novedad se materializa en las personas respecto de las que se justifica la existencia de este tipo de permiso cuyo número se amplía. Así, en primer lugar, se añaden expresamente al cónyuge y a la pareja de hecho; se supone, como en lo relativo a la adaptación y la reducción de jornada las registradas, pese a que el precepto no lo indique expresamente. Por lo que hace a los parientes, igualmente se amplía el círculo de los que pueden ser causantes del ejercicio de este derecho de conciliación. Así, junto a los hasta ahora incluidos parientes por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, ahora, además, quedan comprendidos los familiares por consanguinidad de la pareja de hecho, y aunque una vez más la norma aquí no diga nada, se entiende que será hasta el segundo grado.

La innovación mayor se encuentra, al margen de la mejora en cuanto a los días de duración posible del permiso, y en la inclusión dentro del círculo de los sujetos causantes del permiso a cualquier otra persona (aunque no sea pariente), distinta de los anteriores, siempre que (y ésta es la vinculación fáctica que sustituye a la del parentesco) se trate de alguien que conviva en el mismo domicilio que la persona trabajadora y requiera el cuidado efectivo de aquella<sup>39</sup>. Una ampliación que recuerda a la ya comentada respecto de la adaptación de jornada, pero sin exigir que la persona no pueda valerse por sí misma sino solamente que requiera un cuidado afectivo.

Lo que es lógico dada la diversa entidad temporal de la adaptación o de la reducción de jornada y de este breve permiso de cinco días. Para el cual resulta excesivo requerir esa condición de no poder valerse por sí mismo, bastando una condición más debilitada, y así debe interpretarse, de requerir un cuidado efectivo; lo que remite a ciertas limitaciones personales del causante del permiso que hagan necesario un cuidado más o menos permanente e intenso, pero en ningún caso en todo momento y ocasión y con dedicación plena. Pero, además, puede indicarse que esta exigencia es incongruente si se atiende a la justificación del permiso que es el accidente o enfermedad grave, la hospitalización o la intervención quirúrgica sin hospitalización que requiera reposo domiciliario; circunstancias para las que, en cierta medida, es indiferente que la persona en cuestión no pariente requiera un cuidado efectivo ya que, en realidad, la vinculación con la persona trabajadora es la convivencia. De forma que se asimila la convivencia al parentesco, debiendo ser

<sup>38</sup> Véase, por todos, las reflexiones de Nieto Rojas, P.: La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 7/2023, pp. 93.

<sup>39</sup> Una convivencia respecto de la que no se establece una duración mínima, ni su necesidad de mantenimiento a lo largo del tiempo, bastando la convivencia en el momento de solicitarse el permiso, en este sentido De La Flor Fernández, M.L., cit. p. 53. En general, sobre este tipo de permiso, la misma autora en las págs. 51-52.

irrelevante la exigencia del cuidado efectivo como lo es para los parientes a los que no se exige la necesidad de cuidado y ni siquiera la convivencia.

### *5.1.2. El permiso por fallecimiento*

Este permiso se mantiene en los mismos términos que estaba en el ET antes del RDL 5/2023, salvo por el hecho de que se separa del permiso antes mencionado para incluirse en un nuevo apartado 3 b) bis del art. 37 ET. Se trata, pues, del tradicional permiso por fallecimiento de dos días que puede ampliarse a dos más para el caso de que haya desplazamiento, sin precisar, suponiéndose que a otro municipio a una cierta distancia mínima. La única variación que se ha introducido consiste en la ampliación del círculo de posibles sujetos causantes, incluyendo además de al cónyuge a la pareja de hecho, que se suman a los parientes hasta el segundo grado por consanguinidad y afinidad ya previstos antes.

Se trata de un permiso que puede acumularse al anterior, esto es, si el fallecimiento se produjera al agotarse los cinco días por razón de enfermedad o accidente grave. De este modo, y puesto que se trata de dos permisos diferentes, la combinación de ambos podría dar lugar a que la persona trabajadora pudiese disfrutar de un permiso retribuido de siete o nueve días para atender situaciones personales graves de las personas que constituyen su círculo de parentesco y/o de convivencia respecto de las cuales tiene responsabilidades de atención o cuidado tan obvias como lógicas.

### *5.1.3. Las ausencias por nacimiento prematuro de hijo o hija o, si por cualquier causa, deben quedar hospitalizados a continuación del parto<sup>40</sup>*

Según el art. 37.5 ET, las personas trabajadoras tendrán derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto. Se trata, claramente, de una ausencia muy breve: solo una hora y un tiempo de ausencia que debe contextualizarse.

Así hay que tener en cuenta que hay un periodo, correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto, que constituyen el denominado descanso obligatorio. Lo que implica que, siendo obligatorio, ambos progenitores deben disfrutarlo no pudiendo renunciar a tal derecho; asimismo, y en tanto que se trata de un tiempo inmediatamente posterior al parto, su disfrute debe hacerse de forma ininterrumpida; a lo que, además, debe añadirse que dicho descanso habrá de ser disfrutado por cada uno de los padres a tiempo completo y no parcial quedando esta segunda posibilidad reservada al resto del tiempo de descanso, el denominado voluntario (art. 48.4 ET).

<sup>40</sup> Hay que recalcar que, respecto de los funcionarios públicos, el art. 49, c) EBEP establece que en los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba

Si conjugamos esa regla de suspensión del contrato de trabajo durante las primeras seis semanas con el permiso de una hora en los casos mencionados, en realidad, lo que se está ofreciendo a los progenitores que puedan ausentarse de su lugar de trabajo, sin coste alguno, con el fin de visitar a su hijo/a en el hospital, siempre que la situación de hospitalización continúe. Más allá de esta posibilidad, poco ofrece este corto permiso de una hora retribuido pues, una vez el hijo/hija reciba el alta hospitalaria, lo frecuente será que los progenitores todavía se encuentren en el tiempo de descanso obligatorio o que, agotado éste, que pasen a disfrutar de las diez semanas restantes de descanso, el llamado voluntario. Aunque ahora sí y debido a las posibilidades que ofrece el art. 48.4 ET a la hora de configurar y distribuir el tiempo de descanso voluntario, el presente permiso por hospitalización tendrá una funcionalidad mayor<sup>41</sup>.

#### *5.1.4. Ausencia del trabajo por fuerza mayor*

Con este permiso, regulado en el art. 37.9 ET, se completa el abanico de los permisos por razón de conciliación de la vida familiar y laboral de corta duración<sup>42</sup>. Una vez más, la ausencia justificada que da derecho al permiso retribuido es, bajo la referencia genérica a la fuerza mayor, por motivos urgentes en caso de accidente o enfermedad (no necesariamente grave) que haga indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora. Motivos que la norma califica de familiares por lo que las ausencias retribuidas deben conectarse con personas que, en primer lugar, sean genéricamente familiares; sin que se precise el grado de parentesco lo que hace que no necesariamente haya de entenderse que se trata de familiares hasta el habitual segundo grado de parentesco. También justifican la ausencia las personas convivientes, de nuevo formulada esta circunstancia de manera general, sin exigir, como se ha visto ya en otras ocasiones, que se trate de convivientes dependientes o que no puedan valerse por sí mismos, pero siempre que sea una situación que haga indispensable la presencia inmediata de la persona trabajadora.

Las ambigüedades e imprecisiones anteriores se derivan del hecho de que el apartado 9 del art. 37 ET es una transcripción muy literal del art. 7 de la Directiva, introduciendo una única precisión referida a los días de ausencia al año habilitada por el propio art. 7. De cualquier modo, persiste la cuestión de la exigencia de que el acontecimiento de que se trate (que puede ser cualquier en enfermedad

permanecer hospitalizado a continuación del parto, el permiso por nacimiento y cuidado de hijos se ampliará tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales. Una previsión que resulta un tanto contradictoria con lo establecido en el art. 48, g) que prevé, para el mismo supuesto, el permiso retribuido de las, en este caso, dos horas de ausencia.

<sup>41</sup> Se trata de una ausencia al trabajo que suelen regular los convenios colectivos, fijando como límite de la hora diaria de ausencia la fecha de alta hospitalaria del menor.

<sup>42</sup> Sobre este permiso, previsto con carácter muy general en el art. 7 de la Directiva, De La Flor Fernández, M.L., cit., pp. 53-54.

o accidente, no necesariamente grave, como se ha dicho) requiera la presencia inmediata. Algo enormemente ambiguo y discutible ya que puede derivar incluso de una percepción subjetiva de esa necesidad, sea de la persona trabajadora, sea del propio familiar, sea de ambos.

Teniendo presente este cuadro, lo normal será que este derecho de ausencia se articule como una especie de crédito de horas anuales retribuidas a utilizar por la persona trabajadora para atender asuntos relacionados con un accidente o una enfermedad de algún familiar que requiera su presencia (algo que, finalmente, decidirá la propia persona trabajadora), debiendo solamente acreditar el motivo de la ausencia, lo que puede hacerse a posteriori. La idea de la norma es que se usen una o pocas horas en cada ocasión, de forma intermitente o aleatoria, sumándose las horas consumidas hasta llegar al tope legal equivalente a cuatro días de trabajo al año, con la sola exigencia de la acreditación del motivo que, por su generalidad, puede fácilmente articularse.

Aunque no se diga expresamente, debe entenderse que se trata de un derecho individual (en los términos del art. 37.7 ET) a ejercitar por la persona trabajadora en el momento en que considere adecuado a partir de la producción de la causa de fuerza mayor (enfermedad o accidente) que requiera su presencia inmediata.

## **5.2. Permisos de amplia duración**

### *5.2.1. El permiso para el cuidado del lactante*

Otro de los mecanismos previstos habitualmente en el ámbito laboral para promover el cuidado del hijo durante los primeros meses de vida es el recogido en el art. 37.4 ET, esto es, el antiguo permiso por lactancia, ahora denominado permiso para el cuidado del lactante. Se trata de un permiso clásico que ha sufrido algunas modificaciones por obra del RDL 5/2023 de las que se dejará constancia.

Definido con carácter general, este permiso concede a los progenitores (o adoptantes, guardadores o acogedores) el derecho a ausentarse del trabajo para el cuidado del lactante, bien durante una hora al día, o bien dividiendo la hora en dos fracciones de media hora cada día. Beneficio que durará hasta que el lactante cumpla nueve meses. Este permiso no lleva aparejada merma salarial alguna ya que es uno de los permisos retribuidos a cargo del empresario regulados en la normativa laboral. Junto a lo anterior, el art. 37.4 ET ofrece la posibilidad a quien ejerza este derecho de sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad (es decir el cuidado del lactante, algo que se presume si éste tiene menos de nueve meses que es el tope de edad para el derecho al permiso). O, incluso, acumularlo en jornadas completas en los términos en los que lo permita la negociación colectiva o, en su defecto, el acuerdo individual entre trabajador y empresa; en cuya ausencia tal acumulación no será posible. Siempre, naturalmente, con el mantenimiento de la retribución.

Puesto que se trata de un derecho individual de la persona trabajadora, también cuando la acumulación se permite por la negociación colectiva si bien en los términos en que ésta lo haga, corresponde a la persona trabajadora decidir la modalidad y el momento del disfrute del permiso. A esto se refieren, tanto el propio apartado 4, como el apartado 7 del art. 37 ET que se remite expresamente a dicho apartado.

Como ya se ha analizado antes, el art. 37.4 concluye ofreciendo a los progenitores, adoptantes o guardadores la posibilidad de que, si ejercen este derecho con la misma duración y régimen, el periodo de disfrute de este tiempo de reducción podrá ampliarse hasta los doce meses de vida del lactante. Esta posibilidad si lleva aparejada la pérdida de salario para los progenitores a partir, lógicamente, del cumplimiento de los nueve meses y hasta los doce meses de edad del lactante. En realidad, esta prolongación de nueve a doce meses ha dejado de ser un permiso para convertirse en un supuesto más de reducción; lo que justifica que ahora sí haya una pérdida de salario proporcional al tiempo de reducción.

Es verdad que esta situación de pérdida de salario, parcialmente y de manera casi testimonial, se ve resuelta por el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social denominada “corresponsabilidad en el cuidado del lactante” destinada a sustituir, precisamente, la pérdida de los ingresos correspondientes a esos tres meses de reducción de la jornada, si bien limitada a uno de los progenitores (arts. 183-185 LGSS). Esto da origen a una situación, que ya se ha criticado, en la que, durante esos tres meses de reducción de jornada, uno de los progenitores percibirá, no el salario, sino la prestación social sustitutoria, mientras que el otro seguirá ejerciendo su derecho de conciliación, pero con la merma, aunque sea pequeña, de su salario.

Se concluye este apartado no sin antes hacer mención del significativo cambio que hubiera supuesto la aprobación del RDL 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se modificaba, entre otros, el art. 37.4 ET en los términos siguientes: “4. *En los supuestos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d), las personas trabajadoras tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples (...) Quien ejerza este derecho, por su voluntad, podrá sustituirlo por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas*”. Por tanto, conforme la nueva dicción del citado precepto, el disfrute del permiso de lactancia, sea a través de una reducción de la jornada en media hora diaria, sea por acumulación por jornadas completas, se hace depender de la mera voluntad de las personas trabajadoras no siendo, en consecuencia, necesario que el Convenio Colectivo prevea expresamente esa opción ni que la empresa y la persona trabajadora alcancen acuerdo alguno al respecto.

Se pretendía así eliminar los límites existentes convirtiendo todas las opciones de disfrute, incluida la acumulación de las horas retribuidas de ausencia, en un derecho de todas las personas trabajadoras. Sin duda, una mejora más en el reconocimiento y protección de los permisos de conciliación que, sin embargo, al menos por el momento, habrá de esperar, dada la falta de apoyo parlamentario que ha impedido la aprobación, entre otros, de este necesario cambio legislativo cuya entrada en vigor estaba prevista el pasado 21 de diciembre.

### *5.2.2. El permiso parental (art. 48 bis ET)<sup>43</sup>*

Se trata de un nuevo derecho individual e intransferible de las personas trabajadoras para que puedan dedicarse al cuidado de los hijos/hijas hasta que éstos alcancen la edad de ocho años. A estos efectos, el art. 5.1 de la Directiva 2019/1158 habla de un permiso parental de cuatro meses, si bien, a continuación, en el párrafo segundo, aclara que al menos dos de esos meses no pueden transferidos; siendo precisamente respecto de esos dos meses sobre los que se establece la única garantía de remuneración o mediante la percepción de alguna prestación de seguridad social (art. 8.1).

Por su parte, el art. 48 bis, en su apartado 1, ha dispuesto que este permiso tenga una duración no superior a ocho semanas, claramente inferior a los cuatro meses que fija la Directiva. Ahora bien, como igualmente señala la Directiva, en su art. 20.6, a los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el art. 5 (que es el que interesa en este momento) los Estados podrán tener en cuenta cualquier periodo de ausencia del trabajo relacionada con la familia y cualquier remuneración o prestación económica por esta, entre otros permisos de maternidad, paternidad, parental o para cuidadores a que pueda acogerse el trabajador en el ámbito nacional y que supere los estándares mínimos previstos en esta Directiva<sup>44</sup>.

Por lo demás, y como sucede en la mayoría de los permisos ya mencionados, la concreción horaria corresponde a la persona trabajadora en la medida en que, según el apartado 3, constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, y que, lógicamente, por el amplio margen temporal en el que puede ejercitar este derecho, deberá especificar la fecha de inicio y fin del disfrute cuando se lo comunique al empresario. Las únicas excepciones a este ejercicio directo del derecho a un permiso parental son: de una parte, que haya razones de fuerza mayor, necesidades organizativas u otros supuestos definidos en los convenios colectivos que obliguen al empresario a aplazarlo a un momento posterior razonable; y, de

<sup>43</sup> El art. 127.7 RDL 5/2023 adiciona este nuevo art. 48 bis resultado de la trasposición de la Directiva 2019/1158.

<sup>44</sup> Es lo que, De La Flor Fernández, M.L., cit. p. 41 llama cláusula pasarela; en general y sobre este permiso parental, las pp. 57 a 60.

otra, para el caso de que dos o más personas trabajadoras generen este derecho por el mismo sujeto causante<sup>45</sup>.

De cualquier forma, es de esperar que el desarrollo reglamentario de este nuevo permiso parental aclare muchas de las dudas apuntadas. Entre otros motivos, porque como indica expresamente el art. 48 bis ET, el disfrute de estas ocho semanas podrá hacerse de forma continua o discontinua, a tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial de conformidad con lo establecido reglamentariamente. Y todo ello sin olvidar que en el citado precepto nada se dice de la garantía de que este permiso sea sin coste para las personas trabajadoras, sea por conservarse la remuneración, sea porque se establezca una prestación específica de Seguridad Social al respecto; mecanismo este último que es habitual cuando se trata de garantizar los derechos de conciliación. Y, aunque tal garantía sí está reconocida en el art. 8 de la Directiva, aun corresponde a la normativa nacional especificar si las ocho semanas del art. 48 bis ET serán consideradas un permiso retribuido, con conservación del salario, o una reducción de jornada (si se disfruta de forma parcial e intermitente) o una suspensión del contrato<sup>46</sup>. Casos en los que, al no haber salario, solo queda la alternativa de la prestación social sustitutoria, que podría mientras ser cubierta por un acuerdo colectivo mediante el cual la empresa asumiera el coste salarial del permiso parental (algo bastante improbable dada su duración). Y, mientras tal prestación no se articule, el permiso parental no podrá disfrutarse, abriendo, si acaso, al debate acerca de la aplicación de efecto directo de la Directiva; lo que implica una dimensión de análisis que excede con mucho los propósitos de este trabajo.

### 5.3. Las aportaciones de la negociación colectiva

Hay que señalar, en primer lugar, que, cuando se trata de convenios colectivos anteriores a las reformas introducidas por el RDL 5/2023, es imposible que tengan en cuenta los nuevos contenidos del art. 37, referidos a los permisos, como tampoco el 48 bis, en relación con el permiso parental. Pero, incluso en los convenios posteriores al RDL, la acogida de la nueva configuración de algunos permisos y, sobre todo, de los nuevos permisos creados por la norma es todavía muy escasa, limitándose, en la mayor parte de los casos, a trasladar al texto del convenio,

<sup>45</sup> Aunque hay quienes critican esta regulación argumentando la preferencia por la posición empresarial al admitir que un derecho pueda ser desplazado respecto de necesidades que, en su mayoría, son inaplazables, véase Reche Tello, N.: La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?, *Revista de Derecho Social*, 89/2020, pp. 82. En la misma línea de opinión, Nieto Rojas, P.: La trasposición de la Directiva 2019/1158...”, cit pp. 88.

<sup>46</sup> Si bien hay que tener en cuenta que el art. 20.2 de la Directiva, demora hasta el 2 de agosto de 2024, la trasposición de la exigencia de retribución o prestación económica de las últimas dos semanas del permiso parental, aplicando las previsiones del art. 8.3 de la misma Directiva.

el tenor literal del ET. Lo que obligará a depurar el contenido de los convenios ajustándolo a las exigencias mínimas legales<sup>47</sup>; algo que también es necesario hacer con algunos convenios que siguen anclados en regulaciones ya derogadas y cuyo respeto por la legislación vigente debe garantizarse, modificando, si es pertinente, su tenor literal.

Con estas precauciones, y teniendo presentes los convenios colectivos citados al inicio y utilizados como muestra significativa<sup>48</sup>, puede llegarse a las siguientes conclusiones generales:

En primer lugar, los convenios colectivos no atienden necesariamente a la totalidad de los permisos retribuidos que se han descrito antes. Algo a lo que, obviamente, no están obligados ya que el reenvío legal a la negociación colectiva es una habilitación que los negociadores no tienen por qué asumir respecto de todos los permisos previstos en el ET. En segundo lugar, los convenios suelen concentrar sus prescripciones e innovaciones en los permisos de corta duración por razones de conciliación, haciéndolo de diversa manera:

Reproduciendo el tenor legal como suele suceder con el permiso por parto prematuro o por necesidad de hospitalización del neonato (art. 34 del Convenio Colectivo del sector de la banca, art. 40 del sector de Grandes Almacenes, art. 37 IV del Convenio de Carrefour y art. 24.1 m) del Convenio de unidades globales de Telefónica); o ampliándolo de una a dos horas (art. 75 m) del Convenio del personal laboral de la AGE). O en el caso del Convenio general del sector de la construcción<sup>49</sup> que, en cuanto al permiso por lactancia reproduce íntegramente lo establecido en el art 37.4 ET.

Ampliando los días de permiso o flexibilizando los requisitos para obtenerlos, concentrando esa mejora y flexibilización cuando los sujetos causantes del permiso son las personas más cercanas o los parientes en grado más directo e inmediato de la persona trabajadora. Por ejemplo, ampliando a cinco días los dos de permiso por fallecimiento de parientes, si se trata del cónyuge o pareja de hecho o de los descendientes (art. 31 del Convenio de la banca), a tres días laborables en el caso de cónyuge, pareja de hecho y parientes hasta el segundo grado (art. 77.1, e) del VII Convenio Colectivo general del sector de la construcción. También el caso del art. 24.1, e) del Convenio de las unidades globales de Telefónica que, por causa

<sup>47</sup> Un ejemplo es el Convenio Colectivo del Grupo de supermercados Carrefour en relación con los permisos por accidente o enfermedad grave, con hospitalización o sin ésta, pero con reposo cuyo establecidos en el art. 35.I, C y D, diferenciando duración según la causa y la relación de parentesco que deben considerarse desplazado por lo establecido en el art. 37.3, b) ET. Lo mismo sucede con el Convenio Colectivo único para el personal laboral de la AGE, en cuanto a su art. 75, apartados c) y d) o con el art. 24 del Convenio Colectivo de las unidades globales de Telefónica.

<sup>48</sup> Se reitera que la fecha de publicación y de vigencia del convenio de que se trate consta en el apartado en el que se citaron por primera vez referido a la adaptación de jornada.

<sup>49</sup> Resolución de 6 de septiembre de 2023 (BOE de 23 de septiembre), con vigencia de 1 de enero de 2022 al 31 de diciembre de 2026.

del fallecimiento del cónyuge o de los hijos (a lo que hay que extender también el de la pareja de hecho registrada, según figura reiteradamente en el mismo art. 24 del Convenio) prevé un permiso retribuido de diez días naturales, fijando en cuatro días naturales el permiso de los otros parientes hasta el segundo grado.

Creando algunos permisos nuevos. Así sucede con: a) el permiso de un día por matrimonio de ascendientes y descendientes hasta el tercer grado (art. 31 del Convenio Colectivo del sector de la banca, art. 24,1, c) del Convenio de unidades globales de Telefónica, o el art. 37 F del sector de Grandes Almacenes); ampliando su duración un día más, si se requiere desplazamiento (art. 162 del Convenio Colectivo del personal de tierra de Iberia); previendo diferenciadamente si se trata de parientes por consanguinidad, en cuyo caso el permiso es retribuido) o por afinidad (situación en la que el permiso de un día es no retribuido) como lo hace el art. 26, A y B del Convenio Colectivo de Mercadona). Por su parte, el art. 77.1, c) del Convenio general de la construcción solo lo prevé para el caso de matrimonio de un hijo o hija.

Ejecutando la remisión normativa. Como sucede habitualmente con la acumulación del tiempo de permiso por lactancia que los convenios hacen en un bloque de un determinado número de días (entre 14 y 16), que suelen ser hábiles (art. 32 del Convenio de la banca, 37 del de Grandes Almacenes) y cláusula decimotercera del Convenio Colectivo del grupo Renfe) aunque también naturales (art. 162 del Convenio del personal de tierra de Iberia y 37 V del Convenio de Carrefour). Una excepción es el art. 26 A 12 del Convenio de Mercadona que fija el tiempo de acumulación en 30 días naturales. Normalmente a disfrutar de forma ininterrumpida a continuación de la finalización del tiempo de descanso por nacimiento y cuidado de hijo, si bien los convenios no suelen plantearse la hipótesis de un disfrute del descanso fragmentado o intermitente; y, cuando lo hacen, prevén el disfrute tras el periodo de descanso obligatorio de las dieciséis semanas tras el parto que, en el caso del art. 75 k) del Convenio del personal laboral de la AGE, al remitirse al art 48 f) del EBEP, establece, muy singularmente, que el disfrute de este permiso acumulado en jornadas completas será partir de la finalización del permiso por nacimiento, adopción, guarda, acogimiento o del progenitor diferente de la madre biológica.

Precisando aspectos no determinados en la ley. Como el concepto de necesidad de desplazamiento, que supone la ampliación de los días de permiso retribuido, fijando una distancia mínima como es el caso del Convenio de Grandes Almacenes (art. 37, fijando esa distancia en 300 kilómetros, lo que justifica la ampliación de permiso por accidente o enfermedad grave u hospitalización de 3 a cinco días hábiles<sup>50</sup>), o en el art. 30 del sector de contact center, para el que la necesidad de desplazamiento tiene lugar a partir de los 200 kilómetros; o en el art. 35.V del

<sup>50</sup> Algo innecesario hoy porque el art. 37.3, b) ET ya establece los cinco días de permiso por estas causas sin prever incremento alguno en función de si es o no necesario el desplazamiento.

Convenio Colectivo de Carrefour que fija esa distancia en 150 kilómetros o el art. 26 A 4 del Convenio de Mercadona en 100 kilómetros. La misma distancia que el art. 24.1 del Convenio de las unidades globales de Telefónica.

O la posibilidad de acumular determinados permisos, como sucede con el de accidente, enfermedad grave u hospitalización y el de fallecimiento (art. 37 H1 del Convenio de Grandes Almacenes y 35.I H.1 del Convenio de Carrefour); o la de fragmentar el permiso por hospitalización en días completos no continuados (art. 37.5 del Convenio de Grandes Almacenes y art. 35 del Convenio de Carrefour); o la alternativa de disfrutar los permisos por accidente o enfermedad grave u hospitalización de forma discontinua (art. 312 del Convenio de la banca).

Finalmente, los convenios suelen llevar al apartado de los permisos no retribuidos, que es una especie de suspensión temporal del contrato, algunas medidas de conciliación no previstas en la ley o que constituyen una ampliación del derecho, aunque en peores condiciones de lo que ésta establece para el supuesto estándar.

Es el caso del art. 36 del Convenio de banca donde se prevé un permiso no retribuido de una semana a un mes, ampliables a seis meses, en el caso de accidente o enfermedad grave de parientes hasta el primer grado, algo similar a lo establecido en el art. 26 B 7 del Convenio de Mercadona o en el art 75 c) del Convenio del personal laboral de la AGE. En una línea semejante se manifiesta el art. 39 del Convenio de Grandes Almacenes en el que se establece un permiso no retribuido de tres meses para la atención de un menor de doce años; permiso que se concederá por el tiempo necesario si el menor está hospitalizado (art. 40); el mismo Convenio, en su art. 40 prevé una licencia anual única no retribuida para atención de familiares, desde 2 días a 30 días al año pero que no puede coincidir con las fechas de mayor volumen de ventas, salvo si se trata de familiares de primer grado de parentesco y por razón de internamiento hospitalario.

También es posible destacar la licencia no retribuida de tres meses para la atención y cuidado de hijos menores de ocho años que será por el tiempo necesario si el menor está hospitalizado (art. 37 VIII del Convenio de Carrefour; la de hasta treinta días naturales en caso de fallecimiento o accidente o enfermedad grave de la persona legalmente responsable con quien convivan los descendientes menores de 16 años de la persona trabajadora (art. 37. IX del Convenio de Carrefour); o la de treinta días naturales, al margen de los retribuidos por motivo de fallecimiento, en el caso de óbito del cónyuge, pareja de hecho debidamente registrada o hijo o hija, siendo los primeros días, no obstante, retribuidos (art 26 b 3 del Convenio de Mercadona). O la más generosa en cuanto al tiempo, prevista en el art. 25.2 del Convenio de las unidades globales de Telefónica que prevé, con carácter general, un permiso no retribuido de uno a seis meses sometido a una serie de requisitos (de antigüedad, con necesaria justificación, dependiendo de las necesidades del servicio, a solicitar solamente una vez en tres años) que no se exigen si se trata del cuidado al cónyuge (y, debe entenderse, pareja de hecho) y parientes hasta el

segundo grado por consanguinidad o afinidad, con la única condición de que se acredite la enfermedad de la persona a la que se vaya a asistir.

En todo caso, dos ideas concurrentes son de resaltar: de una parte, la habitual igualación de todos estos permisos en relación con las parejas de hecho, algo que la ley ya hace por lo que es hoy innecesario (arts. 31 del Convenio del sector de la banca, art. 162 del Convenio del personal de tierra de Iberia, art. 37 del Convenio de Grandes Almacenes, art. 35. III del Convenio de Carrefour), art. 75 d) del Convenio del personal laboral de la AGE) y art. 77.2 del Convenio general de la construcción.

De otra parte, la también frecuente referencia, salvo alguna excepción aislada, a que los días de permiso son hábiles o laborables (Convenio Colectivo del sector de la banca, de Grandes Almacenes, Convenio general de la construcción), o que deben comenzar en días hábiles (art. 30 del Convenio del sector de contact center, si bien los permisos son todos en días naturales y deben ser disfrutados de manera continuada). Aunque en el caso del Convenio del personal de tierra de Iberia se señala que, en general, los permisos deben iniciarse el día del hecho causante, salvo el de enfermedad grave u hospitalización que podrá hacerlo mientras dure la situación, aunque de una sola vez (art. 162). Indicando que los permisos son de días hábiles y que deben comenzar igualmente en un día hábil, el art. 35.I, 1 H8 del Convenio de Carrefour.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

Bravo Santamaría, S., Reducción de jornada, en el volumen *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*. Boletín Oficial del Estado, 2018.

De La Flor Fernández, M.L., La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España, *Temas Laborales*, 168/2023.

De La Puebla Pinilla, A. Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 6, núm. 2, 2021.

López Álvarez, M.J., La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español, *Femeris*, Vol. 7, n.2.

Navarro Nieto, F., Actualidad normativa y jurisprudencial en los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, *Nueva Revista Española e Derecho del Trabajo*, 262/2023.

Nieto Rojas, P., La trasposición de la Directiva 2019/1158 de conciliación de la vida familiar y la vida profesional a través del RD Ley 5/2023, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 7/2023.

Palomino Saurina, P., Permiso por razones de guarda legal, en el volumen *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*. Boletín Oficial del Estado, 2018.

Reche Tello, N.: La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?, *Revista de Derecho Social*, 89/2020.

# LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL MEDIANTE LOS ITINERARIOS O PLANES PERSONALIZADOS DE ACTUACIÓN. APUNTES SOBRE EL CASO ANDALUZ\*

ANA DOMÍNGUEZ MORALES

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-8875-9825

## EXTRACTO

**Palabras clave:** políticas de empleo; servicios de empleo; orientación laboral; itinerarios personalizados de inserción

Este estudio efectúa un análisis sobre los servicios de empleo destinados a la inserción laboral de sus usuarios, con un enfoque centrado en la normativa vigente a nivel estatal, bajo la influencia de las instrucciones tanto de tipo normativo como de carácter no vinculantes provenientes de organismos con la OIT o la UE. Así, las políticas activas de empleo encuentran en el nivel supranacional una guía en la que se superponen los intereses derivados de la economía digital y verde a las exigencias estrictamente estatales, pero que al mismo tiempo confluyen en la necesidad de operar con un enfoque más personalizado de los servicios de empleo. A través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, España se comprometía a reformular las políticas de empleo para alinearse con los objetivos mencionados, contexto en el cual se multiplican los esfuerzos por asentar una cartera de servicios atentos a las necesidades del individuo y del entorno en que se desenvuelve, en busca de su máxima empleabilidad. Resulta imprescindible para alcanzar su éxito la coordinación con las demás instituciones con competencias en la materia, en particular con los servicios de empleo autonómicos, razón por la cual nos detenemos en el análisis de la configuración de los programas dirigidos a la inserción personalizada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y su eficacia.

## ABSTRACT

**Keywords:** *employment policies; employment services; employment guidance; labour insertion itineraries*

*This study carry out an analysis of employment services aimed at the occupational integration of citizens with a focus on the regulations in force at State level, under the influence of both normative and non-binding instructions from bodies like the ILO or the EU. Thus, active employment policies find at the supra-national level a guide in which the interests derived from the digital and green economy overlap with strictly state requirements, but that at the same time converge on the need to operate with a more personalized approach to services. Through the Recovery and Resilience Mechanism, Spain undertook to reformulate employment policies in order to align itself with the aforementioned objectives, context in which efforts are multiplied to establish a portfolio of services attentive to the need of the individual and the world in which it operates, in search of its maximum employability. Coordination with the other institutions with competence in this area, in particular with the regional employment services, is essential for its success, reason why we stop at the analysis of the configuration of Andalusian programs aimed at personalizes integration and its effectiveness.*

\* El presente estudio se enmarca en el proyectos de investigación «La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España» (TRABEXIT), PID2022-141201OB-I00. Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021- 2023.

## ÍNDICE

1. LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL COMO UNO DE LOS PILARES BÁSICOS DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO
  - 1.1. El impulso de las políticas de empleo centradas en la orientación y en la cualificación a nivel internacional
  - 1.2. Articulación interna de las políticas de empleo basadas en la orientación y en la capacitación para el empleo
2. LA ORIENTACIÓN INDIVIDUALIZADA PARA LA INSERCIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO
  - 2.1. Itinerario personalizado para el empleo como servicio garantizado a los demandantes de empleo
  - 2.2. Configuración legal del itinerario o plan personalizado de actuación
    - 2.2.1. Perfil individualizado del usuario de los servicios de empleo
    - 2.2.2. Contenidos
    - 2.2.3. Asesoramiento personalizado
    - 2.2.4. Complementariedad del itinerario personalizado con otros servicios: la intermediación laboral
    - 2.2.5. Expediente laboral personalizado único como alojamiento definitivo del itinerario
3. LOS SERVICIOS DE ORIENTACIÓN PERSONALIZADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA
  - 3.1. Regulación de las medidas de inserción laboral individualizadas
  - 3.2. En particular: el desarrollo de los itinerarios personalizados de inserción en la normativa autonómica andaluza
4. PRESENTE Y FUTURO DEL MODELO DE ORIENTACIÓN PERSONALIZADA. EN PARTICULAR EN ANDALUCÍA
  - 4.1. Impacto de los programas de inserción laboral ya implantados en Andalucía
  - 4.2. Propuesta de modificación: ¿adecuación a la normativa estatal?

## 1. LA ORIENTACIÓN PROFESIONAL COMO UNO DE LOS PILARES BÁSICOS DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO

### 1.1. El impulso de las políticas de empleo centradas en la orientación y en la cualificación a nivel internacional

El empleo es, sin duda, uno de los tópicos de primer orden a escala mundial, entre tantos otros que vienen a presentar nuevos interrogantes sobre la gestión económica y social, constituyendo su conservación y mejora un verdadero reto. Desde hace décadas, la política de empleo tiene una «dimensión multinivel»<sup>1</sup>. La

<sup>1</sup> Molina Navarrete, C., “Dimensión nacional de la política de empleo: la «unidad de mercado» como fuente de «recentralización»”. Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. (Dirs.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, op.cit. p. 230.

OIT, a la que se debe la persecución de un mercado laboral con puestos de trabajo «dignos», no ha permanecido impasible a esta temática, siendo buena prueba de ello la producción normativa adoptada en este escenario, de carácter vinculante o no<sup>2</sup>.

De entre todas las áreas de actuación dirigidas a la consecución del objetivo del pleno empleo, destaca la importancia de promover la orientación laboral, en línea con las aptitudes profesionales requeridas en la economía global. Tan es así que ya la Declaración de Filadelfia menciona la importancia de emplear a los trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos<sup>3</sup>. Años más tarde se produce la primera definición del término «orientación profesional» entendida como «la ayuda prestada a un individuo para resolver los problemas referentes a la elección de una profesión y al progreso profesional, habida cuenta de las características del interesado y de la relación entre éstas y las posibilidades del mercado del empleo»<sup>4</sup>. Siguiendo por esta senda, llegamos a una de las piedras angulares sobre la gobernanza del empleo en la OIT, el Convenio sobre política de empleo, en el que se auspiciaba «una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido» de forma coordinada entre todos los países, donde se enmarcan las nociones generales sobre la actuación estatal dirigida al cumplimiento de tales fines<sup>5</sup>.

El desarrollo de tales directrices se produce con el Programa Global de Empleo, aprobado en 2003, cuyo objetivo principal era lograr que el empleo ocupara un lugar central en las políticas económicas y sociales de los Estados, con resultados materiales a través de estrategias nacionales de empleo entre cuyas metas se encontraba la mejora de la empleabilidad.

La lógica del trabajo decente que abandera la OIT, provoca un cambio de paradigma que se aleja de la concepción del trabajo como un «resultado residual del crecimiento y de las reformas macroeconómicas», y pone el énfasis en las personas o individuos, su empleabilidad y aprendizajes permanentes, en la línea también de

<sup>2</sup> Un recorrido por la misma en Cabeza Pereiro, J., “La normativa y la política de la OIT sobre el empleo”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434/2019, pp. 97-121.

<sup>3</sup> Apdo. III de la Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (Declaración de Filadelfia), OIT, 1944.

<sup>4</sup> Recomendación nº 87, sobre la orientación profesional, 1949.

<sup>5</sup> Considera prioritario este Convenio, Ballester Pastor, I., “Asunción por España de los Convenios de la OIT en materia de empleo y colocación ¿una meta realizable?”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 117/2015, p. 155. Vino acompañado por la Recomendación 122 que lleva el mismo título. Más tarde se aprobaría la Recomendación 169, sobre la política del empleo (disposiciones complementarias), 1984. Son estos los principales mecanismos para orientar y coordinar las políticas nacionales, Ushakova, T. “La Política de Empleo de la OIT y su influencia en el modelo español”. *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, 30/2014, p.22.

lo sugerido por otro organismo internacional, la OCDE, que recomienda asistir a las personas, de cualquier edad y en cualquier momento de sus vidas, a ejercer opciones educativas, de formación y laborales y a gestionar sus profesiones<sup>6</sup>.

Entre otras cuestiones a abordar, las políticas nacionales debían hacer especial hincapié en los asuntos de la formación y la orientación profesionales, para lo que elaboraron una serie de criterios prácticos<sup>7</sup>. Esta perspectiva nunca se ha perdido de vista, reiterándose a través de una nueva Recomendación de la OIT, la necesidad de asegurar la provisión de orientación profesional, información sobre mercados de trabajo, trayectorias profesionales y asesoramiento sobre el empleo, donde también tiene espacio el fomento de la educación y la formación profesional. Especial relieve va adquiriendo en este contexto el término «empleabilidad» referido a «las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo»<sup>8</sup>. Y es precisamente la inversión en capacitación uno de los ejes sobre los que pivota el programa sobre el futuro del trabajo aprobado con ocasión del centenario de la OIT<sup>9</sup>.

En el nivel de la Unión Europea, también encontramos un ecosistema de medidas que afectan al empleo, cuya tendencia ha sido la de crear un marco de recomendaciones e instrumentos no vinculantes en aras a una coordinación fructífera que viene a ser sustentada particularmente por el Fondo Social Europeo, ya previsto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957<sup>10</sup>. Con el Tratado de Maastricht se da un impulso a la promoción de las políticas de empleo y de protección social, haciendo hincapié en la mejora de la formación profesional inicial y permanente, para facilitar la inserción y la reinserción profesional en el mercado laboral<sup>11</sup>. El fomento del empleo, con especial atención a la población en

<sup>6</sup> Hansen. E., “Orientación Profesional. Un manual de recursos para países de bajos y medianos ingresos”. Organización Internacional del Trabajo (Cinterfor/OIT) 2006, p. 13. En referencia al informe “Orientación profesional y políticas públicas. Cómo acortar distancias”. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), París, 2004.

<sup>7</sup> Para ofrecer un marco operacional a los encargados de implementar las estrategias nacionales, adoptaron el documento “Puesta en práctica del Programa Global de Empleo: Estrategias de empleo en apoyo al trabajo decente”, OIT, 2006. Accesible en: [https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS\\_140849/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/employment/Whatwedo/Publications/WCMS_140849/lang--es/index.htm).

<sup>8</sup> Recomendación n° 195 sobre el desarrollo de los recursos humanos, 2004.

<sup>9</sup> Informe «Trabajar para un futuro más prometedor». Comisión mundial sobre el futuro del trabajo. OIT, 2019. Accesible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms\\_662442.pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf)

<sup>10</sup> Art.123. TCEE.

<sup>11</sup> Art. 127 TUE.

riesgo de exclusión social, es la piedra angular del protocolo relativo a la política social<sup>12</sup>. Pero la evolución de la economía y de las interconexiones del mundo cada vez más globalizado e interconectado digitalmente mostraba la evidencia de poner en marcha acciones coordinadas<sup>13</sup>, cuya implementación se encauzaría a través de la «estrategia coordinada para el empleo»<sup>14</sup>, plasmada hoy en la Estrategia Europea de Empleo, revisada y aprobada en 2020<sup>15</sup>. Su eficacia no es vinculante en la medida en que se trata de un instrumento de *soft law*, pero incorpora orientaciones generales que se coheren con las de carácter económico y son compatibles con las de tipo específico que en ocasiones se dirigen a uno o a varios Estados miembros por medio de decisiones<sup>16</sup>. La última de ellas se centra, entre otras cuestiones, en reforzar los servicios de atención basada en el apoyo en la búsqueda de empleo, la formación, el reciclaje y el acceso a otros servicios de capacitación a lo largo de la vida, abordar el desajuste de capacidades existente, al tiempo que se aproveche el potencial relacionado con las transiciones ecológica y digital en aras a evitar que esto último provoque un efecto de expulsión de los colectivos más vulnerables<sup>17</sup>.

Es razonable que todo ello confluya en un impulso hacia la orientación profesional integral de los ciudadanos centrada en la capacitación a lo largo de la vida, objetivo que se ha instrumentalizado desde diferentes perspectivas: a través de la instauración de organizaciones como la Red Europea sobre Políticas de Orientación a lo largo de la vida<sup>18</sup>, la Asociación Europea de Orientación Profesional<sup>19</sup> o el Centro europeo para el desarrollo de la formación profesional<sup>20</sup>; de la creación de la Agenda de Capacidades Europea<sup>21</sup>; la selección de 2023 como el Año Europeo de las Competencias en el que se ha pretendido dar un nuevo

<sup>12</sup> Art. 2 Protocolo de política social.

<sup>13</sup> Libro Blanco sobre “Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el Siglo XXI”. COM\_1993\_0700\_FIN. Accesible en: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/4e6ecfb6-471e-4108-9c7d-90cb1c3096af/language-es>.

<sup>14</sup> Art. 3 TCE.

<sup>15</sup> Artículos 145 a 150 del TFUE.

<sup>16</sup> Art. 148.2 y 3 TFUE.

<sup>17</sup> Decisión (UE) 2022/2296 del Consejo de 21 de noviembre de 2022 relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros.

<sup>18</sup> ELGPN por sus siglas en inglés (*European Lifelong Guidance Policy Network*): <https://www.elgpn.eu/>.

<sup>19</sup> EACG por sus siglas en inglés (*European Association Of Career Guidance*): <http://eacg.eu/>.

<sup>20</sup> CEDEFOP por sus siglas en inglés (*European Centre for the Development of Vocational Training*): <https://www.cedefop.europa.eu/en/projects/lifelong-guidance>.

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda de Capacidades Europea para la competitividad sostenible, la equidad social y la resiliencia {SWD (2020) 121 final} - {SWD (2020) 122 final}. Extensamente en Lozano Lares, F., “Educación, formación y aprendizaje permanente: agenda de capacidades europea”. *Temas Laborales* núm.168/2023, pp. 103-130.

impulso al aprendizaje permanente a través de la promoción de una mentalidad de reciclaje y perfeccionamiento profesional, ayudando a las personas a adquirir las competencias adecuadas para empleos de calidad en el marco de la doble transición ecológica y digital. En el cumplimiento de esta finalidad desempeñan un rol fundamental los servicios públicos de empleo<sup>22</sup>.

## **1.2. Articulación interna de las políticas de empleo basadas en la orientación y en la capacitación para el empleo**

La preocupación sobre la configuración de las políticas de empleo desde las instancias internacionales, desde hace décadas hasta la actualidad, nos demuestra que se trata de un reto vivo y muy presente. El foco se está colocando hacia un binomio conformado, por un lado, por el individuo, al que se deben proporcionar herramientas de mejora y creación de competencias para una inserción en el mercado laboral de calidad; y por el otro, por el mercado globalizado digital<sup>23</sup>, pretendidamente sostenible. Es por ello por lo que se requiere de un modelo de orientación proactivo, capaz de anticiparse a la aparición de posibles disfunciones provenientes de la incesante evolución que considere a la persona como un ser en continuo crecimiento personal y profesional<sup>24</sup>.

De entre todos los instrumentos de las políticas activas de empleo instauradas en nuestro ordenamiento jurídico desde la primera Ley Básica de Empleo, atención prioritaria han recibido los incentivos y subvenciones a la contratación laboral<sup>25</sup>. No obstante, a pesar de su enorme peso entre todas ellas, en la mayoría de las ocasiones no han condicionado, en la práctica, el proceso selectivo empresarial<sup>26</sup>, presentando disfunciones desde que fueran implantadas<sup>27</sup>. Precisamente por ello, no han faltado voces críticas sobre la configuración de las políticas activas

<sup>22</sup> Informe Conjunto para el Empleo. Comisión Europea, Bruselas, 24.11.2021 COM (2021) 743 final, p. 118.

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión vid. Vallecillo Gámez, R.M., “La digitalización económica y los retos de la modernización de las políticas de empleo”, Molina Navarrete, C., Vallecillo Gámez, R.M. (Dirs.), *De la economía digital a la sociedad del e-work decente: condiciones sociolaborales para una industria 4.0 justa e inclusiva*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 117-142.

<sup>24</sup> Echeverría, B., “Empleabilidad, Formación y Orientación”. AA.VV., *La orientación Educativa en la Sociedad. III Congreso Internacional sobre Diagnóstico y Orientación*. Ediciones Fundación Universitaria Iberoamericana, Barcelona, 2016, p. 15.

<sup>25</sup> Art. 10 de la Ley 51/1980 de 8 de octubre, Básica de Empleo.

<sup>26</sup> Cruz Villalón, J., “El gobierno del empleo”, AA.VV., *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 211-212.

<sup>27</sup> Aragón Gómez, C., “El gobierno del empleo y del desempleo”, AA.VV., *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, op.cit.*, p. 221.

de empleo que ponen en entredicho su efectividad<sup>28</sup>, catalogándolo como un sistema totalmente permeable a las fluctuaciones económicas, lo que ha generado verdaderas crisis de identidad en paralelo a las crisis económicas<sup>29</sup>.

Sin embargo, ya se ha visto cómo las instancias internacionales velan por una reconfiguración de tales políticas revirando su principal eje de actuación hacia la capacitación constante del ciudadano, en servicio activo o desempleado, mediante los instrumentos de orientación y formación puestos a su disposición. Así, superada la visión separatista entre formación y empleo, cuando aquella era considerada un estadio previo a la incorporación en el mercado de trabajo<sup>30</sup>, los operadores jurídicos asumen que la empleabilidad es sinónimo de formación continua tanto del que se encuentra en situación de desempleo como quienes están ocupando un puesto de trabajo asalariado o autónomo, en aras a su propia capacidad de adaptación y polivalencia funcional.

Algunos estudios demuestran el desequilibrio entre los niveles de cualificación de la población trabajadora y las necesidades futuras del mercado laboral<sup>31</sup>. En detrimento de lo anterior se destaca la insuficiencia de la red informativa sobre la acción de formación profesional, gestionada por el Observatorio de las Ocupaciones del Servicio Público de Empleo Estatal que analiza la situación y tendencias del mercado de trabajo, así como la de la formación profesional, en colaboración con las Comunidades Autónomas<sup>32</sup>. Dicha carencia pretende ser solventada con la nueva norma reguladora de la formación profesional que fija, como uno de los objetivos de la estrategia general para el desarrollo de la orientación profesional, el de «promover la creación y el funcionamiento de un sistema de información actualizado y dinámico sobre formación profesional y mercado laboral, así como

<sup>28</sup> Sánchez Rodas, C., “La orientación e intermediación directa en el empleo”. *Temas Laborales*, núm. 125/2014, p. 93

<sup>29</sup> Valdés dal Ré, F., “El papel de los Servicios Públicos de Empleo: un debate pendiente. Relaciones Laborales, I/1987, pp. 44-; García Quiñones, J.C., “Concepto y principios generales de las políticas activas de empleo”, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. (Dirs.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 179.

<sup>30</sup> En este sentido y haciendo un recorrido normativo sobre la formación para el empleo, Escalera Rojo, M., Medina Ramírez, J., “La formación profesional para el empleo. Marco jurídico y propuestas de futuro”. Navarro Nieto, F., Costa Reyes, A. (Coords.), *Presente y futuro de las políticas de empleo en España*. Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 218ss.

<sup>31</sup> “Plan para la formación profesional, el crecimiento económico y social y la empleabilidad”. Ministerio de Educación y Formación Profesional, 2020, p. 15. OIT. “Configurar las competencias y el aprendizaje permanente para el futuro del trabajo”. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2021, pp. 10 y 33-39.

<sup>32</sup> Molina Navarrete, C., “Dimensión nacional de la política de empleo: la «unidad de mercado» como fuente de «recentralización»”. Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. (Dirs.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, *op.cit.* p. 240.

el uso de plataformas digitales que faciliten la orientación profesional». En la planificación de dicha estrategia, el Gobierno debe buscar la complementariedad con otras estructuras, servicios, recursos y ofertas, al fin de garantizar la cobertura, calidad, eficiencia y equidad de la respuesta orientadora<sup>33</sup>. La nueva Ley de Empleo (LE 2023, en adelante), por su lado, ha sustituido el anterior Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo –SISPE– por el nuevo Sistema Público Integrado de Información de los Servicios Públicos de Empleo, que deberá conectarse, a su vez, a la red europea EURES, de cooperación europea de servicios de empleo. Todos los anteriores mecanismos de información habrán de ser puestos en conexión si verdaderamente se pretende un flujo de información que convierta en eficaces a estos servicios, instrumentalizados a través del Portal Único de Empleo, para lo que se pretende su modernización para la mejora de la coordinación y cooperación con otras plataformas e instrumentos de empleo y formación existentes<sup>34</sup>. Está por ver si bajo el paraguas de toda esta normativa se afianza de una vez por todas una coordinación de la información en el plano estrictamente formativo con el dedicado a la inserción laboral en sentido genérico del término.

## **2. LA ORIENTACIÓN INDIVIDUALIZADA PARA A INSERCIÓN LABORAL EN LA NUEVA LEY DE EMPLEO**

Desde la Ley Básica de Empleo de 1980, se puso el foco en la necesidad de atender a las características particulares de los demandantes de empleo, por entonces centrada en quienes poseían especiales dificultades de colocación, con el objetivo de procurar su integración en el mercado laboral mediante programas específicos para facilitar la orientación, formación y empleo<sup>35</sup>. Así, la evolución normativa ha ido perfeccionando, al tiempo, la configuración de los denominados «itinerarios individuales y personalizados de empleo» como uno de los instrumentos clave del servicio de orientación profesional<sup>36</sup>, a los que atiende ahora la nueva LE 2023 de forma pormenorizada, si bien es cierto que no es esta la única norma que alude a un instrumento o plan personalizado para la inserción laboral. En particular, a ellos se refiere la ley sobre empresas de inserción bajo la denominación de «itinerarios de inserción sociolaboral» destinados a los colectivos en riesgo de exclusión social mencionados en la misma, con el objetivo de promover su integración en el mercado laboral ordinario. A nuestro modo de ver, más que un instrumento diferenciado, son en realidad una especificación de lo plasmado, en términos generales, en la

<sup>33</sup> Art. 97.1 d) Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo, de ordenación e integración de la Formación Profesional.

<sup>34</sup> DF Undécima Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo.

<sup>35</sup> Art. 14 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre.

<sup>36</sup> Eje 1 de la Estrategia Española de Activación para el Empleo, art. 4 bis. 4 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo.

Ley de Empleo, habida cuenta de que las empresas de inserción están obligadas a perfeccionarlos en función de los criterios que establezcan los Servicios Sociales Públicos competentes y los Servicios Públicos de Empleo, teniendo que ser aceptados dichos itinerarios por la persona en situación de exclusión social contratada<sup>37</sup>.

Por otro lado, debemos separar de los itinerarios personalizados de empleo propiamente dichos de los itinerarios de formación previstos en la normativa específica. Si bien, como se puntualizará a continuación, en realidad pueden ser subsumidos como parte integrante de aquellos a la luz de su definición como «el proyecto construido por cada persona, con la ayuda, si se precisa, de los servicios de orientación profesional, para adquirir, actualizar, completar y ampliar sus competencias a lo largo de su vida»<sup>38</sup>.

Una última apreciación con objeto de proporcionar mayor claridad al tema objeto de estudio, antes de entrar en su análisis, se refiere a la terminología que usaremos en las páginas que siguen. Si bien la Ley de empleo ahora derogada los denominaba «itinerarios individuales y personalizados de empleo», debemos aclarar que la nomenclatura ha variado en la nueva norma. Ahora ya no existe un único modo de referirse a ellos, sino que se emplea un amplio y variado repertorio de términos, que van desde lo más concreto: «itinerarios personalizados», «itinerarios de inserción», «itinerarios de empleo y formación», «itinerarios individuales»; hasta lo más descriptivo: «itinerarios individuales y personalizados de empleo», «itinerario o plan personalizado para la mejora de la empleabilidad y el acceso al mercado de trabajo», o «itinerario o plan personalizado de actuación», término este último que se utiliza cuando se definen y concretan los contenidos que debe incorporar. En adelante, se aludirá a tales expresiones de forma indistinta -salvo especificación en contrario- habida cuenta de que todas ellos son sinónimas, referidos a una misma realidad sustantiva. Se refieren, en suma, al instrumento (itinerario/plan) gestionado por los servicios públicos de empleo en el que se combinan el asesoramiento del personal técnico sobre las posibilidades formativas y de empleo de un usuario, en atención a sus circunstancias personales y profesionales, con las acciones que se pongan en marcha en base a la orientación personalizada recibida. Finalmente, los resultados de todas esas medidas adoptadas, en términos de inserción laboral, servirán para medir la efectividad de este servicio.

## **2.1. Itinerario personalizado para el empleo como servicio garantizado a los demandantes de empleo**

Situado en el capítulo dedicado a los servicios garantizados, su régimen jurídico ya había sido contemplado en la Cartera Común de servicios, reflejado así

<sup>37</sup> Art. 3 de la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción.

<sup>38</sup> Art. 2.15 de la Ley Orgánica 3/2022, de 31 de marzo.

mismo en el vigente Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023<sup>39</sup>. Esto quiere decir que las Comunidades autónomas, que tienen asignada la competencia de la gestión de las políticas activas de empleo, deberán implementar el itinerario individualizado, sin perjuicio de que las carteras de las administraciones autonómicas establezcan otros servicios adicionales.

Se trata de un instrumento de mejora de la empleabilidad de cada persona demandante de empleo enfocado en sus necesidades, cualidades y circunstancias profesionales y personales. El acceso a este servicio se consolida como un derecho subjetivo de todos los ciudadanos inscritos como demandantes en los servicios de empleo y no solo de quienes se encuentren desempleados, como así establecía la LE ahora derogada<sup>40</sup>.

Adicionalmente y como también hacían las normas de empleo precedentes, se atiende de modo particular a un conjunto de personas que, agrupadas en colectivos, precisan de una atención prioritaria, debido a su especial vulnerabilidad. No obstante, la LE 2023 ha aumentado notablemente el listado de tales colectivos: personas jóvenes especialmente con baja cualificación, personas en desempleo de larga duración, personas con discapacidad, personas con capacidad intelectual límite, personas con trastornos del espectro autista, personas LGTBI, en particular trans, personas mayores de cuarenta y cinco años, personas migrantes, personas beneficiarias de protección internacional y solicitantes de protección internacional en los términos establecidos en la normativa específica aplicable, personas víctimas de trata de seres humanos, mujeres con baja cualificación, mujeres víctimas de violencia de género, personas en situación de exclusión social, personas gitanas, o pertenecientes a otros grupos poblacionales étnicos o religiosos, personas trabajadoras provenientes de sectores en reestructuración, personas afectadas por drogodependencias y otras adicciones, personas víctimas del terrorismo, así como personas cuya guardia y tutela sea o haya sido asumida por las Administraciones públicas, personas descendientes en primer grado de las mujeres víctimas de violencia de género y personas adultas con menores de dieciséis años o mayores dependientes a cargo, especialmente si constituyen familias monomarentales y monoparentales, entre otras. Es evidente que la lista no es tasada, sino que permite la incorporación de otros grupos de personas consideradas de especial vulnerabilidad, a sabiendas de que la exclusión social es un proceso modificable<sup>41</sup>, representando la amplia diversidad de situaciones marginales existentes en nuestro país. Precisamente, por suponer una suma de grupos heterogénea, será preciso

<sup>39</sup> Eje 1, Orientación, Resolución de 29 de mayo de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de mayo de 2023, por el que se aprueba el Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023.

<sup>40</sup> Art. 28 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo.

<sup>41</sup> Martínez Martínez, G., “Desarrollo de itinerarios personalizados de inserción. Un modelo centrado en las necesidades de los usuarios”. *Trabajo Social Hoy*, núm. 26/1999, p. 88.

atender a las particularidades y ofrecer servicios no estandarizados en el sentido de dotarlos de unas herramientas propias, para lo que se establecerán objetivos cuantitativos y cualitativos, con perspectiva de género y, en la medida de lo posible, de forma desagregada para cada uno de los colectivos prioritarios. La evaluación sobre el grado de cumplimiento de los mismos corresponde a la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, cuyos resultados permitirán asegurar la efectividad de las acciones ya implantadas o de lo contrario, adaptarlas para una mejor consecución de los objetivos propuestos.

De entre las políticas de empleo con mayor incidencia sobre estos colectivos destacan, sin duda, las reducciones o bonificaciones a su contratación a las que antes aludimos<sup>42</sup>. Si bien, la LE, siguiendo a la que ahora deroga, se centra especialmente en la promoción por parte del Gobierno y de las Comunidades Autónomas de una atención específica que no se limita a exigir programas determinados, sino que se debe extender a la planificación, diseño y ejecución de las políticas de empleo, cuyas medidas deberán ser reforzadas en los casos en que se produzcan situaciones de interseccionalidad. Tales situaciones son las que se producen con la interacción de dos o más causas de exclusión o discriminación en una misma persona, lo que no supone la mera acumulación de discriminaciones, sino que constituye una nueva forma de discriminar<sup>43</sup>. Atendiendo a la configuración de las medidas adoptadas, corresponde al Sistema Nacional de Empleo, en sus distintos niveles territoriales y funcionales y de manera coordinada y articulada, asegurar el diseño de itinerarios individuales y personalizados de empleo, ajustando aquellas al perfil profesional de las personas que integran estos colectivos y a sus necesidades específicas. Si fuera necesario, los servicios públicos de empleo se coordinarán con los servicios sociales para dar una mejor atención a estas personas mediante protocolos de coordinación aprobados para tal fin. En este aspecto, la nueva LE 2023 no aporta ninguna novedad a lo ya previsto en su antecesora, por lo que será de aplicación el régimen general de los itinerarios personalizados de inserción cuya nueva regulación pasamos a exponer.

## 2.2. Configuración legal del itinerario o plan personalizado de actuación

La vigente LE 2023, realiza una descripción detallada de las fases por las que atraviesa la elaboración del itinerario de empleo y de sus contenidos, seguimiento y cumplimiento de los objetivos, suponiendo una verdadera mejora con respecto a lo regulado anteriormente. El propósito de tan extensa regulación se podría resumir en la necesidad de adoptar una verdadera coordinación de los sistemas autonómicos que han ido estableciendo regulaciones específicas y variadas en

<sup>42</sup> Se pueden consultar en: en <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-empleo/bonificaciones-reducciones-contratacion-laboral.html>

<sup>43</sup> Lousada Arochena, J.F., “Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones”. *Aequalitas*, núm. 41/2017, p. 31.

sus correspondientes ámbitos de actuación, con el objeto de proporcionar así cierta homogeneidad. En todo caso, ello no obsta a que los servicios de empleo autonómicos procedan a concretar y adecuar tales instrumentos, de acuerdo con las reglas previstas en la norma estatal.

### *2.2.1. Perfil individualizado del usuario de los servicios de empleo*

En el art. 57 LE 2023 se concretan las fases por las que debe atravesar el itinerario individualizado para el empleo, constituyendo el primer paso la elaboración de un perfil individualizado del usuario que se inscriba como demandante de empleo. Para ello, se procede a la evaluación de sus circunstancias personales y profesionales en búsqueda de las diferentes opciones, usando como soporte las evidencias estadísticas a las que tiene acceso el personal técnico de los servicios de empleo para la mejora de la empleabilidad. En realidad, este servicio se proporcionará a cualquier usuario con independencia de la posterior generación de un itinerario, pero resulta necesario para la concreción de este cuando así se acuerde.

Esta primera acción se implementa a través del diagnóstico previo de la situación de la persona usuaria, de cuyo resultado va a depender la efectividad posterior del plan o itinerario en sí<sup>44</sup>. El diagnóstico deberá contemplar las habilidades, competencias, formación, experiencia profesional y situación familiar, edad o pertenencia a colectivos prioritarios, ámbito territorial, tiempo y motivos de desempleo, percepción de prestaciones o ayudas económicas a la activación y cualquier otra variable personal o social que pueda ser relevante, en función de sus necesidades y expectativas. En este momento ha de ponerse atención a las situaciones de interseccionalidad.

Terminada la fase de diagnóstico, se elaborará una evaluación individual definitiva a la que tendrá acceso el usuario en el plazo más breve posible desde la solicitud de este servicio. Esta facultad, reconocida al usuario, resulta muy novedosa si nos atenemos a la ausencia de referencia alguna en las normas anteriores. En la misma se confirmará cuál de las vías es la más idónea para el usuario: la relativa a la cualificación profesional o recualificación y capacitación para la inserción laboral, el acceso al empleo asalariado o la del emprendimiento.

### *2.2.2. Contenidos*

Una vez generado el perfil individualizado, se celebrará un «acuerdo de actividad» entre el beneficiario y el Servicio Público de Empleo (SPE en adelante), en el que serán contempladas las acciones, los programas y actividades que integrarán el plan personalizado y que se destinan a cualificar al usuario y/o a

<sup>44</sup> Se concluye que hasta el momento no ha sido una herramienta muy eficiente en el Estudio “Programa políticas de empleo. Evaluación del gasto público 2018”, Airef, 2019, p.15.

insertarlo en el mercado de trabajo<sup>45</sup>. El anteriormente denominado «acuerdo personal de empleo» es, en suma, «el documentado mediante el que se establecen derechos y obligaciones entre la persona demandante de los servicios públicos de empleo y el correspondiente Servicio Público de Empleo para incrementar la empleabilidad de aquella»<sup>46</sup>. Entre tales obligaciones atribuidas al SPE, se encuentra la de proporcionar los servicios y actividades concretos comprometidos, así como el acompañamiento y seguimiento del mismo por parte de un tutor, al que a continuación nos referiremos. Como novedad, se exige que en la adopción del mismo, se atiendan a dos aspectos inicialmente contrapuestos. Por un lado, las necesidades de conciliación de la vida familiar y personal y las de los colectivos con dificultades especiales de empleabilidad; por el otro, las exigencias del sistema productivo, el empleo local y los sectores emergentes o estratégicos o, en su caso, iniciativas de emprendimiento, autoempleo y economía social. Sin embargo, este segundo ámbito de atención no resulta nada desdeñable, habida cuenta de que la realidad laboral española evidencia desde hace años el desfase entre el número de titulados sobrecualificados para el puesto de trabajo que desempeñan, así como la carencia de determinados profesionales para cubrir ofertas de empleo en sectores emergentes<sup>47</sup>. Más aún cuando nos movemos en un ritmo de avance de las tecnologías que fácilmente puede transformar en obsoleta de forma muy breve la cualificación que se pueda requerir para desempeñar determinadas actividades laborales<sup>48</sup>.

Descrito en términos generales y con carácter de mínimos, la norma pasa a especificar el contenido material del plan de actuación individual. Señala, en primer lugar, la elaboración de un itinerario formativo, que contendrá las acciones de formación que resulten adecuadas para la mejora de competencias y cualificación profesional de la persona usuaria o, en su caso, para su formación continuada y actualización permanente para adaptarse a las necesidades de transformación productiva o a los cambios paulatinos en la forma de trabajo y a las exigencias de nuevas competencias. En este punto conviene recordar la conveniencia de regular el cheque formación en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales<sup>49</sup>, o lo que es lo mismo, una subvención específica y que puede gestionar el propio usuario para realizar actividades de formación, al ser este

<sup>45</sup> Art. 56.1 c) LE 2023.

<sup>46</sup> Art. 3 f) de la LE 2023.

<sup>47</sup> Lo señala como uno de los principales déficits de nuestro sistema de relaciones laborales, Fernández Prieto, M., “Empleabilidad e intermediación laboral: novedades y alcance en la Ley 3/2023”, *Revista Justicia & Trabajo*, n.º extraordinario, p. 26.

<sup>48</sup> En este sentido, Pérez Gázquez, M.I., “El impacto de la industria 4.0 en el empleo. Especial referencia a las políticas activas de empleo y la formación digital como elementos de inclusión sociolaboral”. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 60/2022, p. 4.

<sup>49</sup> Hasta el momento, solo la Comunidad de Madrid ha regulado el cheque formación: Resolución de 15 de octubre de 2018, de la Secretaría General Técnica de la Consejería de

un instrumento útil para garantizar el itinerario formativo y, en definitiva, el plan individualizado de actuación. Además se apuesta por la ampliación de su ámbito subjetivo de actuación, habida cuenta de que por el momento solo son potenciales destinatarios los ciudadanos que se encuentran desempleados, excluyendo así, de forma inadecuada a nuestro modo de ver, a quienes se encuentren empleados, pero requieren de cualificación profesional para la mejora de ocupabilidad<sup>50</sup>.

En cambio, si la evaluación del perfil del usuario arroja una propensión a la búsqueda del autoempleo o la generación de un modelo de negocio propio, el SPE prestará todo el apoyo integral a su disposición en aras a la activación de proyectos tales como iniciativas generadoras de trabajo autónomo, constitución de entidades de economía social o la dinamización del desarrollo económico local, siempre que sea positivo el resultado de una previa auditoría de viabilidad. En este terreno, añade la norma, se prestará especial atención a las necesidades específicas de uno de los colectivos tradicionalmente prioritarios, el de las mujeres.

Adicionalmente, el SPE deberá proceder a la búsqueda de mecanismos de protección social que permita a los beneficiarios del itinerario personalizado para el empleo el mantenimiento de un nivel de vida digno durante el proceso de búsqueda de ocupación<sup>51</sup>, atendiendo también en este aspecto a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral. Protección que se satisfará bien a través de las prestaciones de protección por desempleo, lo que demuestra la apuesta por la coordinación entre políticas activas y pasivas<sup>52</sup>, bien a través de ayudas de empleo accesorias de los servicios del SPE dispuestas conforme a su normativa específica.

Aunque el plan individualizado se concibe fundamentalmente como un derecho de los ciudadanos, también genera una serie de obligaciones vinculadas a su voluntad de «querer trabajar»<sup>53</sup>. Con la aceptación del acuerdo de actividad, el usuario queda compelido a aceptar los compromisos de participación en los servicios y actividades incluidos en el mismo y, en su caso, el de una colocación adecuada. Se prevé como tal la profesión demandada por la persona trabajadora,

Economía, Empleo y Hacienda, por la que se dispone la publicación en los boletines oficiales y en el “perfil del contratante” en Internet de la licitación para la adjudicación del acuerdo marco por el que se fijan las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de servicios de «Impartición de cursos de formación para el empleo, mediante la modalidad de cheque formación en los certificados de profesionalidad de la familia de comercio y “marketing”».

<sup>50</sup> Art.6 y DA 2 de la Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, desarrollada por el Real Decreto 694/2017, de 3 de julio.

<sup>51</sup> Art. 4 m) LE 2023.

<sup>52</sup> Art. 47.2 pone de relieve, como novedad de la nueva LE 2023, la coordinación entre las distintas vertientes de las políticas de empleo, Parres Miralles, R., “La coordinación de políticas activas y pasivas en la nueva ley 3/2023, de 28 de febrero, de empleo”. Brief AEDTSS, 13, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023, p. 1.

<sup>53</sup> Gala Durán, C., “La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?”. AA.VV., *Empleo y protección social XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de*

de acuerdo con su formación, características profesionales, experiencia previa o intereses laborales, así como la correspondiente con su profesión habitual o cualquier otra que se ajuste a sus aptitudes físicas y formativas. En los dos últimos casos, añade la norma, como elemento adicional con respecto a su configuración anterior en la LGSS<sup>54</sup>, la oferta deberá implicar un salario equivalente al establecido en el sector en el que se ofrezca el puesto de trabajo, garantía que podría haberse extendido, en nuestra opinión, a todos los supuestos mencionados en virtud de la aplicación del principio de igualdad ante la ley que vincula a los poderes públicos y que solo admite diferencias de trato justificadas de un modo objetivo y razonable<sup>55</sup>. En todo caso, para ser adecuada la colocación que se ofrezca deberá ser indefinida— a diferencia de lo previsto con anterioridad, que admitía como adecuada una colocación temporal— y con un salario, en ningún caso, inferior al salario mínimo interprofesional. Por último, también lo serán aquellas otras actividades que se hubieran especificado en el acuerdo de actividad e incorporado al itinerario de inserción y solamente en el marco de lo previsto en el acuerdo, será adecuada la colocación que se ofrezca en una localidad que no sea la de residencia de la persona trabajadora<sup>56</sup>. Finalmente, si la persona es beneficiaria de prestaciones por desempleo, se deberá comprometer a buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada en los términos definidos en el artículo citado y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su empleabilidad, las cuales deberán estar contempladas en el plan o itinerario.

Como consecuencia del incumplimiento del acuerdo de actividad o del rechazo de una oferta de colocación adecuada, el usuario quedará expuesto a sanciones, salvo cuando exista una causa justificada, siempre que aquella sea cierta, probada y no obedezca a una mera cuestión de conveniencia<sup>57</sup>. Las repercusiones del incumplimiento dependen de la percepción o no de prestaciones. En caso negativo, será sancionado con la suspensión de los servicios previstos en el catálogo de servicios garantizados de la LE, entre los que se encuentra el itinerario o plan individualizado<sup>58</sup>. En cambio, si percibe prestación por desempleo, el incumplimiento del compromiso de actividad

*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op. cit., p. 133. Desdentado Bonete, A., Mercader Uguina, J.R., *El desempleo como situación protegida*. Civitas, Madrid, 1996, p. 48.

<sup>54</sup> Tal y como se regulaba en el art. 301 LGSS.

<sup>55</sup> Sobre la vinculación a la igualdad de los poderes públicos, entre otras, SSTC 22/1981 de 2 julio, (RTC 1981\22), FJ 3; 65/1983 de 21 julio (RT C 1983\65, FJ 3); 3/2007 de 15 enero (RTC 2007\3, FJ 2); 66/2015 de 13 abril (RTC 2015\66), FJ 3; 91/2019 de 3 julio (RTC 2019\91), FJ 4; 67/2022 de 2 junio (RTC 2022\67), FJ 4.

<sup>56</sup> Art. 3 g) de la LE 2023.

<sup>57</sup> Gala Durán, C., “La protección por desempleo contributiva: ¿la reforma pendiente?”, *op.cit.* p. 134.

<sup>58</sup> Constituye infracción leve, el incumplir el acuerdo de actividad, art. 17.1 c) LISOS; e infracción muy grave no aceptar una propuesta de colocación adecuada, art. 17.2 LISOS. Las sanciones están previstas en el art. 47.2 a) LISOS.

comportará asimismo la suspensión de la misma<sup>59</sup>. Esta circunstancia también se incorporará en el expediente personal del usuario.

Una vez adoptado el acuerdo de actividad y conformado el itinerario, se reconoce el derecho de los usuarios de disponer a la información ubicada en el mismo en el plazo máximo de un mes a contar desde la elaboración de su perfil de usuario<sup>60</sup>. Esto supone una mejora cualitativa con respecto lo previsto en el Reglamento que regula la Cartera de Servicios, actualmente vigente, en el que se indica que el diseño del itinerario consistirá en una comunicación fehaciente al usuario, cuando proceda –es decir, a juicio del servicio de empleo– del procedimiento que consideren más adecuado para su acceso al empleo, propuestas, calendarios y elementos de verificación y seguimiento<sup>61</sup>.

En cualquier caso, aunque la norma no lo indique de un modo expreso, no cabe duda de que el itinerario de inserción al empleo no puede ser concebido como un instrumento estático o invariable una vez celebrado en la medida en que de las actividades realizadas y el éxito de las mismas puede depender la reformulación o adición de otras nuevas que el tutor considere oportunas.

### 2.2.3. *Asesoramiento personalizado*

La especificidad del servicio de elaboración y gestión de un plan personalizado de actuación requiere, al mismo tiempo, que la atención al mismo sea personalizada y se ha de llevar a cabo a través de un tutor<sup>62</sup>, figura que no es novedosa, pero a la que ahora se encomiendan una serie de competencias detalladas que redundan en la prestación de un servicio integral. Esto último se hará efectivo a través de la asistencia presencial, pero también a través del canal digital que servirá para la recepción de los servicios, orientación y atención, lo que exigirá la correspondiente adecuación digital de los portales tanto del servicio estatal, como de los autonómicos, plataformas que ya en la actualidad se encuentran en uso. En la actualización de éstas no se ha de descuidar la necesaria formación e información sobre el uso de este instrumento digital tanto a los propios usuarios – en particular quienes tengan dificultades con el manejo de los mismos– como al propio tutor, quien deberá estar familiarizado con la plataforma.

<sup>59</sup> Constituye infracción leve no cumplir con el compromiso de actividad, art. 24.3 c) LISOS; y grave no aceptar la colocación adecuada propuesta, art. 25.4 a) LISOS. Las sanciones están previstas en el art.47.1 b) LISOS

<sup>60</sup> Cifra que parece poco realista para ser cumplida en atención a las carencias en la gestión del sistema de empleo, Navarro Nieto, F., “Valoración crítica general de la ley 3/2023, de empleo”. *Diario La ley*, núm. 10302/ 2023. Consultado en Smarteca, desde donde se cita, p. 9.

<sup>61</sup> Art. 8.2 b) del Real Decreto 7/2015, de 16 de enero por el que se aprueba la Cartera Común de Servicios del Sistema Nacional de Empleo.

<sup>62</sup> Es esta una medida que la propia OIT recomendaba a los Gobiernos para el cumplimiento de los objetivos plasmados en el programa centrado en las personas, dentro de su informe “Trabajar para un futuro más prometedor”.

El tutor habrá de estar presente tanto en los momentos de capacitación para el empleo, como en las transiciones entre la actividad y el desempleo. Compele la norma a una tutorización libre de sesgos y estereotipos de cualquier índole, especialmente de género, edad, origen, etnia y discapacidad, exigiendo poner atención a las necesidades específicas de las distintas etapas vitales, en particular aquellas que producen mayor alejamiento del mercado laboral, como la maternidad y el cuidado de personas menores o mayores. En este sentido, resulta conveniente y necesario formar en estos aspectos de sensibilización hacia la diversidad a quienes desempeñan este rol de acompañamiento.

La persona tutora, al objeto de prestar un servicio integral al usuario, facilitará la información y asesoramiento necesarios para la definición de su currículo, ofrecerá los recursos adecuados para el manejo de medios, técnicas y herramientas accesibles para la búsqueda activa de empleo, la situación del mercado, las necesidades de los sectores productivos, la oferta formativa, la movilidad laboral, geográfica o funcional y, en fin, desempeñará cuantas funciones de apoyo individual y personalizado sean precisas. El catálogo de funciones a desempeñar por el tutor se cierra con las de acompañamiento en la ejecución del plan o itinerario y en su revisión y actualización, siempre que se considere oportuno a los efectos que persigue este servicio. Para facilitar dichas tareas, así como la toma de decisiones, se permite al tutor acceder a determinados instrumentos de apoyo. En primer lugar, a la información facilitada por el propio usuario, incluyendo datos e informes relevantes que les pueda requerir. Por otro lado, tendrá acceso a las herramientas digitales de análisis de datos y evidencias estadísticas, información que debería ser facilitada por el Servicio Público Integrado de Información como órgano encargado de reunir los datos relativos al empleo y la empleabilidad de las personas usuarias de los servicios públicos de empleo, cuestión pendiente de desarrollo reglamentario.

#### 2.2.4. *Complementariedad del itinerario personalizado con otros servicios: la intermediación laboral*

Dejando al margen a los sujetos que tienen intención de emprender un negocio propio y tras las eventuales actividades formativas o de recualificación que se hayan seguido por parte del usuario, para que el plan personalizado de actuación arroje resultados efectivos en términos de inserción laboral, es esencial que se active el servicio de intermediación, ahora ya expresamente incardinado entre las políticas de empleo<sup>63</sup> y regulado de manera especial por la nueva LE<sup>64</sup>. La norma exige que sea eficiente, en el sentido de detectar las ofertas de empleo

<sup>63</sup> Considera que la LE 2023 ha aclarado definitivamente este aspecto Pérez del Prado, D., “La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades”. *Labos*, Vol. 4, Núm. extraordinario/2023, p.90.

<sup>64</sup> Lázaro Sánchez, J.L., “La ampliación del concepto de intermediación por la ley 3/2023”. *Blog Trabajo, Persona, Derecho y Mercado. Nuevos retos del mercado laboral: Pobreza en el trabajo, economía colaborativa y envejecimiento*. Entrada: Proyecto Reforma del Derecho del Empleo, 10 de julio de 2023.

adecuadas, sin que pueda llevarse a cabo, en ningún caso, a través de medios automatizados de manera exclusiva<sup>65</sup>. Esto es, precisa de la asistencia del tutor que deberá valorar las oportunidades de empleo del usuario. En este marco, para dotar de eficacia al itinerario planteado, deben imperar una serie de condiciones, tales como la de garantizar el acceso a las ofertas publicadas en todo el Espacio Económico Europeo mediante la Red EURES, lo que incluye la opción de obtener un empleo en cualquier territorio del Estado, en iguales condiciones. Así, en esta nueva Ley, la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo se concreta de una forma más explícita a como lo hacía el texto refundido de 2015, permitiendo al usuario el desplazamiento a diferentes Comunidades Autónomas, con la opción de beneficiarse de las ayudas al empleo establecidas en ellas, siempre que estén inscritos en el Sistema Nacional de Empleo. Para salvaguardar este derecho, resulta oponible la prohibición de discriminar directa o indirectamente a las personas demandantes de empleo por parte de los servicios públicos y privados de empleo a causa de su vecindad civil, su residencia o su nacionalidad en cualquier Estado de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, así como tampoco podrán establecerse requisitos de vinculación con un determinado servicio de empleo en detrimento de los demás. Como únicas excepciones, se permite el establecimiento de condiciones previas de empadronamiento, residencia o vecindad civil en el ámbito de los programas de apoyo al empleo local, así como preferencias de acceso a las acciones de fijación de población en ciertos entornos o de recolocación de personas que hayan perdido sus empleos, medidas que resultan justificadas de un modo objetivo y razonable. En suma, se trata de una regulación que respeta los límites competenciales en materia de empleo en la medida en que el Estado no solo se encuentra habilitado para sentar las bases de las políticas de empleo, sino también para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos<sup>66</sup>.

### 2.2.5. *Expediente laboral personalizado único como alojamiento definitivo del itinerario*

Como colofón a un catálogo de servicios orientados, de forma clara, a la identificación de las carencias y necesidades de empleabilidad de los usuarios, se dispone el expediente laboral personalizado y único, un nuevo servicio que habrán de incorporar a su cartera de servicios las comunidades autónomas. El mismo ha de estar integrado por el perfil individualizado del usuario con referencia a su cualificación y experiencia profesional precedente, esto es, el

<sup>65</sup> Art. 3 c) LE 2023.

<sup>66</sup> En atribución de los títulos competenciales previstos en el art. 149.1 17º y 1º respectivamente de la Constitución Española. El encuadre de los servicios de orientación e intermediación en el art. 149.1.17 CE ya fue asumido por la STC 195/1996, de 28 de noviembre (ECLI: ES: TC: 1996:195). Sánchez Rodas, C., “La orientación e intermediación directa en el empleo”, *op.cit.*, pp. 90-91.

resultado del diagnóstico que antes mencionamos. A este se incorporará, cuando se haya elaborado, el itinerario o plan personalizado de actuación, junto con el acuerdo de actividad, las actividades desarrolladas en cumplimiento del mismo, la tutorización y seguimiento de la persona usuaria durante las transiciones laborales, la cartera individualizada de formación, las ofertas de empleo adecuadas aceptadas o rechazadas y su justificación, los contratos suscritos, la vida laboral de la Seguridad Social y las prestaciones, ayudas o incentivos económicos que, en su caso, perciba durante su proceso de búsqueda de empleo o como consecuencia del mismo. En síntesis, es un instrumento que aglutina toda la información relativa a la persona inscrita como demandante de los servicios de empleo que le acompañará a lo largo de toda su vida laboral. De este modo, se acumulan todos los datos obtenidos en el periodo en que se mantiene activa la demanda de empleo, de gran utilidad para perfeccionar en posteriores ocasiones las actividades más idóneas según el resultado del perfilado individual que se ha ido confeccionado a lo largo del tiempo.

Se presume que el acceso al mismo podrá ser presencial, previa cita con la persona tutora en las dependencias del SPE o a través de un canal digital, habida cuenta de que la propia ley exige que sean facilitados los servicios de la cartera común –entre los que se incluye este– a través de medios electrónicos y digitales a las personas demandantes<sup>67</sup>, lo que actúa en plena consonancia con el proceso de digitalización de los servicios y política públicas, en particular las de empleo, sin duda uno de los aspectos nucleares de la nueva regulación<sup>68</sup>.

Para concluir este apartado, una vez analizada la nueva regulación de los itinerarios o planes individualizados de actuación para el empleo y evidenciadas las aparentes mejoras de este instrumento de política de empleo desde el punto de vista cualitativo, se observa que no está exento de sus primeras críticas. En primer lugar, se pone de manifiesto que dicha regulación debería contar con un sistema de incentivos para la incorporación en el mercado laboral de las personas desempleadas<sup>69</sup>. También desde la perspectiva del gasto que puedan generar, se ha alertado de que la imposición a las administraciones públicas de la obligación de elaborar en el plazo de un mes un itinerario personalizado, máxime cuando no se prevén los recursos precisos a tal fin, podría debilitar «la solidez y la utilidad de la norma»<sup>70</sup>. Por todo, se considera que el aumento de su utilidad y eficacia pasan por una puesta en marcha de todos los mecanismos a los que se ha ido aludiendo,

<sup>67</sup> Art. 56 de la LE 2023.

<sup>68</sup> Pérez del Prado, D., “La Ley 3/2023 de empleo. Principales novedades”, *op.cit.*, p. 87.

<sup>69</sup> Merino Segovia, A., “La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social”, AA.VV., *Empleo y protección social XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 45.

<sup>70</sup> García Díez, M.A., “Algunos comentarios sobre el proyecto de Ley de Empleo”. Fedea, Colección Apuntes 30/2022, pp. 4-5.

especialmente en lo que se refiere a los mecanismos de seguimiento y evaluación, su desarrollo reglamentario y su correcta implementación por los servicios de empleo autonómicos en atención a la normativa específica de cada región.

### **3. LOS SERVICIOS DE ORIENTACIÓN PERSONALIZADOS EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA**

#### **3.1. Regulación de las medidas de inserción individualizadas**

Meses antes de la publicación de la LE 2003, la Junta de Andalucía aprobaría una norma, con el fin de atajar la necesidad de mejorar la empleabilidad de las personas desempleadas y los trabajadores y de contribuir a la prevención y a la disminución del desempleo, como principales objetivos de las Políticas Activas de Empleo en esta comunidad<sup>71</sup>. En ella, cuyo germen se sitúa tanto en el V Acuerdo de Concertación Social firmado en 2001 por la Junta de Andalucía y las organizaciones más representativas a nivel estatal, como en las orientaciones de la Unión Europea dirigidas hacia el pleno empleo, se regulan los programas para la inserción laboral en este territorio. Sus principales focos se situaron en la lucha contra el desempleo, así como en prestar atención especial a los colectivos vulnerables –jóvenes, mujeres, mayores de cuarenta y cinco años, parados de larga duración, las personas con discapacidad o las minorías étnicas, los inmigrantes y personas en riesgo de exclusión social–, los mismos que la ley nacional poco después definiría como colectivos prioritarios.

En cualquier caso, ya entonces se percibía el desajuste entre la necesidad de mano de obra en determinados sectores de la actividad productiva y la alta tasa de demandantes de empleo, lo que hacía preciso diseñar actuaciones de inserción laboral acordes con las cualidades y expectativas de estas personas, por un lado, y del tejido empresarial por otro. Se consideró imprescindible abordar la cuestión desde una postura preventiva, donde se detectaran los desfases que se habían preconizado para desarrollar, en un momento posterior, actuaciones en el seno de los servicios de empleo con el fin de adecuar la mano de obra a la oferta de empleo, así como generar nuevas empresas fomentando el autoempleo. A ello contribuirían las estrategias orientadas a la capacidad de inserción profesional basadas en el potencial individual de las personas usuarias del servicio de empleo andaluz.

La Junta de Andalucía pondría en marcha 9 programas de inserción, a saber: el de Itinerarios de Inserción; el de Orientación Profesional; el de Asesoramiento para el Autoempleo; el de Acompañamiento a la Inserción; bel Experiencias Profesionales para el Empleo; el programa de Inserción a través del Empleo; el

<sup>71</sup> Preámbulo del Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía.

programa de Promoción para Mujeres Trabajadoras; el de Acciones Experimentales; el de Estudios y Difusión sobre el Mercado de Trabajo. Todos ellos comparten, como reglas comunes, las siguientes: son desarrolladas por la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico<sup>72</sup>, a través de sus propios medios o mediante la participación de entidades que colaboren en la ejecución de los programas; precisan de normativa de desarrollo de las entidades que colaboren en la ejecución de los mismos; la misma entidad pública es la encargada de realizar el seguimiento y la evaluación de las acciones, lo que servirá para medir la eficacia de las mismas; por último, estas acciones debían ser coordinadas con la iniciativa Comunitaria de Empleo EQUAL en los que la Consejería figuraba como socio<sup>73</sup>. Esta iniciativa, que estuvo activa de 2001 a 2005 y era financiada por el FSE, se proyectaba sobre la creación de más y mejores empleos, participando, a su vez, en la estrategia integrada de lucha contra la exclusión social y la discriminación, en particular la discriminación por razón de sexo o de orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad o edad, dirigida en particular al empleo<sup>74</sup>.

Siguiendo con los objetivos de este trabajo, nos detendremos únicamente en los tres programas que van en la misma línea de orientar y mejorar la empleabilidad desde la perspectiva de la cualificación y selección del empleo más adecuado del ciudadano en virtud de las circunstancias de diversa índole que a este rodean.

En primer lugar, el programa de Itinerarios Personalizados de Inserción (IPIs en adelante)<sup>75</sup>, tiene por objeto promover el acceso o la reincorporación laboral de las personas desempleadas, en cuyo marco se han de definir y realizar una secuencia concatenada de acciones que mejoren su empleabilidad<sup>76</sup>. Para ello, los itinerarios de inserción podrán combinar diversos tipos de acciones: información, orientación, asesoramiento, preformación, así como otras medidas que se consideren oportunas, que conduzcan a la integración en el mercado de trabajo. El IPI se convierte así,

<sup>72</sup> En la actualidad, Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo.

<sup>73</sup> Comunicación de la Comisión a los Estados miembros de 14.04.2000 por la que se establecen las orientaciones relativas a la iniciativa comunitaria EQUAL, al respecto de la cooperación transnacional para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo [C (2000)853 - Diario Oficial C 127 de 5.5.2000]. Posteriormente prorrogado en una segunda fase, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones por la que se establecen las orientaciones relativas a la segunda fase de la Iniciativa comunitaria EQUAL por lo que respecta a la cooperación transnacional para promover nuevos métodos de lucha contra todas las formas de discriminación y desigualdad en relación con el mercado de trabajo - «Libre circulación de las buenas ideas».

<sup>74</sup> Un estudio sobre la misa en Ruiz Urrestarazu, E., Lozano Valencia, M.A., Armiño Solórzano, E., “La iniciativa comunitaria Equal, estrategia de equidad social y desarrollo”. Boletín de la A.G.E., 39/2005, pp. 307-333.

<sup>75</sup> Art. 5 Decreto 85/2003, de 1 de abril.

<sup>76</sup> Son estos, para la comunidad andaluza, los itinerarios o planes individualizados de acción a los que nos hemos referido en las páginas anteriores, si bien en este contexto normativo se ha escogido un solo término para referirse a ellos.

en un instrumento que ofrece un enfoque integral de los recursos por lo que, progresivamente, debía extenderse como fórmula de integración de las Políticas Activas de Empleo. La Consejería competente en materia de empleo dispondrá los medios necesarios para que las personas demandantes de empleo inmersos en el desarrollo de un itinerario personalizado puedan acceder con carácter prioritario a las acciones definidas en este, para cuya efectividad, apuntando ya hacia la proliferación de las nuevas tecnologías – hace ahora veinte años–, se desarrollarían los instrumentos necesarios que den a conocer la información disponible acerca de los diferentes recursos para la inserción existentes en esta comunidad, lo que se instrumentalizó a través de la Red Andalucía Orienta. Como resulta obvio, a su consecución, juegan un papel fundamental los servicios de orientación especialmente en lo referido a la intermediación laboral y la formación profesional. Tales servicios informan y asesoran a la ciudadanía sobre los programas a su alcance con la finalidad de mejorar su situación laboral desde la mejora de la empleabilidad. Constituye un rasgo diferencial de la regulación de los itinerarios con respecto a lo previsto en la norma nacional, la opción de realizar itinerarios grupales cuando se identifique a un grupo de personas demandantes de empleo cuyo itinerario requiera acciones para la inserción similares.

Inspirado en una lógica semejante al anterior, el Programa de Acompañamiento proporciona un apoyo intensivo a las personas calificadas como de atención prioritaria, pero no en todos los casos, sino únicamente en dos supuestos: o bien cuando se trata de una persona con discapacidad, o para todos los colectivos en general, cuando el usuario supere un periodo de antigüedad como demandante de empleo de doce meses. En consonancia con lo previsto en el programa anterior, lo que sugiere que este es un subtipo de aquel, se prevé una tutorización y seguimiento personalizado a través de un IPI. Sin embargo, lo que tiene de particular este programa, además del ámbito subjetivo limitado de atención, es que el servicio se extenderá incluso a las etapas iniciales desde la incorporación al puesto de trabajo<sup>77</sup>.

Por último, el programa de Orientación Profesional<sup>78</sup>, se articula sobre la base de la información y el asesoramiento especializado y personalizado sobre la elección profesional, cualificación necesaria, opciones formativas y búsqueda de empleo o creación de un negocio propio. No es difícil adivinar que se trata del servicio clave para la consecución de los dos programas antes mencionados en la medida en que la orientación supone una de las herramientas esenciales para la elaboración de un itinerario personalizado en cualquiera de los casos expuestos. Es por ello por lo que la plataforma encargada de prestar este servicio es la ya mencionada red «Andalucía Orienta», a la que se incorporarán los distintos instrumentos para la orientación profesional con los que cuenta la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, así como así como los Centros de Referencia para la Orientación de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo y las entidades

<sup>77</sup> Art. 8 Decreto 85/2003, de 1 de abril.

<sup>78</sup> Art. 6 Decreto 85/2003, de 1 de abril.

colaboradoras. Esta red estaba llamada a mantener una identidad común en cuanto a calidad, imagen, utilización de las tecnologías de la información, tipos de servicios, etc. Una plataforma que nace con vocación aunar todos los servicios y programas de orientación profesional para el empleo que estuvieran desarrollando otros organismos públicos de la Junta así como otros agentes o instituciones a la sazón de la orientación profesional.

Actualmente, el servicio se estructura a través de una completa red de unidades para la orientación profesional, para lo cual se cuenta con un buen número de entidades colaboradoras, que lo son en virtud de la subvención que el Servicio Andaluz de Empleo otorga en convocatoria pública anual y mediante concurrencia competitiva. De este modo, entidades privadas se han convertido en colaboradoras de los servicios de empleo, lo que ha supuesto, en cierta medida, la «desfuncionarización» del servicio y en consecuencia, estiman algunos autores han, cierta pérdida de calidad del mismo, a pesar de que la norma establece una serie de requisitos de tipo curriculares de carácter multidisciplinar – en cuanto a titulación, formación y experiencia<sup>79</sup>, a cumplir por el personal técnico de las unidades de orientación, así como se les exige dominar las herramientas ofimáticas y de uso de Internet a nivel de usuario<sup>80</sup>. Además, se garantiza su formación continua a través de acciones de formación tanto inicial como especializada y acciones de seguimiento y asesoramiento para la mejora del desempeño profesional.

Estos programas, que recibieron de manera conjunta un desarrollo normativo posterior<sup>81</sup>, están dirigidos a las personas demandantes de empleo inscritas como desempleadas en la Agencia Servicio Andaluz de Empleo. Luego, se precisa no solo darse de alta como demandante de empleo sino encontrarse en situación legal de desempleo, medida que resulta coherente con el anterior marco de regulación estatal de los servicios de empleo, pero no con el actual, por lo que deberá ser modificado.

<sup>79</sup> Sobre esta cuestión vid. Almagro Gavira, L.M., Padilla Carmona, M.T., Manzano Soto, N., “Formación y perfil competencial de los técnicos de orientación profesional del programa Andalucía Orienta: Estudio cualitativo”. *REOP*, Vol. 29, núm. 3/2018, pp. 131-151.

<sup>80</sup> Como titulaciones preferenciales constan: Psicología, Pedagogía, Psicopedagogía, Sociología/Ciencias Políticas y Sociología, Ciencias del Trabajo, Educación Social, Trabajo Social, Relaciones Laborales y Recursos Humanos, Relaciones Laborales y Graduado Social, Derecho, Economía, Administración y Dirección de Empresas y Ciencias Empresariales. Entre «otras» estaría el resto de las titulaciones universitarias. No obstante, para el personal técnico que desarrolle acciones específicas de Acompañamiento a la Inserción, la titulación mínima exigida será de Formación Profesional, en Grado Superior, específica en Integración Social, o similar En cuanto a la formación, se exige formación específica en el modelo de orientación de la Red Andalucía Orienta; formación en orientación laboral impartida u homologada por la administración pública, estatal o autonómica. Art. 7 orden de 26 de septiembre de 2014.

<sup>81</sup> Orden de 26 de septiembre de 2014, por la que se desarrollan los programas de orientación profesional, itinerarios de inserción y acompañamiento a la inserción regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril.

Por último, poner de relieve que en esta comunidad, más recientemente, se aprobaron una serie de programas específicos para la integración laboral de determinados colectivos como consecuencia de la implementación del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía. Uno de ellos es el Programa de apoyo a mujeres en los ámbitos rural y urbano, que viene a promover la inserción laboral y la atención personalizada a las mujeres que viven en estas áreas. Se desarrollará a través de su participación en itinerarios individualizados que combinen acciones de diferente naturaleza, tales como orientación laboral, asesoramiento, información, formación, adquisición de competencias y habilidades transversales, inserción laboral y acompañamiento en el empleo, en aras a fortalecer la igualdad efectiva y la no discriminación en el acceso al empleo. Otro es el relativo a Nuevos Proyectos Territoriales para el reequilibrio y la equidad en colectivos vulnerables, destinado a los grupos definidos por la norma autonómica como de atención prioritaria, así como a las personas receptoras de prestaciones, subsidio por desempleo o Renta Activa de Inserción. Están orientados a entidades que pretendan emprender proyectos de inserción laboral, pudiendo acceder a una bonificación para su puesta en marcha, al fin de promover la atención personalizada dirigida a la incorporación al mercado de trabajo de los futuros usuarios<sup>82</sup>.

### **3.2. En particular: el desarrollo de los itinerarios personalizados de inserción en la normativa autonómica andaluza**

Dado que el IPI se configura como la «puerta de acceso» a los programas contemplados en la norma autonómica en particular y al resto de políticas de empleo en general<sup>83</sup>, conviene atender a su desarrollo reglamentario en esta comunidad. En otros términos, como consecuencia de éste, los usuarios son considerados para su participación en algunos de los programas gestionados por la Agencia Servicio Andaluz de Empleo, teniendo preferencia de participación en los mismos.

El IPI consta de 5 fases. La primera de ellas es la de recepción y acogida, destinada a conocer las necesidades y expectativas de la persona usuaria, así como informar a esta sobre los servicios y programas disponibles. La segunda se detiene en la recogida de información y análisis, con el fin de valorar, a través de una entrevista en profundidad, aquellas variables de diagnóstico profesional que inciden en el proceso de orientación. En términos de la normativa estatal, las anteriores corresponderían a la fase de diagnóstico y perfilado individualizado, aunque la norma autonómica resulta mucho más escueta. En tercer lugar, se produce el diseño del IPI propiamente, definiéndose de manera consensuada el objetivo del mismo y a las acciones que se llevarán a cabo. Coincide así con la fase de elaboración de

<sup>82</sup> Líneas 3 y 4 del Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban con carácter urgente medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía.

<sup>83</sup> Preámbulo del 85/2003, de 1 de abril.

los itinerarios que regula en términos muy concretos la norma estatal en la que además se especifica el contenido del mismo – itinerario formativo, alternativas profesionales o de emprendimiento, acciones de búsqueda activa de empleo, acuerdo personal de empleo –. La cuarta fase es la correspondiente al desarrollo y seguimiento del itinerario. Es cuando la persona usuaria realiza las acciones definidas en este, contando con la guía y apoyo del personal técnico responsable. No se habla de tutor, sino del responsable del IPI y aquí si encontramos un factor diferencial importante si lo comparamos con lo previsto a nivel estatal debido a que no podemos hablar de una única persona tutora. De forma inicial, un profesional de la orientación, adscrito a una unidad de la Red Andalucía Orienta, es el sujeto encargado de iniciar y registrar el alta en el correspondiente sistema de información. Esta será la persona encargada de facilitar el desarrollo de las acciones previstas en el mismo, a través de derivaciones a acciones de orientación gestionadas por otra persona técnica de la misma o distinta unidad. Desde ese momento, la atención a la persona usuaria se realizará por otro miembro de la unidad adscrita al servicio, cuando se haya hecho efectiva la derivación y se produzca la correspondiente aceptación por parte de la nueva persona responsable. Cabe incluso solicitar el traslado del IPI entre profesionales de las diferentes unidades de orientación, o bien a petición de la persona usuaria, o a propuesta de la persona responsable, con objeto de proporcionar una atención más adecuada al perfil de ésta última, o a sus condicionantes geográficos, elemento que no es previsto en la ley estatal de empleo.

Por otro lado, coincidiendo en este punto con el planteamiento del IPI en la LE 2023, se deja constancia de que el mismo es susceptible de redefinirse en función de las posibilidades efectivas de consecución de los objetivos propuestos, labor correspondiente a la persona responsable.

Por último, nos encontramos con la fase de finalización y evaluación del itinerario en la que, teniendo en cuenta la consecución de los objetivos inicialmente fijados, se procede a su conclusión. Como hemos visto, esta fase no aparece reflejada como tal en la ley estatal y que, sin duda, resulta coherente con la prestación de un servicio que, cuyo fin, estriba en la inserción definitiva del usuario en el mercado de trabajo y permite su evaluación de cara a la efectividad del mismo. La finalización de un IPI debe ser registrada y ocurrirá en 3 casos. En primer lugar, por abandono del usuario manifestado de forma expresa. En segundo lugar, por haber logrado el objetivo planteado, esto es, la consecución de un empleo o la realización de manera autónoma de las actividades previstas en el IPI. En último lugar, por inactividad del itinerario, entendiéndose por tal cuando hayan transcurrido más de 90 días naturales desde su apertura o, en su caso, desde la última atención directa prestada a la persona usuaria, sin que se haya realizado actividad alguna por razones exclusivamente imputables a ella.

#### 4. PRESENTE Y FUTURO DEL MODELO DE ORIENTACIÓN PERSONALIZADA. EN PARTICULAR EN ANDALUCÍA

El sistema nacional de empleo tiene como labor primordial la coordinación entre los sistemas nacional y autonómicos, que dé como resultado un modelo integrado y eficaz. No obstante, no todos están de acuerdo en que esta característica pueda ser atribuida al mismo<sup>84</sup>, tratándose de explicar desde diversos ángulos las circunstancias que fomentan este diagnóstico tan negativo<sup>85</sup>. Entre ellas, cabe destacar la interconexión de las estrategias económicas con las de empleo. Las cifras ponen de manifiesto esta relación, sin perder de vista que ésta no deriva de la organización interna de los recursos, sino de la ordenación comunitaria de esta cuestión, haciéndose patente el sometimiento de las acciones laborales a las económicas en el Derecho originario de la Unión Europea. En efecto, en el TFUE se supeditan las políticas de empleo que han de desarrollar los Estados miembros a las orientaciones generales de las políticas económicas de los mismos y de la propia Unión<sup>86</sup>. Muestra de ello es que a nivel estatal, contamos con una nueva Ley de Empleo gracias a su programación en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia que instrumenta los fondos «*Next Generation EU*».

Las imposiciones económicas sobre las de empleo también se reflejan a nivel autonómico. Valga como ejemplo el caso andaluz, donde se ha optado por la concurrencia competitiva de subvenciones para desarrollar Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción<sup>87</sup>, a través de la gestión de Itinerarios Personalizados de Inserción con cargo a las partidas presupuestarias previstas anualmente<sup>88</sup>, del mismo modo que para el desarrollo de los programas

<sup>84</sup> En este sentido, Molina Navarrete, C., “Dimensión nacional de la política de empleo: la «unidad de mercado» como fuente de «recentralización»”. Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. (Dirs.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, op.cit., p. 239.

<sup>85</sup> Es ese el propósito de Cruz Villalón, J., “El gobierno del empleo”, AA.VV., *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit. pp.187-216.

<sup>86</sup> Art. 146.1 TFUE. En ese sentido, Monereo Pérez, J.L., “La Unión Europea y las políticas activas de empleo”, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A. (Dirs.), *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, op.cit. pp. 204-205.

<sup>87</sup> Orden de 18 de octubre de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras en régimen de concurrencia competitiva de las subvenciones concedidas en el marco de los Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción regulados por el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía.

<sup>88</sup> Configurado como el objetivo principal de la última de las convocatorias, presentada a través de la Resolución de 5 de abril de 2023, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria, para el ejercicio 2023, de las subvenciones en régimen de concurrencia competitiva de los Programas de Orientación Profesional y Acompañamiento a la Inserción regulados en la Orden de 18 de octubre de 2016. Cuenta con un presupuesto de 30.000.000€ para dos anualidades.

antes referidos de apoyo a mujeres en los ámbitos rural y urbano y de Nuevos Proyectos Territoriales para el reequilibrio y la equidad en colectivos vulnerables.

A pesar de los recursos económicos empleados, estamos acostumbrados a la afirmación según la cual, los servicios de empleo son deficitarios en cuanto al volumen de éxito en la inserción laboral de quienes se inscriben como demandantes de empleo. De este modo, aunque las tendencias internacionales con impacto en nuestra normativa estatal y autonómicas reflejan una clara apuesta por los mismos, se considera que ofrecen servicios de orientación e inserción laboral bastante limitados y de algún modo «residual», en lo que respecta, en particular, a la intermediación de las plazas vacantes en las empresas privadas, de manera que la visita a las oficinas de los servicios públicos de empleo se concentra básicamente en los trámites requeridos para la solicitud de la prestación correspondiente<sup>89</sup>. Se pone de manifiesto, por otra parte, que condicionar a una partida presupuestaria la viabilidad del servicio provoca alteraciones que impactan directamente en el número de IPIs celebrados y en la propia precariedad laboral de los orientadores, incidiendo así en la ratio entre usuarios y personal técnico<sup>90</sup>. Ciertamente, no podríamos defender ninguna de las anteriores afirmaciones sin antes introducirnos en la búsqueda de datos que reflejen la realidad de las mismas.

#### **4.1. Impacto de los programas de inserción laboral ya implantados en Andalucía**

El éxito de los servicios de empleo a los que le hemos dedicado nuestro estudio y en particular de los itinerarios o planes de inserción en el empleo, requiere del previo sometimiento de tales políticas de empleo a una actividad de control y evaluación constantes. Se pone en evidencia la importancia de la creación del servicio integrado de información de los servicios de empleo, con datos desagregados en cada uno de sus componentes, como herramienta fundamental para un funcionamiento óptimo del sistema<sup>91</sup>, como así se proyecta en la nueva LE. Es necesaria una evaluación global de todos los instrumentos accesibles a la ciudadanía en este terreno en la medida en que se exige a los servicios públicos valorar de forma continuada el impacto, eficacia y eficiencia de programas y medidas de políticas de empleo<sup>92</sup>, de lo que hasta ahora carecemos casi por completo, lo que

<sup>89</sup> García Díaz, M.A., “Algunos comentarios sobre el proyecto de ley de empleo”. Fedea, apuntes núm. 30/2022, p. 2.

<sup>90</sup> Lo que se manifiesta desde el momento en que las convocatorias de subvenciones se realizan en términos de concurrencia competitiva. Sánchez Rodas, C., “La orientación e intermediación directa en el empleo”, *op.cit.*, p. 103.

<sup>91</sup> Merino Segovia, A., “La vulnerabilidad social desde la perspectiva del empleo y la protección social”, *op.cit.* p. 45.

<sup>92</sup> Art. 68.c) de la LE 2023.

ha sido objeto de crítica por la propia OIT<sup>93</sup>. Con una excepción y es la manifestada en el análisis sobre las políticas de empleo en España efectuado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (Airef) en 2018, en el que se ponían de manifiesto las diferencias sustanciales en el perfilado y el nivel de desarrollo de los IPIs en las distintas comunidades autónomas. En ese informe se recomendaba establecer un marco claro de participantes en todas las políticas activas de empleo tales como los servicios, programas e itinerarios, con especial atención al ámbito de la formación, del que resulta prácticamente imposible conocer su verdadera eficacia<sup>94</sup>. A mayor abundamiento, y a vueltas con el aspecto economicista de las políticas de empleo, a los resultados de la evaluación efectuada estará supeditado el cálculo de los fondos que anualmente se distribuyen para su ejecución por las CC. AA.<sup>95</sup>.

En Andalucía, se impone a la Consejería con competencias sobre empleo, realizar el seguimiento y la evaluación de los programas destinados a la inserción profesional antes analizados. Dicha evaluación se ha de realizar teniendo en cuenta un plan previo de objetivos cuantitativos y cualitativos, observando, al menos, los siguientes aspectos: número de personas a atender y características de estas; características de las acciones a realizar y número de ellas; objetivos en cuanto a resultados de inserción profesional y de derivación de las personas beneficiarias. La Agencia Servicio Andaluz de Empleo es la encargada de realizar esta labor, debiendo operar la valoración de los resultados de las acciones en términos de inserción laboral, calidad de los servicios y satisfacción de las personas usuarias obtenidos, a través de encuestas de resultados, cruces de bases de datos u otras acciones que se consideren de aplicación<sup>96</sup>.

De acuerdo con las directrices definidas en el Plan Estadístico y Cartográfico y en virtud de lo establecido en los respectivos Programas Anuales, el Servicio Andaluz de Empleo a través del Observatorio Argos (Sistema de Prospección Permanente del Mercado de Trabajo de Andalucía), publica una serie estadística de Programas de Inserción y Orientación donde se reflejan, en lo que aquí interesa, los resultados cuantitativos de la implementación del Programa Itinerarios personalizados de empleo, así como del Programa de Acompañamiento a la Inserción.

Fijándonos en el primero de ellos, los resultados muestran el número de beneficiarios de los IPIs en términos globales, así como atendiendo a diferentes

<sup>93</sup> Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2020 Informe III (Parte A) Conferencia Internacional del Trabajo, 109.ª reunión, 2020, p. 564.

<sup>94</sup> Estudio “Programa políticas de empleo. Evaluación del gasto público 2018”, Airef, 2019.

<sup>95</sup> Eje 6. Apdo. 8 Mejora del marco institucional. Plan Anual para el Fomento del Empleo Digno 2023.

<sup>96</sup> Art. 18 Orden de 26 de septiembre de 2014.

variables: género, edad, nivel académico y número de acciones iniciadas durante ese año<sup>97</sup>.

En 2010 se publicó la primera estadística que recoge todos los ítems antes mencionados, revelando que un total de 366.670 personas se beneficiaron de un IPI<sup>98</sup>, en un porcentaje muy similar de hombres y mujeres (48,82% y 51,18 respectivamente). Por grupos de edad, con una diferencia notable, destacan quienes se encontraban entre los 30 y 45 años (152.292 personas), siendo totalmente irrisoria la cantidad de beneficiarios por encima de los 65 años (364 personas), lo que se debe, presumiblemente, a que la mayoría de las personas de esa edad habrían accedido a una prestación o subsidio de jubilación. El resto de los grupos de edad presentan unos resultados muy similares (de 16 a 25: 66.758 personas; de 25 a 30: 66.184 personas; de 45 a 65: 81.075 personas). En cuanto al nivel académico, destacan en volumen quienes cuentan con estudios secundarios (271.889 personas), muy por encima de quienes poseen estudios primarios, superiores e incluso a quienes no poseen estudios (39.834, 51.653 y 3.294 personas respectivamente). Por último, en el año observado se pusieron en marcha un total de 1.314.649 acciones en aras a mejora de las competencias y la inserción laboral de todos los usuarios con un IPI en activo.

Si comparamos aquellos datos con los últimos que publica el Observatorio Argos en 2022, podemos observar algunas diferencias notables siendo la primera y más llamativa la reducción del número de IPIs celebrados (121.424)<sup>99</sup>, que desciende a más de la mitad con respecto a los datos del año 2010. En cambio, se aprecia una diferencia porcentual más acentuada por géneros, siendo las mujeres quienes representan un volumen superior con respecto a los varones (61,78% frente a 38,22%). En esta ocasión, el grupo de edad más favorecido por este programa de inserción laboral es el comprendido entre los 45 y los 65 años (58.431 personas), seguidos por los situados entre los 30 a los 45 años (32.953 personas), por detrás

<sup>97</sup> A efectos de cómputo del número de beneficiarios/as atendidos/as en el marco del programa de itinerarios personalizados de inserción, se considerarán como tales aquellas personas que hayan recibido una atención directa de orientación individual o grupal de una duración de al menos 4 horas. Memoria técnica de la actividad “estadística de las políticas activas de empleo: programas de orientación e inserción”. Servicio Andaluz de Empleo, Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo. Accesible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/sae/servicios/estadistica-cartografia/actividad/detalle/175376.html>.

<sup>98</sup> En realidad, contamos con datos desde 2006, pero solo en relación con el número de beneficiarios de los IPIs en Andalucía. Las cifras son las siguientes: en 2006, 159.450 personas; en 2007, 194.329 personas; en 2008 230.568 personas; en 2009, 312.811 personas. Se aprecia un ritmo ascendente de beneficiarios.

<sup>99</sup> Entre 2010 y 2020 las cifras han sido oscilantes en cuanto al número de beneficiarios de un IPI: en 2011, 355.895 personas; en 2012, 308.090 personas; en 2013, 155.538 personas; en 2014, 162.765 personas; en 2015, 150.138 personas; en 2016, 97.725 personas; en 2017, 159.331 personas; en 2018, 175.518 personas; en 2019, 163.519 personas; en 2020 109.552 personas; en 2021, 128.763 personas.

quienes tienen entre 16 y 25 años (18.078 personas), tras los cuales quienes están entre los 25 y los 30 años (11.137 personas) y en último lugar, quienes superan los 65 años (825 personas). Atendiendo al nivel académico, la situación no ha variado en términos comparativos a lo que sucedía en 2010. Predominan quienes ostentan estudios secundarios (79.522 personas) y prácticamente empatados se encuentran los que tienen estudios primarios y post secundarios (19.351 y 19.108 personas respectivamente). Quienes no tienen estudios son el grupo de personas menos numeroso (3.443 personas), aunque lo deseable sería precisamente que este cohorte de población accediera a unos servicios que no solo le podrían suponer una fuente de empleo, sino también de formación. Por último, las acciones emprendidas por el Servicio Andaluz de Empleo en el marco de los IPI en el pasado año descendieron igualmente con respecto a lo ocurrido en 2010, en consonancia, eso sí, con el número de ciudadanos atendidos, alcanzando la cifra de 568.365.

En coherencia con el limitado ámbito subjetivo de usuarios protegidos, sustancialmente inferior era el número de ciudadanos adscritos en 2010 al Programa de Acompañamiento a la Inserción (8.070 personas)<sup>100</sup>. El volumen de género refleja un dato similar al que muestra los resultados del programa IPIs, sin gran diferencia entre ellos (48,61% de hombres frente a 51,39% de mujeres). En cambio, no se aprecia tanta desproporción del número de beneficiarios según la edad, estando bastante equiparadas las franjas de 16 a 25 y de 25 a 30 años (972 y 1.053 personas respectivamente) y las de 30 a 45 y de 45 a 65 años (3.767 y 2.276 personas respectivamente), con excepción de los mayores de 65 años (solo 2 personas). De nuevo, destacan por encima de los demás quienes ostentan una formación de estudios secundarios (6.431 personas), mientras que son cifras bastante bajas las referidas a sin estudios (43 personas), estudios primarios (667 personas) y estudios postsecundarios (929 personas). Por último, en el seno del Programa de Acompañamiento a la Inserción en 2010 se implementaron 44.417 acciones.

Al contrario de lo sucedido con el programa de IPIs, se da la circunstancia de que la última estadística muestra un aumento –nada exagerado– del número de beneficiarios de este programa, ascendiendo en 2022 a 10.741, divididos prácticamente a la mitad entre mujeres y hombres (50,16% y 49,84% respectivamente). Por edad, coincidiendo con los datos del programa de IPIs, la franja de 45 a 65 años es la más numerosa (5.544 personas), seguidos por los situados entre 30 y 45 años (3.214 personas). Prácticamente la misma cifra de beneficiarios encontramos en la franja de los 16 a los 25 años y de los 25 a los 30 años (965 y 942 respectivamente) y finalmente los mayores de 65 años con muy pocos representantes (76 personas). Similar panorámica nos encontramos

<sup>100</sup>También contamos con las cifras totales de beneficiarios de los años previos al que se está analizando: 2006, 4.183 personas; 2007, 4.070 personas; 2008, 5.130 personas; 2009, 7.172 personas. Se aprecia, salvo por lo sucedido en 2007, un ritmo ascendente en cuanto al volumen de ciudadanos usuarios de este Programa.

en relación con el nivel educativo de los beneficiarios. Los más numerosos son quienes ostentan un nivel de educación superior (7.828 personas), seguidos de quienes poseen estudios primarios y de postsecundaria en un número parecido (1.497 y 1.231 personas), y finalmente quienes no poseen estudios (185 personas). Con la finalidad de asegurar la inserción de todos ellos se emprendieron un total de 52.530 acciones, aumentando con respecto a 2010 de manera proporcional al número de beneficiarios atendidos<sup>101</sup>.

Las cifras de beneficiarios, tanto del programa de Itinerarios Personalizados de Inserción como de Acompañamiento a la Inserción, contrastan con las correspondientes en los mismos años a los ciudadanos andaluces demandantes de empleo. En enero de 2010 se encontraban en esta situación más de 1.300.000 personas, de las cuales, 868.085 estaban desempleadas, que eran en realidad los potenciales beneficiarios de estas medidas, en virtud de lo previsto por la normativa antes analizada. En todos los años posteriores las cifras no han variado sustancialmente, siendo a enero de 2022, 1.183.932 personas las inscritas como demandantes de empleo en esta región, de entre las cuales 805.565 estaban desempleadas<sup>102</sup>.

Pese a todo, en nuestra opinión, para averiguar el verdadero de éxito ambos programas, se ha de poner el foco en la colocación de las personas demandantes de empleo –tanto en relación con el acceso al mercado laboral como en lo que se refiere a la progresión profesional– más que en el número de usuarios beneficiados o acciones emprendidas. Esto es, carece el sistema de evaluación implantado en la región andaluza del enfoque cualitativo al que también alude la norma a efectos de evidenciar la eficacia de los programas de inserción laboral descritos. A este respecto, los únicos datos que hemos podido obtener, en referencia a las políticas de inserción en esta comunidad autónoma, provienen del Instituto Nacional de Estadística. Se nos muestra cómo en el año 2022, 319.400 asalariados, el 1,9% del total, obtuvo su empleo con la intermediación de una oficina de empleo pública, frente al 2,0% de 2021<sup>103</sup>, un porcentaje muy similar a lo que sucediera en 2010, un 2,4%. Lo que sugiere, en definitiva, no ya una acentuada «pérdida de peso e influencia de los agentes intermediadores clásicos», tanto públicos como privados,

<sup>101</sup>Entre 2010 y 2022 también los datos demuestran oscilaciones, denotando una caída coincidente en fechas con los años siguientes a la crisis económica de 2012, con un repunte en los tres últimos años: en 2011, 7.888 personas; en 2012, 7.159 personas; 2013, 4.810 personas; 2014, 2.841 personas; 2015, 1.927 personas; 2016, 1.390 personas; 2017, 3.363 personas; 2018, 4.003 personas; 2019, 4.675 personas; 2020, 9.303 personas; 2021, 10.269 personas. Todos los datos analizados han sido obtenidos de web del Observatorio Argos: Fuente: [https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Mas\\_servicios/Unidad\\_Estadistica/Unidad\\_Estadistica.html](https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/web/es/ARGOS/Mas_servicios/Unidad_Estadistica/Unidad_Estadistica.html).

<sup>102</sup>Fuente:<https://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdeempleo/web/argos/demandaEmpleo.do>.

<sup>103</sup>Encuesta de Población Activa (EPA). Variables de submuestra Año 2022. Nota de prensa de 24 de marzo de 2023.

sino que se revela su poca incidencia a lo largo de los tiempos, a lo que se suma la importantísima deriva hacia los procedimientos de búsqueda de empleo a través de internet así como la generalización de la publicación de las ofertas de empleo directamente por las empresas necesitadas de mano de obra<sup>104</sup>.

#### **4.2. Propuestas de modificación: ¿adecuación a la normativa estatal?**

Hasta la fecha, no contamos con ninguna propuesta del gobierno andaluz que persiga la adecuación del modelo de orientación personalizada e individualizada implantado en nuestro territorio a través de los programas de inserción laboral –en particular a través de los itinerarios personalizados de inserción– a las novedades previstas por la LE 2023.

Uno de los aspectos nucleares de una futura adecuación de la normativa autonómica a la nacional, a nuestro parecer, radicaría en el ámbito de aplicación subjetivo de estos servicios, constreñido a los desempleados en la comunidad autónoma andaluza, en contra del enfoque amplio que ahora presenta la ley estatal, que los extiende a todo ciudadano demandante de empleo, ocupado o no.

En lo que respecta a los aspectos más particulares del IPI, se considera necesario realizar un enfoque más personalizado de la figura del tutor así como dotarlo de mayor relevancia en el proceso de acompañamiento y ejecución del programa, que incluso pudiera ofrecer orientación sobre mecanismos de protección social a las que pueda tener acceso el usuario en la comunidad autónoma al tiempo que ejecuta el IPI; también en lo que respecta a la incidencia de la digitalización del proceso y la oportunidad de que el usuario tenga un control directo sobre la información que manejan los servicios de empleo, estableciendo plazos en los que este puede acceder tanto a su evaluación inicial como al propio instrumento de inserción. Tampoco se exigen por parte de la normativa autonómica aspectos que requieren de la sensibilización del personal técnico a ámbitos como la atención a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional, la atención a la diversidad o la interseccionalidad en los usuarios que presentan rasgos de pertenencia a distintos colectivos prioritarios, a pesar de que si se exige una periódica actualización formativa del personal técnico encargado de los servicios de orientación, ya provengan de empresas colaboradoras o sean empleados directos del servicio de empleo.

Lo único que se ha puesto sobre la mesa en esta comunidad recientemente es una propuesta de modificación de la citada orden de 2014 por la que se desarrollan los programas de orientación, acompañamiento e itinerarios personalizados de inserción, bajo la influencia de un pronunciamiento judicial que considera contrario a la ley el sistema de organización técnica de tales servicios, en la medida en que

<sup>104</sup>Cruz Villalón. J., “El gobierno del empleo”, AA.VV., *Empleo y protección social: XXXIII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, op.cit. p. 213.

los mismos se prestaban por un lado, por el Servicio Andaluz de Empleo y por otro, por los Centros de Referencia para la Orientación y las unidades de orientación gestionados por fondos propios de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo<sup>105</sup>. Por esa razón, se estableció el cese inmediato de la actividad material desarrollada por tales unidades, hasta tanto sean constituidas conforme a Ley, habiéndose considerado que no existía cobertura legal que permitiera la actuación de dichas estructuras sin la previa creación de las unidades y órganos a través de la relación de puestos de trabajo<sup>106</sup>, lo que provocó la «desfuncionarización» del sistema de orientación laboral, manifestando la desproporción existente entre los laborales y los funcionarios que aparecen en la relación de puestos de trabajo en el servicio de orientación y gestión.

Con ello, se pretende abordar una modificación en la configuración y definición de la Red Andalucía Orienta, que quedará conformada, por un lado, por los servicios de orientación prestados directamente por la Agencia, y por otro, por las distintas unidades de orientación que pongan en marcha las entidades colaboradoras por cualquiera de los medios previstos en la Orden, suprimiéndose, por tanto, la figura de los Centros de Referencia para la Orientación, y el concepto de “unidad propia” de orientación<sup>107</sup>. En virtud de esta nueva configuración orgánica del servicio, todos los miembros técnicos de la Red Andalucía Orienta, tanto del Servicio de Empleo como de las entidades colaboradoras estarán obligados, si prospera esta propuesta de reforma, a participar en acciones derivadas de los planes de mejora establecidos en el marco del Sistema de Evaluación del Desempeño para promover la mejora continua y la calidad de los servicios de orientación, siendo antes una exigencia limitada a las unidades de orientación gestionadas por los Centros de Referencia para la Orientación.

Sin embargo, en lo que afecta a la regulación de los IPIs y del resto de programas dirigidos a la orientación para la integración laboral, la propuesta de modificación de la Orden que desarrolla los programas antes mencionados resulta excesivamente parca y claramente conectada con la redefinición de los órganos gestores de los mismos. En particular, en referencia al programa IPIs, se aclara que el diagnóstico o evaluación previa del usuario deberá ser llevado a cabo por un profesional de la orientación de la Red Andalucía Orienta, eliminando la referencia a las unidades adscritas como responsables del mismo. Una persona técnica sigue siendo la responsable del instrumento, debiéndolo dar de alta en el

<sup>105</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo,) 1952/2021 de 23 diciembre (JUR\2022\25990).

<sup>106</sup> En aplicación de los arts. 13, 14,15 y 22 de la Ley 9/2007 de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

<sup>107</sup> Propuesta de acuerdo de inicio de expediente para la tramitación del proyecto de orden de modificación de la orden de 26 de septiembre de 2014, por la que se desarrollan los programas de orientación profesional, itinerarios de inserción y acompañamiento a la inserción regulados por el decreto 85/2003, de 1 de abril, con fecha de 21 de diciembre de 2022.

sistema de información. Si el usuario causara baja, es responsabilidad de la entidad colaboradora o, *en su caso, la oficina de empleo*, de nombrar a otro responsable<sup>108</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a los efectos del cierre de una unidad de orientación que exige reasignar los itinerarios que la misma gestionaba, la única variación consiste en que el resultado indicado se producirá cualesquiera que sean los fondos que nutren a la entidad colaboradora, propios o privados, mientras que la versión vigente, hasta ahora, se refiere al cierre de unidades de orientación no gestionadas con medios propios del Servicio Andaluz de Empleo.

El resto de los aspectos de la regulación de los itinerarios personalizados de inserción, como servicio público esencial para la integración laboral, se seguirán aplicando en los términos definidos en las normas autonómica analizadas. Si bien, dado que se concibe como un servicio garantizado a las personas demandantes de los servicios de empleo incluido en la cartera común y entretanto se aborde una adaptación integral a la nueva LE 2023, sus reglas deberán aplicarse de modo acorde a esta última, en virtud del principio de jerarquía normativa.

<sup>108</sup> La cursiva es nuestra y refleja la propuesta de modificación en este aspecto.

# NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REPRESENTACIÓN UNITARIA EN GRUPOS DE EMPRESAS Y ENTORNOS DESCENTRALIZADOS\*

JOSÉ ENRIQUE RUIZ SAURA

*Contratado Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Murcia

ORCID: 0000-0002-9284-1004

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Negociación colectiva, representación unitaria, grupos de empresa, descentralización productiva, subcontratación

La externalización de las actividades que componen el ciclo productivo de una empresa es un fenómeno extraordinariamente común en el contexto socioeconómico actual, el cual se evidencia en la proliferación de empresas contratistas y subcontratistas. El caso de los grupos de empresas es diferente y, en la mayoría de casos, no está relacionado con la descentralización productiva. No obstante, también pueden aparecer grupos empresariales que asignen a sus empresas filiales determinadas tareas concretas, tratando así de obtener también la especialización productiva de esas entidades. El presente estudio analiza los déficits presentes en la actual normativa sobre la creación y funcionamiento de órganos de representación legal de personas trabajadoras en ámbitos de trabajo fragmentados, así como las dificultades para que la negociación colectiva juegue un papel eficaz en dicho contexto. Finalmente, se abordará qué posibilidades ofrece la legislación comunitaria y nacional para que las plantillas de aquellas empresas integradas en un único grupo puedan dotarse de su propia representación unitaria y llevar a cabo una negociación colectiva de forma unificada.

## ABSTRACT

**Key words:** *Collective bargaining, unitary representation, business groups, productive decentralization, subcontracting*

*The outsourcing of the activities that make up the production cycle of a company is an extraordinarily common phenomenon in the current socioeconomic context, which is evident in the proliferation of contractor and subcontractor companies. The case of business groups is different and, in most cases, is not related to productive decentralization. However, business groups may also appear that assign certain specific tasks to their subsidiary companies, thus also trying to obtain the productive specialization of these entities. This study analyzes the deficiencies present in the current regulations on the creation and operation of bodies of legal representation of workers in fragmented work environments, as well as the difficulties for collective bargaining to play an effective role in this context. Finally, it will address what possibilities Community and national legislation offers so that the staff of those companies integrated into a single group can provide themselves with their own unitary representation and carry out collective bargaining in a unified manner.*

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “la actividad sindical y derechos colectivos en las relaciones laborales del siglo XXI”, realizado en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia con la financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

## ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN
2. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS: EL COMITÉ DE GRUPO, EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO Y EL COMITÉ INTERCENTROS
  - 2.1. Análisis de los distintos órganos de representación legal de personas trabajadoras para grupos de empresa
    - 2.1.1. El comité de empresa europeo
    - 2.1.2. El comité de grupo
    - 2.1.3. El comité intercentros
  - 2.2. Los convenios colectivos de grupos de empresas
3. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ENTORNOS ALTAMENTE DESCENTRALIZADOS
  - 3.1. El problema de la infrarrepresentación
  - 3.2. Soluciones adoptadas en el derecho comparado
    - 3.2.1. Francia
    - 3.2.2. Alemania
    - 3.2.3. Italia
  - 3.3. Cambios legislativos y jurisprudenciales en España para hacer frente al problema
    - 3.3.1. Nuevas medidas legales para favorecer la representación unitaria en el ámbito de la subcontratación
    - 3.3.2. Interpretaciones legales para adecuar la regulación a supuestos de descentralización
  - 3.4. La negociación colectiva en contratas y subcontratas
    - 3.4.1. El convenio colectivo de la empresa-red
    - 3.4.2. El convenio aplicable en el resto de casos
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

### 1. PLANTEAMIENTO INICIAL DE LA CUESTIÓN

En las últimas décadas, se ha producido un incremento de la descentralización productiva llevada a cabo a través de empresas contratistas y subcontratistas. Hay doctrina que atribuye este hecho a las ventajas comparativas que ofrece esta forma de externalización frente al recurso a las empresas de trabajo temporal. No en vano, estas últimas están legalmente obligadas a garantizar a las personas trabajadoras que son cedidas unas condiciones generales de trabajo similares a las de la plantilla de la empresa usuaria de sus servicios<sup>1</sup>.

Generalmente, es habitual que esta proliferación de contratas y subcontratas origine escisiones entre el centro de trabajo de adscripción del trabajador y el lugar efectivo de prestación de servicios, el cual suele corresponder a otra empresa en el marco de la contrata mercantil o concesión administrativa. En el actual escenario laboral posfordista, el centro de trabajo industrial clásico se vacía de personas

<sup>1</sup> Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, Núm. 107, Vol. 2, 2016, págs. 39.

trabajadoras propias de la empresa receptora de servicios y se llena de integrantes de las plantillas de empresas contratistas y subcontratistas.

Esta tendencia a la fragmentación que se observa en nuestro tejido productivo diluye o, al menos, obstaculiza en gran medida la existencia de una representación unitaria de la parte social en las mesas de negociación. Consecuentemente, esto trae consigo una clara dificultad para articular una negociación colectiva transversal al conjunto de personas trabajadoras implicadas en este tipo de procesos<sup>2</sup>.

Por otra parte, si bien el funcionamiento de los grupos de empresa no va ineludiblemente circunscrito a la descentralización, en ciertos casos cabe la posibilidad de encontrar determinados grupos empresariales que tejen relaciones entre sus distintas empresas filiales y que establecen una suerte de simbiosis basada en la especialización en alguna parte de la actividad productiva de una “empresa matriz” por parte de una o varias empresas subalternas. De esta manera, exteriorizan una parte de su proceso de producción en aras a perfeccionar una especie de división interna del trabajo que ahonde en una mayor rentabilidad global.

En este estudio se hace un análisis de las deficiencias que presenta la legislación vigente sobre constitución de órganos de representación legal de personas trabajadoras en entornos de trabajo descentralizados y, por ende, para articular una negociación colectiva eficaz en dicho contexto. Así mismo, se reflexionará sobre las propuestas doctrinales más relevantes para hacer frente a esta problemática y se tomará como referencia las soluciones legales existentes en el derecho comparado.

## **2. LA REPRESENTACIÓN UNITARIA EN LOS GRUPOS DE EMPRESAS: EL COMITÉ DE GRUPO, EL COMITÉ DE EMPRESA EUROPEO Y EL COMITÉ INTERCENTROS**

### **2.1. Análisis de los distintos órganos de representación legal de personas trabajadoras para grupos de empresa**

A continuación, se analizarán los órganos específicamente previstos en nuestro ordenamiento para el ejercicio de funciones representativas en un ámbito supraempresarial compuesto por distintas mercantiles vinculadas tanto a nivel societario como productivo. Concretamente, se abordará el funcionamiento de un órgano de alcance comunitario y de dos de alcance nacional.

La problemática derivada de las dificultades de articular mecanismos de representación legal de personas trabajadoras en entornos altamente descentralizados podrá verse con detenimiento en un apartado posterior.

<sup>2</sup> Se ha llegado a afirmar “la desaparición de toda posibilidad real de llevar a cabo una verdadera negociación colectiva en dicho ámbito”. *Vid.* Martínez Moreno, C., “Digitalización, nuevas formas de empleo y libertad sindical”, *Temas laborales*, núm. 155, 2020, págs. 88-89.

### 2.1.1. El comité de empresa europeo

Este órgano está regulado en la Ley 10/1997<sup>3</sup>, que se trata de una norma que a su vez vino a materializar en nuestro país la transposición de la Directiva sobre los Comités de Empresa Europeos<sup>4</sup>.

Contempla la creación de un comité de empresa europeo (o el establecimiento de un procedimiento alternativo de información y consulta) en aquellas mercantiles o grupos de empresas de dimensión comunitaria que cuenten con una plantilla que alcance el millar de personas trabajadoras, siempre que empleen en más de un Estado miembro de la UE a un mínimo de 150 en cada uno de ellos<sup>5</sup>. Su constitución no es preceptiva, sino que requiere la solicitud previa de al menos un centenar de personas trabajadoras pertenecientes a más de un centro de trabajo o, en su caso, de la representación de estos<sup>6</sup>.

Además, la negociación colectiva también recoge acuerdos específicos sobre la constitución del comité de empresa europeo. En este sentido, algunos de los primeros en implantarse fueron el Acuerdo para la constitución del Comité de Empresa Europeo de la empresa GE Power Controls Ibérica<sup>7</sup> y el Acuerdo para la constitución del Comité de Empresa Europeo del Grupo Repsol-YPF<sup>8</sup>.

Posteriormente, han seguido apareciendo acuerdos de este tipo, aunque de forma un tanto escasa. No obstante, entre los más recientes, cabe destacar el Acuerdo para la constitución del Comité de Empresa Europeo IAG International Group<sup>9</sup> y el Acuerdo por el que se constituye un Comité de Empresa Europeo en el Grupo Inditex<sup>10</sup>, que regulan con detalle la composición y funcionamiento de dicho órgano.

Pese a todo, hay un sector doctrinal que considera que la aprobación de la Ley 10/1997 fue una oportunidad perdida para que, de forma simultánea a la transposición de la Directiva sobre los Comités de Empresa Europeos, se posibilitara la creación de estructuras similares en el ámbito de agrupaciones empresariales españolas que no tuvieran dimensión comunitaria en los términos

<sup>3</sup> Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1997).

<sup>4</sup> Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE núm. 122, de 16 de mayo de 2009).

<sup>5</sup> *Vid.* Art. 3.

<sup>6</sup> *Vid.* Art. 7.

<sup>7</sup> BOE núm. 304, de 21 de diciembre de 1999.

<sup>8</sup> BOE núm. 286, de 29 de noviembre de 2001.

<sup>9</sup> BOE núm. 143, de 16 de junio de 2017.

<sup>10</sup> BOE núm. 283, de 23 de noviembre de 2018.

referidos en la norma<sup>11</sup>. Por ello, la inacción llevada a cabo en este sentido se ha considerado perjudicial, al considerarse que ha generado unas condiciones claramente desiguales para ejercer el derecho a la participación de las personas trabajadoras. No en vano, a efectos prácticos, no resulta posible la creación de las mismas estructuras representativas en todos los casos aunque se trate de plantillas con un tamaño y un nivel de dispersión comparable.

### 2.1.2. *El comité de grupo*

Nuestro ordenamiento jurídico no prevé de manera expresa y formal un mecanismo de representación unitaria a nivel de grupo de empresas de ámbito nacional. Aun así, pese a que esta figura no haya contado con un respaldo legal expreso en el ET, el TS admitió su validez a principios de la década de 1990<sup>12</sup>.

Inicialmente, fueron considerados órganos de segundo o tercer grado sin incidencia sobre el cómputo de la representatividad sindical. Con posterioridad, el RDL 7/2011<sup>13</sup> incorporó la posibilidad de negociar convenios de grupo, lo cual supuso un nuevo espaldarazo para este tipo de órganos representativos.

De hecho, estos órganos de representación tienen su origen en la negociación colectiva. Por ello, para concretar la composición y funciones del comité de grupo es preciso remitirse al convenio colectivo que disponga su creación. *V.gr.*, el Convenio colectivo de las empresas Ediciones Primera Plana, S.A., Logística de Medios de Catalunya, S.L., Zeta Servicios y Equipos, S.A. (centros de trabajo de Barcelona), Zeta Gestión de Medios, S.A. y Grupo Zeta, S.A. (centros de trabajo de Barcelona)<sup>14</sup>, el cual establece que el órgano se compone de un máximo de trece miembros elegidos de forma proporcional por y entre quienes componen los comités de empresa o delegados de personal de cada una de las empresas que integran el grupo (art. 47). Así mismo, determina que sus funciones consisten en:

“(...) negociar en cada momento el Convenio Colectivo del Grupo de Empresas y el plan de formación subvencionada, (...) recibir la información que pueda generarse y que afecte a las empresas firmantes, consultar y ser consultado sobre los aspectos que puedan repercutir y/o alterar la buena marcha del Grupo de Empresas en general, o de cualquier centro de trabajo (...)”.

<sup>11</sup> Sáez Lara, C., “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág. 325.

<sup>12</sup> Sentencias de 30 de mayo de 1991 (Rec. 1356/1990; ECLI:ES:TS:1991:2832), de 15 de febrero de 1993 (Rec. 1972/1991; ECLI:ES:TS:1993:641) y de 27 de abril de 1995 (Rec. 2878/1993; ECLI:ES:TS:1994:3032).

<sup>13</sup> Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011).

<sup>14</sup> BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2015.

Otro ejemplo en la línea del señalado en el párrafo anterior es lo dispuesto en el vigente VI Convenio colectivo de las empresas Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA<sup>15</sup>, que regula el funcionamiento de un órgano de similares características el cual en este caso es denominado “comité interempresas” y está compuesto por diecinueve miembros designados proporcionalmente por la representación unitaria de cada una de las mercantiles que componen el grupo (art. 45).

Los comités de grupo adquieren transcendencia en aquellos casos en que el poder de dirección es ejercido a nivel de grupo de empresas, ya que esto hace que resulten ineficaces aquellos órganos de representación legal de las personas trabajadoras que tienen ceñido su ámbito de actuación al estrictamente empresarial.

### 2.1.3. El comité intercentros

Está previsto legalmente para empresas que cuenten con varios centros de trabajo los cuales a su vez tengan distintos órganos de representación unitaria, pero al igual que en el caso anterior, su creación es facultativa (art. 63.3 ET). Para ello, ineludiblemente deberá disponerse en la negociación colectiva.

El comité intercentros solo podrá actuar allí donde las funciones representativas a nivel de centro de trabajo se vean rebasadas. Por tanto, su atribución competencial lleva implícito el principio de subsidiariedad, pero en cualquier caso, su régimen competencial debe definirse en el correspondiente convenio colectivo que lo regule<sup>16</sup>.

En este sentido, es llamativo que coexistan convenios muy someros en la enumeración de competencias con otros mucho más explícitos. El Convenio colectivo de Uniprex, SAU<sup>17</sup> es ejemplificativo del primer caso, pues se limita a señalar que el comité intercentros tendrá “todas las competencias que el Estatuto de los Trabajadores y demás preceptos legales atribuyen a los Comités, referidos a la Empresa, incluyendo la negociación de planes de igualdad” (art. 54). En el lado opuesto se encuentran, *v.gr.*, el Convenio colectivo de Finanzauto, SA<sup>18</sup>, el III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, SME, SA<sup>19</sup> o el Convenio colectivo de Fernando Buil, SA<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> BOE núm. 108, de 6 de mayo de 2022.

<sup>16</sup> Cruz Villalón, J., “La representación de los trabajadores en los grupos de empresas”, en Valdés Dal-Ré, F. y Molero Marañón, M.L. (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2010, pág. 59.

<sup>17</sup> BOE núm. 259, de 30 de octubre de 2023.

<sup>18</sup> BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2022.

<sup>19</sup> BOE núm. 184, de 3 de agosto de 2023.

<sup>20</sup> BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 2023.

El ET establece que ha de estar formado por un máximo de trece miembros, pudiéndose por medio de la negociación colectiva acordar un número inferior, pero nunca superar este límite (art. 63.3, nuevamente). Además, la elección de sus miembros se lleva a cabo por y entre quienes componen los órganos de representación unitaria de los distintos centros de trabajo. Para ello, se ha de seguir un criterio de proporcionalidad que no se basa en los votos que haya obtenido cada candidatura presentada a las anteriores elecciones al comité de empresa o delegado de personal en los diversos centros de trabajo de la empresa, sino en el número concreto de representantes conseguido por cada candidatura, esto es, será elección de segundo grado<sup>21</sup>. No obstante, el convenio colectivo puede establecer otro sistema distinto para el cálculo de la proporcionalidad.

Para el caso de que un miembro del comité intercentros deje de estar afiliado a la organización sindical que lo designó, el TS y, posteriormente, la AN han precisado que es lícita su revocación como integrante de dicho órgano, sin perjuicio de mantener su condición de delegado de personal o miembro del comité de empresa al margen de la disciplina del sindicato en cuyas listas concurrió al proceso electoral<sup>22</sup>. Todo ello bajo la premisa de que “dicha medida estaba amparada en el Reglamento y concuerda lógicamente con el mandato de asegurar la proporcionalidad sindical, contenida en el art. 63.3 ET”.

Para un sector doctrinal, la vigencia de las figuras del comité intercentros para el conjunto de la empresa y del comité de empresa europeo para mercantiles de dimensión comunitaria, ponen de manifiesto que una regulación legal y expresa de los comités de grupo de empresas “engazaría de manera natural en nuestro sistema representativo”<sup>24</sup>.

## 2.2. Los convenios colectivos de grupos de empresas

Si bien no es una realidad significativa desde el punto de vista cuantitativo, en España, pueden encontrarse ciertos convenios aplicables en su integridad a un conjunto de empresas agrupadas en ciertos casos en torno a un ciclo productivo común. Sobre todo, esto se da en el caso de grupos empresariales voluminosos que albergan un elevado número de personas trabajadoras y, particularmente, se concentran en sectores de gran relevancia para el conjunto de la economía, como

<sup>21</sup> Collado García, L., Romero Ródenas, M.J., Tarancón Pérez, E. y Trillo Párraga, F., *La representación de los trabajadores y trabajadoras en la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014, págs. 58-59.

<sup>22</sup> STS de 7 de julio de 1999 (Rec. 3828/1998; ECLI:ES:TS:1999:4870).

<sup>23</sup> SAN de 17 de diciembre de 2010 (Procedimiento 121/2010; ECLI:ES:AN:2010:5772).

<sup>24</sup> Cruz Villalón, J., “La representación de los trabajadores en los grupos de empresas”, en Valdés Dal-Ré, F. y Molero Marañón, M.L. (Dirs.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, cit., pág. 64.

es el sector energético o las grandes compañías aseguradoras<sup>25</sup> <sup>26</sup>. Generalmente, consisten en convenios colectivos de grupos de “sociedades mercantiles”, esto es, estructuras empresariales consolidadas, llegando a tratarse en algunos convenios de “grupo intersocietario”<sup>27</sup>. Aunque, excepcionalmente, también han surgido convenios colectivos de agrupaciones de empresas independientes, (fundamentalmente, de uniones temporales de empresas), dándose la particularidad de que este espacio de negociación puede ser configurado con una vocación de permanencia limitada, ya que alberga a uniones empresariales relativamente efímeras<sup>28</sup>. En todos los casos, se trata de convenios colectivos estatutarios que adquieren en todos los casos eficacia jurídica normativa y eficacia personal *erga omnes*<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> En el caso del sector energético, *v. gr.*, el VIII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE de 2/03/2021), que integra a las empresas Iberdrola, SA, Iberdrola España, S.A.U., Iberdrola Generación, S.A.U., Iberdrola Generación España, S.A.U., Iberdrola Generación Nuclear, S.A.U., Iberdrola Generación Térmica, S.A.U., Iberdrola Clientes, S.A.U., Iberdrola Operación y Mantenimiento, S.A.U., i+DE, Redes Eléctricas Inteligentes, S.A.U., Iberdrola Infraestructuras y Servicios de Redes, S.A.U., Iberdrola Renovables Energía, S.A.U., Iberdrola Ingeniería y Construcción, S.A.U., Iberdrola Energía Internacional, S.A.U., Iberdrola Clientes Internacional, S.A.U. e Iberdrola Renovables Internacional, S.A.U.

Así como, el V Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE de 17/06/2020), cuyo ámbito de aplicación se extiende, a Enel Iberia, S.R.L., a Endesa, S.A., a Endesa Generación, S.A., a Unión Eléctrica de Canarias Generación, S.A.U., a Gas y Electricidad Generación, S.A.U., a Endesa Generación Nuclear, S.A., a Endesa Red, S.A., a E Distribución Redes Digitales, S.L., a Endesa Operaciones y Servicios Comerciales, S.L., a Endesa Energía, S.A.U., a Endesa Medios y Sistemas, S.L., a Carboex, S.A., a Endesa X Servicios, S.L., y a Enel Green Power España, S.L.

<sup>26</sup> En el caso de las grandes compañías aseguradoras, *v. gr.*, el VII Convenio colectivo del grupo de empresas Generali España (BOE de 18/11/2022), que integra a Generali España, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros; Grupo Generali España A.I.E.; Generali España Holding de Entidades de Seguros, Sociedad Anónima Unipersonal; HERMES, Sociedad Limitada de Servicios Inmobiliarios y Generales; Vitalicio Torre Cerdá, Sociedad Limitada; Cajamar Vida, Sociedad Anónima, de Seguros y Reaseguros; y Cajamar Seguros Generales, Sociedad Anónima, de Seguros y Reaseguros.

Así como, el Convenio colectivo de Mapfre Grupo Asegurador (BOE de 12/09/2022), compuesto por las empresas Mapfre Vida, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros sobre la Vida Humana; Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.; Mapfre Asistencia, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros; Club Mapfre, SA.; Mapfre Consultores de Seguros y Reaseguros, SA.; Mapfre RE, Compañía de Reaseguros, SA.; Mapfre, SA.; Mapfre Internacional, SA.; Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, SA.; Bankinter Seguros de Vida, SA de Seguros y Reaseguros; Bankinter Seguros Generales, SA de Seguros y Reaseguros; CCM Vida y Pensiones de Seguros y Reaseguros, SA.; Mapfre Tech, SA.; Consulting de Soluciones y Tecnologías SIAM, SA.; Mapfre Vídeo y Comunicación, SA.; y Santander Mapfre Seguros y Reaseguros SA.

<sup>27</sup> *V. gr.*, VII Convenio colectivo intersocietario de las empresas Roca Corporación Empresarial, S.A. y Roca Sanitario, S.A. (BOE de 6/09/2021).

<sup>28</sup> *V. gr.*, Convenio Colectivo, Ineuropa Handling-Alicante, U.T.E., Ineuropa Handling-Ibiza, U.T.E., Ineuropa Handling-Madrid, U.T.E., Ineuropa Handling-Mallorca, U.T.E., Ineuropa Handling-Menorca, U.T.E. e Ineuropa Handling, U.T.E. (Tenerife) (BOE de 22/07/2005).

<sup>29</sup> Cruz Villalón, J., “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, *XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, París, Francia, 5-8 de septiembre de 2006, págs. 49-50.

En ciertas ocasiones, el propio texto del convenio refleja los motivos que han llevado a las partes a optar por aglutinar la negociación colectiva en este ámbito supraempresarial. Entre ellos, la CCNCC destaca los siguientes<sup>30</sup>:

- la complementariedad de las actividades que desarrollan cada una de las diversas empresas integrantes del grupo
- la homogeneización de las condiciones de trabajo de las distintas plantillas comprendidas dentro del ámbito funcional del acuerdo
- dotar de mayor competitividad a las empresas presentes en el convenio.

Hasta la reforma legal introducida por el RDL 7/2011<sup>31</sup>, este tipo de convenios había contado, como dificultad principal para su desarrollo, con un marco normativo desfavorable. Sobre todo, en lo referido las reglas sobre legitimación negociadora de las partes, que sólo contemplaban formalmente a los convenios de empresa<sup>32</sup>. No obstante, como recordó el Alto Tribunal, el ET ahora prevé que, cuando se trata de grupos de empresas, quedan legitimados para negociar en nombre de las personas trabajadoras los sujetos siguientes (art. 87 en sus apartados 1 y 2)<sup>33 34</sup>:

- sindicatos más representativos a nivel estatal o sus adheridos
- sindicatos más representativos a nivel autonómico (para ámbitos no superiores al de su implantación)
- sindicatos con un mínimo del 10% de representación en los comités de empresa y entre los delegados de personal correspondientes al ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

Además, tras el referido cambio legal, el deber de buena fe en la negociación también se extiende a los convenios de esta naturaleza, lo cual supone eliminar una grieta que permitía a la patronal vetar cualquier iniciativa de la contraparte para agrupar la negociación colectiva en torno al grupo de empresas.

Cabría plantearse la duda de cómo sería la coexistencia de este tipo de convenios con otros de ámbito empresarial correspondientes a alguna de las entidades integrantes del grupo. Pues bien, en base al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa (parcialmente vigente tras la entrada en vigor

<sup>30</sup> AA.VV., Martínez Girón, J. (Coord.), *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2005, pág. 6.

<sup>31</sup> Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 10 de junio de 2011).

<sup>32</sup> Cruz Villalón, J., “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, *XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, París, Francia, 5-8 de septiembre de 2006, págs. 49-50.

<sup>33</sup> STS núm. 631/2021, de 16 de junio (Rec. 21/2020; ECLI:ES:TS:2021:2996).

<sup>34</sup> Aclárese que esta representatividad debe ostentarse en el momento inicial de la negociación de convenio colectivo del grupo de empresas, esto es, cuando se constituye la comisión negociadora.

del RDL 32/2021), la empresa afectada por esta duplicidad de convenios debería aplicar el régimen salarial del convenio colectivo del conjunto del grupo (salvo que este fuera más desventajoso en cómputo anual) y mantener en vigor el resto de las condiciones estipuladas en el convenio de ámbito estrictamente empresarial.

Otra cuestión que se ha suscitado con anterioridad es si es factible la negociación de un convenio aplicable a un grupo de empresas en su conjunto cuando no existe representación unitaria en todas las mercantiles integrantes del grupo. Esta ausencia de representantes puede ocurrir cuando alguna de las empresas del grupo cuente con una plantilla más atomizada y dispersa. Pues bien, el TS también ha señalado que, en casos como este, su aplicación no sería posible por suponer una vulneración del principio de correspondencia<sup>35</sup>. Este principio establece que la negociación en la que solo haya participado la representación legal de las personas trabajadoras de una empresa en particular no puede dar como resultado un acuerdo cuyo ámbito personal de aplicación pretenda extenderse también a la plantilla de otras empresas del grupo sin representantes en el proceso negociador, incluso aunque esto se deba a que las mismas adolezcan de representación legal de las personas trabajadoras.

Llegados a este punto, es preciso poner en relación esta particular problemática de legitimación negocial con lo indicado en los apartados precedentes sobre las posibilidades que ofrecen los órganos de representación de ámbito superior a la empresa. Concretamente, se señala ejemplos de comités de grupos de empresa facultados por la propia negociación colectiva para negociar convenios e, incluso, de comités intercentros igualmente habilitados para acordar planes de igualdad aplicables a un conjunto de centros de trabajo<sup>36</sup>. Dado que su razón de ser es representar de manera general a las plantillas de todos los centros de trabajo o de todas las empresas del grupo, cabe concluir que cuando este tipo de órganos representativos intervienen en la negociación de acuerdos supraempresariales aplicables a todas las mercantiles en su conjunto, el riesgo de conculcar el principio de correspondencia se desvanece.

### **3. LA REPRESENTACIÓN DE PERSONAS TRABAJADORAS EN ENTORNOS ALTAMENTE DESCENTRALIZADOS**

#### **3.1. El problema de la infrarrepresentación**

La descentralización productiva ha incidido en la infrarrepresentación de personas trabajadoras en una gran cantidad de sectores, ya sea por dificultar la constitución de órganos de representación unitaria en las empresas o por

<sup>35</sup> STS núm. 239/2017, de 22 de marzo (Rec. 126/2016; ECLI:ES:TS:2017:1279).

<sup>36</sup> Remisión a los casos de Grupo Zeta y de Uniprex.

obstaculizar la defensa de intereses colectivos en aquellos casos en que sí exista representación<sup>37</sup>.

No obstante, se trata de una realidad que no puede considerarse sorprendente o inesperada si se atiende a lo ya dispuso en su momento el ET 1980. Concretamente, esta norma ya recogía en su Disposición Final segunda un requerimiento al Gobierno para que elaborase los preceptos normativos que, mediante la correcta aplicación del Título II ET, se garantice la presencia de representantes unitarios en determinados sectores de actividad caracterizados por albergar una proporción significativa de personas trabajadoras sujetas a movilidad permanente, a dispersión o a desplazamientos de localidad recurrentes<sup>38 39</sup>.

En el caso particular de la descentralización llevada a cabo mediante el recurso a empresas de trabajo temporal, se da la paradoja de que las personas trabajadoras que son cedidas a empresas usuarias fijan un mayor interés en las condiciones laborales que estas les puedan ofrecer que en lo referido a la ETT, con la cual suelen mantener una comunicación poco fluida. Consecuentemente, estas personas trabajadoras cedidas suelen presentar una participación baja en las elecciones sindicales desarrolladas en el seno de su empleadora, es decir, la ETT, que es en el único ámbito donde tienen derecho al sufragio activo y pasivo<sup>40</sup>.

Todo ello, al igual que ocurre en términos generales en contextos de externalización productiva, se traduce en una infrarrepresentación del personal. Básicamente, a raíz de que los órganos de representación electos surjan de procesos electorales que prácticamente cuentan con la única participación del personal con vínculos más estables dentro de la mercantil. Esta situación es denominada por alguna doctrina como “déficit de representación”, término con el que se pone el foco en la dispersión de gran parte de las plantillas que componen las empresas contratistas o subcontratistas y de las ETTs, de tal forma que constituyen una

<sup>37</sup> Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, Núm. 107, Vol. 2, 2016, pág. 31.

<sup>38</sup> “El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del título II de la presente Ley en aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en lo que, por la naturaleza de sus actividades se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del título II citado. En todo caso, dichas normas respetarán el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa”.

<sup>39</sup> Este mandato al poder ejecutivo sigue vigente en el actual ET, concretamente, en su Disposición Final segunda. No obstante, sigue pendiente de cumplimiento.

<sup>40</sup> Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, cit., pág. 34.

amalgama heterogénea de empresas destinatarias que cuentan con problemáticas laborales raramente coincidentes<sup>41</sup>.

En este tipo de contextos, se relativiza en exceso uno de los principios que sustenta la representación legal de personas trabajadoras, esto es, el principio de inmediatez. La razón de ser de este principio es posibilitar una relación de proximidad dentro de la empresa entre la representación unitaria y la plantilla a la que deben representar, lo cual se ve claramente mermado en los procesos de descentralización. No en vano, se suele tratar de órganos de representación localizados en la sede o espacio de referencia de la empleadora y, por ende, muy lejos de los lugares de trabajo del personal destinado a las subcontratas o empresas usuarias. Esto provoca en muchos casos que, debido a una ausencia de comunicación entre personas representadas y representantes, las inquietudes laborales de este tipo de trabajadores no trasciendan.

### 3.2. Soluciones adoptadas en el derecho comparado

Para hacer frente a la problemática señalada en el apartado anterior sobre articulación de órganos de representación unitaria en entornos productivos sensiblemente descentralizados, ha surgido desde el derecho comparado distintas iniciativas consistentes en estructurar representaciones específicas cuyo alcance llegue simultáneamente a las distintas plantillas de una pluralidad de empresas. A continuación, se analizan algunas de ellas.

#### 3.2.1. Francia

En el ordenamiento francés, tras las variaciones introducidas por una de las ordenanzas aprobadas por el legislador galo en septiembre de 2017<sup>42</sup>, el *Code du Travail*<sup>43</sup> (en adelante, CT) fija en once personas trabajadoras el umbral mínimo para la constitución de un órgano de representación legal en la empresa denominado Comité Social y Económico (en adelante, CSE), requiriéndose además que dicho volumen de plantilla se alcance durante doce meses consecutivos (art. L2311-2 CT)<sup>44</sup>. Cuando no se cumplen los requisitos numéricos anteriores, desde 2015,

<sup>41</sup> Molero Marañón, M.L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en AA.VV., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pág. 77.

<sup>42</sup> Concretamente, la Ordenanza núm. 2017-1386, de 22 de septiembre de 2017.

*Vid.* <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEX000035607348> (última revisión en fecha de 17 de febrero de 2024).

<sup>43</sup> *Vid.* [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEX000006072050](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEX000006072050) (última revisión en fecha de 17 de febrero de 2024).

<sup>44</sup> La ordenanza estableció que tres figuras representativas (Delegados del Personal, Comité de Empresa y Comité de Higiene, de Seguridad y de las Condiciones de Trabajo) acabaran fusionadas en el CSE.

se prevé la creación de una comisión paritaria a nivel regional, cuya función será “representar a los trabajadores y a los empleadores de las empresas de menos de once trabajadores” (Art. L23-111-1)<sup>45</sup>.

La importancia del CSE radica en que, si bien está previsto que se constituya con un ámbito de actuación circunscrito al conjunto de la empresa, también se contempla la posibilidad de que se ramifique paralelamente por centros de trabajo. Esto ocurrirá en los supuestos de empresas con una plantilla no inferior a cincuenta personas trabajadoras y más de un centro de trabajo (art. L2313-1 CT). De esta manera, cuando se den ambos requisitos simultáneamente, coexistirán los correspondientes CSE de centros y el CSE central de empresa<sup>46</sup>. Así mismo, tras la referida ordenanza de 2017, quedó abierta la posibilidad de que se implante mediante la negociación colectiva un consejo de fábrica, el cual será un órgano que asumirá las funciones del CSE y, adicionalmente, la facultad exclusiva de “negociar, celebrar y revisar los convenios y acuerdos de empresa o establecimiento” (art. L2321-1 CT)<sup>47</sup>.

En aquellos casos en los que solo exista un CSE central de empresa, es decir, cuando se carezca de CSE de centros por contarse con una plantilla inferior a cincuenta empleados, es posible que por medio de la negociación colectiva se establezca la designación de “representantes locales” para los distintos centros de trabajo físicos donde no resida el único CSE existente<sup>48</sup> <sup>49</sup>. Estos representantes podrán ser a su vez miembros del CSE o elegidos por este.

Por otra parte, el derecho francés contempla que las personas trabajadoras de las empresas contratistas puedan participar como electores en las elecciones sindicales desarrolladas en el seno de la empresa principal destinataria de sus servicios. Para ello, el CT exige como requisito la prestación de servicios en las instalaciones de la empresa usuaria durante la duración mínima de doce meses (art. L2314-23 CT)<sup>50</sup>. No obstante, será la persona trabajadora quien deba optar de forma excluyente entre formar parte del censo electoral de la empresa principal o hacerlo de la empresa contratista.

<sup>45</sup> *Vid.* [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article\\_lc/LEGIARTI000031058143](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000031058143) (última revisión en fecha de 17 de febrero de 2024).

<sup>46</sup> Cialti, P.H., “La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral”, *Temas Laborales*, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, págs. 102-104.

<sup>47</sup> Cialti, P.H., “La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral”, *Temas Laborales*, *Temas Laborales*, cit., pág. 106.

<sup>48</sup> Esta situación también puede darse por haberse reagrupado varios centros de trabajo físicos en un solo centro a efectos de representación.

<sup>49</sup> *Vid.* Art. L2313-7 CT.

<sup>50</sup> Sin embargo, no está previsto en ningún caso que las personas trabajadoras de las empresas contratistas puedan tener derecho al sufragio pasivo en las elecciones celebradas en la empresa usuaria.

Igualmente resulta destacable que el CT también establece en otra parte de su articulado la creación de un CSE en el seno de la denominada *unité économique et sociale* (en adelante, UES), que se define como “agrupación en una unidad de varias empresas jurídicamente distintas y con vínculos estrechos: actividades comunes o complementarias, unidad de gestión, comunidad de trabajadores con intereses comunes”<sup>51</sup>. Para identificar la mencionada UES, la *Cour de cassation (chambre sociale)* ha precisado que deben darse acumulativamente los dos siguientes requisitos<sup>52</sup>:

- existir una unidad de dirección manifestada de forma efectiva en la persona física o jurídica que dirige el conjunto de las actividades en ese lugar de trabajo
- darse una pluralidad de personas trabajadoras con intereses y condiciones de prestación de servicios homogéneas, caracterizándose además por su permutabilidad en el puesto que ocupan.

De esta forma, se posibilita aplicar de la regulación sobre representación de personas trabajadoras a un conjunto de empresas de manera unificada, es decir, como si se tratara de una sola. Si la UES abarca a más de un centro de trabajo, se creará un CSE por cada uno de ellos y un CSE central. En cualquier caso, la UES debe ser reconocida mediante acuerdo colectivo o resolución judicial, y estará referida a los lugares de trabajo que albergan a personas trabajadoras procedentes de varias entidades mercantiles cuando se constate una concentración de los poderes de dirección en el seno de dicho espacio.

En la línea de lo anterior, la negociación colectiva también está habilitada para implantar el ámbito de representación denominado “interempresas”, lo cual está previsto para casos en los que “la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un emplazamiento o de una misma zona lo justifiquen”<sup>53 54</sup>. Se trata de una alternativa que puede llevarse a cabo con independencia de que ya existan otros órganos de representación en todas o algunas de las empresas afectadas. Desde la doctrina se apunta que esta es una alternativa interesante que el ordenamiento jurídico galo ofrece, entre otras cosas, para conformar una representación única de personas trabajadoras en un escenario de subcontratación de obras o servicios<sup>55</sup>.

Además, la legislación gala también recoge la figura del *delegué du site* para casos en los que coinciden en un mismo lugar de trabajo varias empresas

<sup>51</sup> Vid. Art. L2313-8 CT.

<sup>52</sup> *Audience publique du mercredi 15 avril 2015 (Nº de pourvoi: 13-24253-)*.

<sup>53</sup> Concretamente, el acuerdo ha de producirse entre la representación de las empresas afectadas y las organizaciones sindicales representativas, ya sea a nivel nacional o de ámbito geográfico inferior.

<sup>54</sup> Vid. Art. L2313-9 CT.

<sup>55</sup> Ysàs Molinero, H., “El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de personas trabajadoras”, *IUSLabor*, núm. 3, 2021, pág. 164.

de menos de once trabajadores que comparten una problemática común de cierta envergadura. Puede surgir de oficio por la Autoridad Laboral o a instancias de las organizaciones sindicales.

Por último, es reseñable que la antedicha ordenanza de 2017 también ha previsto la posibilidad de que, mediante acuerdo entre la empresa y las organizaciones sindicales más representativas, se delimiten específicamente los centros de trabajo a efectos de articular la representación de las personas trabajadoras (art. L2313-2 CT y ss). De esta forma, el centro de trabajo fijado como referencia puede limitarse a abarcar la totalidad de la empresa, puede ser coincidente con los centros de trabajo físico, puede ser la agrupación de varios de ellos, o incluso, puede ser que la escisión de un mismo centro de trabajo físico derive en varios centros de referencia. En caso de que la negociación finalice sin acuerdo, la empresa estaría habilitada para tomar una decisión unilateral sobre esta cuestión, pero la misma sería recurrible por la parte social en vía administrativa primero y judicial después<sup>56</sup>.

### 3.2.2. Alemania

En el país germano, la norma conocida como *BetrVG*<sup>57</sup>, prevé el establecimiento obligatorio de un comité de empresa común y compartido entre distintas mercantiles cuando el personal y los medios de producción sean empleados de forma conjunta por todas ellas (art. 1). Este funcionamiento conjunto se presume “para la consecución de fines laborales” o, en su caso, cuando “la división de una empresa implica que una o varias partes de una empresa involucrada en la división, sin que la organización de la empresa en cuestión cambie significativamente” (art. 1.2)<sup>58 59</sup>.

De igual forma, el *BetrVG* posibilita que por medio de la negociación colectiva se puedan implantar “otras estructuras de representación de los empleados, en la medida en que sirvan para representar de manera eficaz y a adecuada los intereses de los empleados” (art. 3.1.3). Particularmente, se habilita a la negociación colectiva empresarial para acordar la creación de un comité de empresa conjunto que agrupe a la totalidad de la empresa o a una combinación de ellas, “si esto facilita la formación de comités de empresa o sirve para representar adecuadamente

<sup>56</sup> Cialti, P.H., “La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral”, *Temas Laborales*, *Temas Laborales*, cit., págs. 110-111.

<sup>57</sup> Ley de Constitución del Trabajo, de 25 de septiembre de 2001.

<sup>58</sup> Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). *Vid.* <https://www.gesetze-im-internet.de/betrvg/BJNR000130972.html#BJNR000130972BJNG000202308> (última revisión en fecha de 18 de diciembre de 2023).

<sup>59</sup> Ysàs Molinero, H., “El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de personas trabajadoras”, *IUSLabor*, cit., pág. 165.

los intereses de los empleados” (art. 3.1.1). Por tanto, se aplicará una u otra opción dependiendo de cuáles sean las necesidades de la estructura representativa para adaptarse a la realidad productiva.

También se contempla que, por medio de convenio colectivo o acuerdo de empresa, se establezca la creación de “grupos de trabajo” encargados de coordinar las distintas representaciones unitarias correspondientes a una pluralidad de empresas interrelacionadas entre sí<sup>60</sup>.

En sentido inverso, la negociación colectiva también permite que, cuando el grupo empresarial organice su ciclo productivo mediante áreas de negocio diferenciadas con capacidad de tomar decisiones independientes en el ámbito laboral, se puedan crear los “comités de empresas de división” para llevar a cabo una representación legal del personal circunscrita a dicha fase de la actividad productiva<sup>61</sup>.

Así mismo, se establece que, en los casos de empresas con plantillas atomizadas en varios centros de trabajo, pueda constituirse un comité de empresa único a instancia de una mayoría de las propias personas trabajadoras o de un sindicato (art. 3.3 *BetrVG*).

### 3.2.3. Italia

Por su parte, en el ordenamiento jurídico italiano, planteó hace mucho tiempo que las estructuras de representación legal de las personas trabajadoras se estructuran en torno a unidades productivas específicas, en lugar del clásico sistema de base empresarial. En este sentido, con respecto a la realización de funciones de representación unitaria, el *Satuto dei Lavoratori* define la unidad productiva como sede, establecimiento, sucursal, oficina o departamento independiente que emplee a más de quince personas trabajadoras (art. 35.1).

Así ocurrió con la figura del *rappresentante della fabbrica*, que surgió espontáneamente en las relaciones laborales transalpinas a finales de la década de 1960 y se constituía sobre la base de un colegio electoral único para toda la unidad productiva representada. A su vez, el conjunto de estos delegados elegidos en cada unidad productiva formaba la *consulenza di fabbrica*. En 1972, estos órganos vieron reconocida su condición de estructuras de representación unitaria de base en los lugares de trabajo a través del Pacto Federativo suscrito al efecto por las principales centrales sindicales de Italia: la *Confederazione Sindicale Italiana del Lavoro* (en adelante, CGIL), la *Confederazione Italiana Sindicati Lavoratori* (en adelante, CISL) y la *Unione Italiana del Lavoro* (en adelante, UIL)<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Vid. Art. 3.1.4 *BetrVG*

<sup>61</sup> Vid. Art. 3.2 *BetrVG*.

<sup>62</sup> Castelli, N., “El modelo italiano de representación en el lugar de trabajo”, *Relats-Foro RLT* 2017, 2015, pág. 13.

Este modelo de representación de personas trabajadoras por sustituido por la figura de las *Rappresentanze Sindicali Unitarie* (en adelante, RSU), que entraron en vigor por medio del Acuerdo de 23 de julio de 1993<sup>63</sup>, suscrito entre el Gobierno, los sindicatos CGIL, CISL y UIL, y las patronales Cofindustria en Intersind. Posteriormente, fueron reguladas a través del Acuerdo Interconfederal de 20 de diciembre del mismo año.

Inicialmente, fueron órganos de naturaleza mixta cuyas dos terceras partes se componían de integrantes surgidos de procesos de elecciones sindicales desarrollados en la unidad productiva de referencia y, para la cobertura del tercio restante, se recurría a la designación directa por parte de las organizaciones sindicales firmantes del convenio colectivo estatal aplicable a dicha unidad productiva. Sin embargo, después del Acuerdo Interconfederal de 28 de junio de 2011, del *Protocollo d'Intesa* de 31 de mayo de 2013 y del Acuerdo Interconfederal de 10 de enero de 2014<sup>64</sup>, la totalidad de sus miembros pasaron a ser elegidos mediante el correspondiente proceso electoral, sin perjuicio de quedar sujetos a “un mandato electoral con vínculo asociativo”. Esto supone que la pertenencia al órgano de representación unitaria está ineludiblemente condicionada a mantenerse vinculado al sindicato con el que concurrió al proceso electoral.

No obstante, un sector doctrinal sostiene que esta referencia a la unidad productiva para la conformación de los órganos representativos en las relaciones laborales italianas resulta en ocasiones problemática<sup>65</sup>. Ello se debe a que el límite numérico para su puesta en marcha puede ser eludido por la empresa mediante divisiones artificiales de las unidades productivas originales en otras de menor dimensión.

Para casos como estos, el *Satuto dei Lavoratori* permite que el número de personas trabajadoras sujetas a representación se calcule al conjunto de empleados existentes en las distintas unidades productivas comprendidas dentro de los límites territoriales del mismo municipio (art. 35.2)<sup>66</sup>. Esto es algo que presenta ciertos paralelismos con lo dispuesto en el ET con respecto a la agrupación de centros de trabajo para la constitución de un comité de empresa (art. 63.2).

<sup>63</sup> Este acuerdo también conocido como *Protocollo Giugni*, en honor al jurista y político italiano Gino Giugni, quien estaba al frente del Ministerio de Trabajo del Gobierno de la República Italiana en el momento de su firma.

<sup>64</sup> También conocido como *Testo Unico sulla rappresentanza*.

<sup>65</sup> Castelli, N., “El modelo italiano de representación en el lugar de trabajo”, *Relats-Foro RLT* 2017, 2015, pág. 21.

<sup>66</sup> “Las normas antes mencionadas se aplican también a las empresas industriales y comerciales que emplean a más de 15 trabajadores dentro de un mismo municipio y a las empresas agrícolas que emplean a más de 5 trabajadores en un mismo ámbito territorial aunque cada unidad de producción, considerada individualmente, no alcance estos límites”.

### 3.3. Cambios legislativos y jurisprudenciales en España para hacer frente al problema

#### 3.3.1. Nuevas medidas legales para favorecer la representación unitaria en el ámbito de la subcontratación

En las últimas décadas, las dificultades señaladas para que los órganos de representación unitaria extiendan su labor al ámbito del trabajo en subcontratas ha tratado de ser paliada por parte del legislador a través de varias iniciativas.

En primer lugar, es destacable el RDL 5/2006<sup>67</sup>, que tenía como uno de sus objetivos reformar la legislación para evitar que la descentralización productiva repercutiese negativamente en la protección de las personas trabajadoras, especialmente, en aquellos casos en que un mismo centro de trabajo es compartido de forma sostenida en el tiempo por una empresa principal y otra/s contratista/s y subcontratista/s.

En lo referido concretamente a la representación unitaria, el RDL 5/2006 estableció que, en los casos de personas que fueran desplazadas a trabajar a una subcontrata y carecieran de representantes legales propios, estas tendrán derecho a dirigirse a los órganos de representación de la empresa principal para solicitar que velen por la defensa de sus derechos laborales en tanto dure su permanencia en la contrata en la que están ubicados<sup>68</sup>. Se trata de una medida que no ha sido percibida como baladí ni mucho menos por parte de la doctrina, pues se ha considerado que la misma supone para los supuestos de contratas una quiebra con el modelo dual de representación de personas trabajadoras vigente en nuestro ordenamiento jurídico<sup>69</sup>.

De igual forma, para el caso en que coincidan en el mismo centro de trabajo las respectivas representaciones unitarias de la empresa principal y de la contratista y, en su caso, también de la subcontratista, se establece la posibilidad de que ambas se reúnan y establezcan mecanismos de “coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral”<sup>70</sup>. No obstante, como recuerda la doctrina, no se trataría en este caso de extender el ámbito de representación de delegados de personal o comités de empresa, sino de meros espacios de coordinación entre órganos representativos, en términos muy similares

<sup>67</sup> Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora y el crecimiento del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio de 2006).

<sup>68</sup> Inicialmente, este derecho fue incorporado al art. 42.6 ET. Actualmente, queda ubicado en el art. 41.7 ET.

<sup>69</sup> Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, cit., pág. 31.

<sup>70</sup> Así venía dispuesto en un primer momento en el art. 42.7 ET, ahora en el art. 42.8 ET.

a la coordinación requerida en materia de prevención de riesgos laborales por parte del art. 24.1 LPRL<sup>71</sup> <sup>72</sup>.

Por otra parte, desde un plano específicamente sectorial, la Ley 32/2006<sup>73</sup> ha tratado de reducir la siniestralidad y los riesgos para la seguridad y salud laboral en este ámbito de actividad, para lo cual optó por el establecimiento de nuevas fórmulas para habilitar la actuación de la representación colectiva. Particularmente, destaca el segundo apartado de su art. 9, que prevé que la negociación colectiva introduzca procedimientos o sistemas de representación de las personas trabajadoras por medio de “representantes sindicales o de carácter bipartito entre organizaciones empresariales y sindicales, con el fin de promover el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales en las obras de construcción del correspondiente territorio”.

A raíz de la vigencia de este precepto legal, los agentes sociales incluyeron la creación del “Órgano Paritario para la Prevención en la Construcción” (en adelante, OPPC) en el IV Convenio colectivo del sector para los años 2007-2011<sup>74</sup> <sup>75</sup>. Actualmente, el vigente VII Convenio sectorial define al OPPC en su art. 121 como “órgano paritario de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción para apoyo, en la citada materia, de las empresas y personas trabajadoras del sector”.

### 3.3.2. Interpretaciones legales para adecuar la regulación a supuestos de descentralización

Se ha convertido en habitual que las organizaciones sindicales pongan en marcha una estructura representativa *ad hoc* para los supuestos de subcontratas o concesiones administrativas en las que no estuviera prevista la subrogación de su plantilla ante un eventual cambio de empresa, ya sea por no reunir los requisitos legales exigidos para ello o por no disponerlo el convenio colectivo aplicable<sup>76</sup>. Esta iniciativa se basa en una interpretación estricta del concepto de centro de trabajo contenido en el ET, es decir, “la unidad productiva con organización específica”, haciéndola extensiva al espacio en que prestan sus servicios las personas trabajadoras destinadas allí por la empresa subcontratista (art. 1.5).

<sup>71</sup> Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995).

<sup>72</sup> Como referencia doctrinal, *vid.* Fita Ortega, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, cit., pág. 31.

<sup>73</sup> Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción (BOE núm. 250, de 19 de octubre de 2006).

<sup>74</sup> BOE núm. 197, de 17 de agosto de 2007.

<sup>75</sup> *Vid.* Libro II, Título I, Capítulo I (arts. 113 y ss.).

<sup>76</sup> *Vid.* Art. 44 ET

En estas situaciones, los tribunales han reconducido el requisito de organización específica a que exista cierta autonomía en los servicios descentralizados, de manera que conserven su autonomía ante coyunturales cambios de dirección empresarial. Se trataría por tanto de un lugar de trabajo con especificidad propia que llevaría poder considerársele un lugar de trabajo con singularidad dentro del conjunto de la actividad de la empresa subcontratista<sup>77</sup>.

Sin embargo, esta alternativa para dotar de representación a grupos de personas trabajadoras circunscritos a prestar servicios en las instalaciones de otra empresa principal también presenta dificultades para que sea efectiva en determinadas situaciones. Este es el caso de las subcontratas en las que participa un número muy reducido de empleados, de forma que estar por debajo del umbral mínimo les aboca a permanecer sin representantes electos.

Además, la aplicación de la regulación legal para configurar un comité de empresa conjunto que abarcara varios centros de trabajo también generaría un problema (art. 63.2 ET)<sup>78</sup>. No en vano, en el caso previsto por la norma para la agrupación de personas trabajadoras en único censo electoral, esta no será facultativa para los promotores del proceso sino ineludiblemente obligatoria, tal y como han reiterado en numerosas ocasiones la doctrina del TS<sup>79</sup>.

Por tanto, no queda duda de que esta posibilidad es incompatible con la puesta en marcha de órganos de representación propios del centro en que alberga

<sup>77</sup> En este sentido, fue la STSJ de la Comunidad Valenciana 3731/2006, de 4 de diciembre (Rec. 3742/2006; ECLI:ES:TSJCV:2006:7725) una de las primeras en plantear este criterio, el cual fue fundamentado además en la “necesidad de regular ámbitos de actividad que quedaban vacíos de responsabilidad” ante la proliferación de empresas de servicios, así como en la imposibilidad de aplicar muchos preceptos legales configurados sobre la premisa de la existencia de un espacio físico donde desarrollar la actividad productiva y ejercerse el poder de dirección empresarial.

Posteriormente, han venido siguiendo esta línea numerosas sentencias de distintos tribunales, como la STSJ de Aragón núm. 824/2007, de 19 de septiembre (Rec. 691/2007; ECLI:ES:TSJAR:2007:928); la STSJ de Aragón núm. 1022/2007, de 12 de noviembre (Rec. 927/2007; ECLI:ES:TSJAR:2007:2822); la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 2008 (Rec. 1432/2007; ECLI:ES:TSJCV:2008:506); la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 871/2010, de 23 de marzo (Rec. 235/2010; ECLI:ES:TSJCV:2010:2139); la STSJ de Madrid núm. 359/2010, de 2 de mayo (Rec. 845/2010; ECLI:ES:TSJM:2010:8479); la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1424/2011, de 12 de mayo (Rec. 623/2011; ECLI:ES:TSJCV:2011:4188); la STSJ de Madrid núm. 208/2012, de 9 de marzo (Rec. 515/2012; ECLI:ES:TSJM:2012:856); las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) núm. 3219/2012, de 8 de noviembre (Rec. 2363/2012; ECLI:ES:TSJAND:2012:12113) y núm. 181/2013, de 24 de enero (Rec. 1715/2011; ECLI:ES:TSJAND:2013:23).

<sup>78</sup> “En la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto. Cuando unos centros tengan cincuenta trabajadores y otros de la misma provincia no, en los primeros se constituirán comités de empresa propios y con todos los segundos se constituirá otro”.

<sup>79</sup> *Vid.* sentencias de 31 de enero de 2001 (Rec. 1959/2000; ECLI:ES:TS:2001:589), de 19 de marzo de 2001 (Rec. 2012/2000; ECLI:ES:TS:2001:2160) y de 28 de mayo de 2009 (Rec.

a la subcontrata, los cuales podrían ser preferibles por estar más próximos a las problemáticas e intereses de quienes trabajan allí, así como por quedar “blindados” ante posibles cambios de empresa subcontratista, los cuales no afectarían a la identidad de las personas representantes.

### 3.4. La negociación colectiva en contratas y subcontratas

#### 3.4.1. *El convenio colectivo de la empresa-red*

De forma paralela a posibilitar la elaboración de convenios colectivos para grupos de empresas, el RDL 7/2011<sup>80</sup> también abordó la necesidad de extender la negociación colectiva a las empresas-red surgidas en torno a los procesos de descentralización productiva<sup>81</sup>. No en vano, esta ley habilitó “los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación” (art. 87.1 3º ET)<sup>82</sup>.

Además, el legislador también atribuyó a los convenios colectivos de esta naturaleza prioridad aplicativa en una serie de materias sobre cualquiera de ámbito sectorial, siendo esto coincidente con lo dispuesto para los de empresa (art. 84.2 ET). Esta no es una cuestión baladí, ya que de esta forma, el ET privilegió este tipo de acuerdos facultando a las partes negociadoras del convenio colectivo de la empresa-red para que puedan acordar si lo estiman oportuno un contenido extenso que se imponga en gran medida sobre el del acuerdo sectorial<sup>83</sup>, incluso aunque este ya estuviera vigente con anterioridad. Todo ello sin perjuicio de que, en caso de plantearse la negociación de manera menos ambiciosa en una empresa-red, también pueda limitarse el convenio a tener un contenido más reducido y destinado

127/2008; ECLI:ES:TS:2001:2160); y además, la STSJ de Cantabria núm. 357/2010, de 13 de mayo (Rec. 303/2010; ECLI:ES:TSJCANT:2010:837) y la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 799/2012, de 14 de marzo (Rec. 379/2012; ECLI:ES:TSJCV:2012:1410).

<sup>80</sup> Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2011).

<sup>81</sup> Sobre los convenios de grupos de empresas, se hace remisión al apartado 2.2 de este estudio para no caer en reiteraciones innecesarias.

<sup>82</sup> Aclárese que, aunque el ET menciona conjuntamente al grupo de empresas y a las empresas-red al abordarse la posibilidad de negociar convenios específicos, ambas figuras son diferentes y presentan por ende condicionantes distintos. Fundamentalmente, el grupo de empresas presenta una estructura jurídica consolidada, mientras que la empresa-red se basa en una colaboración de varias entidades agrupadas de manera informal y flexible en torno a una o varias fases del proceso productivo. Consecuentemente, solo las entidades integrantes de la empresa-red presentan independencia económica y jurídica entre sí.

<sup>83</sup> De cualquier forma, cabe recordar que, tras la reforma laboral de 2021, este tipo de convenios no podrían establecer un régimen salarial que prevaleciera sobre el contenido en el acuerdo sectorial, salvo que este último fuese menos ventajoso en cómputo anual para las personas trabajadoras.

únicamente a homogeneizar cuestiones más puntuales de las relaciones laborales en el seno de las empresas vinculadas, manteniendo para las condiciones de trabajo restantes la regulación del convenio sectorial correspondiente.

Sin embargo, para llevar a cabo la negociación colectiva en este contexto, el propio ET señala que el criterio que permite determinar la legitimación inicial de la parte social no será similar al empleado cuando se negocia un convenio de empresa, sino el previsto para los acuerdos sectoriales (art. 87.1 3º ET). Aunque en este supuesto cabría el matiz relevante. Se trata de que, para llegar al umbral de representatividad mínimo previsto para dicha legitimación en el art. 87.2.c ET<sup>84</sup>, sería necesario en este caso que cada sindicato tenga una presencia del 10% en la composición de la representación unitaria del conjunto de las mercantiles que participen en la empresa-red que pretende dotarse de ese convenio supraempresarial, en lugar de tomar como referencia la representatividad en el sector de actividad.

No obstante, llegados a este punto, resultaría problemático un escenario en el que haya empresas dentro de la red que carezcan de representación unitaria<sup>85</sup>. De hecho, al igual que se ha señalado en el caso de los grupos de empresas, esto podría hacer que se incurriera en una vulneración del principio de correspondencia. Y a mayor abundamiento, se daría en este caso el agravante de no existir la posibilidad de dotarse de órganos de representación legal de personas trabajadoras de ámbito supraempresarial que les permitiera “centralizar” las funciones representativas, ya que como es sabido, en la empresa-red sus integrantes carecen de vínculos jurídicos entre sí.

Consecuentemente, en el supuesto anterior, solo quedaría expedita la legitimación negociadora correspondiente a los sindicatos más representativos a nivel estatal junto a sus federaciones y, en su caso, a nivel autonómico<sup>86</sup>. Aunque esta solución tampoco estaría con absoluta seguridad exenta de dificultades. No en vano, en el caso de negociarse un convenio “multiservicios”, es decir, cuando su ámbito funcional lo integran varias actividades distintas (situación habitual en una red de subcontratación), podrían generarse dudas acerca de qué federaciones sindicales serían las legitimadas para negociar dicho convenio<sup>87</sup>.

Dicho esto, otra cuestión controvertida tras la negociación del convenio colectivo de la empresa-red podría ser que concurriesen convenios colectivos de distinto ámbito, esto es, el propio convenio de la empresa-red por un lado y, además, el convenio de alguna de las empresas que forman parte de ella. En

<sup>84</sup> El diez por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio.

<sup>85</sup> Esto es algo que dificultaría en gran medida la designación de representantes de las personas trabajadoras vía art. 87.2.c ET.

<sup>86</sup> En los términos señalados en los apartados a) y b) del art. 87.2 ET.

<sup>87</sup> Sobre la dificultad de clarificar qué federaciones sindicales cuentan con legitimidad para negociar un convenio “multiservicios”, *vid.* STS núm. 730/2017, de 27 de septiembre (Rec.121/2016; ECLI:ES:TS:2017:3589).

este caso, el convenio de la empresa-red al ser considerado como de naturaleza supraempresarial, cedería ante cualquier convenio de empresa por considerarse que este detenta prioridad aplicativa.

Finalmente, hay que poner de relieve que, al margen de las controversias jurídicas que despierten este tipo de convenios, el principal escollo para su consolidación es que las empresas principales de la red de subcontratación suelen ser reacias a su implantación. Y ello es debido a que perciben a los mismos como una amenaza a su poder de organización dentro de la red, por rechazar la homogeneización de las condiciones de trabajo en las empresas implicadas y, en definitiva, por considerar esta opción como perjudicial para los beneficios que obtiene con la externalización de parte de su actividad<sup>88</sup>.

### 3.4.2. Breve referencia al convenio aplicable en el resto de casos

En los años previos a la aprobación de la reforma laboral de 2021<sup>89</sup>, la determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas que actúan para otra principal en un contexto de descentralización productiva, ha sido una cuestión que ha entrañado una enorme conflictividad.

No obstante, el TS reiteró su doctrina clarificando que debía aplicarse el convenio colectivo que correspondiera a la clase de actividad desempeñada por las personas trabajadoras dentro de la contrata o subcontrata, la cual podía no ser coincidente con su objeto social o con el de la actividad principal<sup>90</sup>.

Posteriormente, la referida reforma normativa despejó aún más cualquier posibilidad de controversia en este sentido al confirmar expresamente el criterio de que, las relaciones laborales en el marco de las contratas y subcontratas, deben regirse por el convenio aplicable a la actividad efectivamente desarrollada (salvo que dispongan de un convenio propio, debiendo aplicarse este entonces en los términos del art. 84 ET).

<sup>88</sup> Monereo Pérez, J.L., “La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el derecho del trabajo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022, pág. 27.

<sup>89</sup> Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2021).

<sup>90</sup> *Id.* Entre otras, SSTS núm. 438/2020, de 11 de junio (Rec. 9/2019; ECLI:ES:TS:2020:1957); núm. 197/2021, de 12 de febrero (Rec. 2839/2019; ECLI:ES:TS:2021:486); y núm. 1110/2021, de 11 de noviembre (Rec. 3330/2019; ECLI:ES:TS:2021:4199). Estas sentencias han determinado que, una empresa contratista o subcontratista cualquiera, no está obligada a regirse por el convenio de la empresa cliente en la que presta servicios, sino que la regla general establecida es que los trabajadores de dicha empresa estén incluidos en el ámbito de aplicación del convenio correspondiente a la mercantil que asume la subcontrata en cuestión, en base a esa actividad concreta externalizada.

No obstante, como se indica desde un sector doctrinal (con el cual coincidimos plenamente), al señalar como prevalente el convenio sectorial y rehusar la equiparación exacta con las condiciones de la empresa principal en la forma exigida legalmente a las ETTs, la norma se percibe como menos garantista en términos de protección de los intereses de las personas trabajadoras<sup>91</sup>. Quizás por ello, se han dado casos en los cuales la negociación colectiva ha fijado la equiparación de las condiciones salariales de las personas trabajadoras de las empresas contratistas o subcontratistas en los casos en que la empresa principal externalice parte de su actividad, debiendo incluirse obligatoriamente esa obligación de equiparación en los contratos mercantiles que se suscriban con las contratistas y subcontratistas<sup>92</sup>. Aunque el TS ha precisado a este respecto que esa obligación “se dirige única y exclusivamente a los empresarios incluidos en el ámbito funcional del convenio”, sin predeterminedar el convenio aplicable a contratistas y subcontratistas no comprendidas dentro del ámbito funcional de la empresa principal<sup>93</sup>.

Además, es destacable que la antedicha ley también haya incorporado la eliminación parcial de la prevalencia del convenio de ámbito empresarial, concretamente, en lo referido a materia salarial (modificación del art. 84.2 ET). Este cambio, ha supuesto a efectos prácticos el bloqueo de los llamados por la doctrina como “convenios oportunistas”, es decir, los que pretendían abaratar la prestación de servicios contratada o subcontratada a través de la devaluación salarial<sup>94</sup>.

Así mismo, de esta forma, los principios sobre los que asentar la aplicabilidad de un determinado convenio, seguirán siendo con carácter esencial el de unidad de empresa, de especialidad e idoneidad, y de actividad real preponderante. Sin embargo, la interpretación de estos principios nunca va a estar exenta de matizaciones propias de cada casuística y del contexto propio del actual escenario laboral. Por lo tanto, no es posible pretender la automaticidad de los mismos<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Descentralización y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, núm. 1, 2023, pág. 527.

<sup>92</sup> Monereo Pérez, J.L., “La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el derecho del trabajo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, cit., págs. 20-21.

<sup>93</sup> STS núm. 250/2020, de 12 de marzo (Rec. 209/2018; ECLI:ES:TS:2020:1718).

<sup>94</sup> Mercader Uguina, J.R., “La desaparición de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: ausencias y presencias en el artículo 84 ET”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, 2022, pág. 99.

<sup>95</sup> *V. gr.*, la STSJ de Castilla-La Mancha 117/2019, de 25 de enero (Rec. 1688/2017; ECLI:ES:TSJCLM:2019:370), que visto el supuesto de hecho analizado en autos, consideró procedente retomar el criterio subsidiario de la especificidad de la tarea realizada en un determinado convenio: “(...) el hecho constatado por la Magistrada de instancia, como elemento fáctico esencial para la resolución de la cuestión, de que el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales no contempla la categoría de camarera de pisos, que sí viene recogida en el Convenio Colectivo de Hostelería, conduce a la Sala a considerar que, en este caso, el criterio de especificidad es el

#### 4. CONCLUSIONES

El modelo de representación legal de personas trabajadoras que viene recogido en el Título II ET ha de acometer una adaptación para afrontar el nuevo contexto laboral surgido a raíz de la externalización productiva. Y ello es debido a varias razones.

En primer lugar, las características del trabajo desarrollado en entornos altamente descentralizados son difíciles de adaptar a la circunscripción electoral estructurada en torno al centro de trabajo, ya que la dispersión de las plantillas en este tipo de actividades hace que a menudo no se logre alcanzar el umbral mínimo para la constitución de los órganos representativos.

En lo concerniente a la descentralización empresarial, resulta evidente que esta conlleva importantes dificultades para identificar al empresario real, así como el establecimiento de estructuras legalmente legitimadas y verdaderamente representativas de los intereses de las personas trabajadoras. Tanto es así que una proporción elevada de ellas se ve desprovista de interlocutores que canalicen sus demandas al efectivo centro de decisión empresarial.

Sin embargo, la falta de interlocución y control sindical en el marco de las contratas y subcontratas es una problemática que no ha generado en la doctrina muchas propuestas ambiciosas. En este sentido, la principal crítica realizada es que no se ha abordado la posibilidad de unificar las plantillas de las distintas empresas presentes en una misma unidad productiva a efectos de conformar un censo único llamado a elegir un único órgano de representación para todas ellas. De esta forma, sería posible el establecimiento de un órgano de representación *ad hoc* interempresarial con competencias definidas en el marco de la unidad productiva, para defender los intereses comunes de las plantillas de todas las empresas intervinientes.

En el ámbito de los grupos de empresas que se interrelacionan entre sí en distintas fases del ciclo productivo, la ausencia de una regulación que consolide mecanismos de representación legal incide en una menor vigilancia y control del cumplimiento de la normativa por parte del empleador. Además, la presencia de la figura del comité de grupo de empresas en la negociación colectiva de manera facultativa, no ha servido para que el mismo se generalice en nuestro sistema de relaciones laborales, lo cual pone de manifiesto la necesidad de reformar la normativa laboral para solventar este déficit definitivamente.

Para hacer frente a esta problemática rodeada de tantas aristas, se aboga por un cambio de paradigma que habilite que, para articular la representación legal de

más adecuado para evitar problemas de evasión de convenios sectoriales y de dumping social, de concurrencia desleal entre las empresas, y de desigualdad entre trabajadores que prestan iguales o análogos servicios en para la misma empresa (...).”

la plantilla, sea tomado en consideración el conjunto de las personas trabajadoras de la empresa en lugar de ceñirse al centro de trabajo. Esto es algo que no ha sido posible hasta ahora, en gran medida, debido a que los tribunales se han mostrado rígidos a la hora de interpretar la norma, apartándose de otros criterios que, por permitir ampliar las posibilidades de instaurar órganos de representación y participación de las personas trabajadoras en la empresa, podrían considerarse más garantistas y acordes con el mandato constitucional contenido en los arts. 37.1 y 129.2 CE.

De igual forma, otro sector doctrinal defiende que la negociación colectiva debería estar facultada para evitar las mencionadas rigideces y adaptar la estructura de la representación unitaria a las características de las empresas y de sus sectores de actividad, tal y como ya ocurre en países de nuestro entorno entre los que se encuentran Francia, Alemania o Italia.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. y BARREIRO GONZÁLEZ, G., *El Estatuto de los Trabajadores, comentario y jurisprudencia*, Civitas, Madrid, 1987.

AA.VV., MARTÍNEZ GIRÓN, J. (Coord.), *La negociación colectiva en los grupos de empresas: procedimientos de negociación y experiencias negociales*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2005.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Descentralización y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO*, Vol. 11, núm. 1, 2023, págs. 524-556.

CASAS BAAMONDE, M.E., “La necesaria reforma del Título II del Estatuto de los Trabajadores”, en CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R., NOGUEIRA GUSTAVINO, M., (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, págs. 89-126.

CASTELLI, N., “El modelo italiano de representación en el lugar de trabajo”, *Relats-Foro RLT 2017*, 2015, págs. 1-27. Disponible en: <http://www.relats.org/documentos/11.UE.ItaliaCastelli.pdf>

CIALTI, P.H., “La necesaria superación del centro de trabajo como unidad electoral”, *Temas Laborales*, *Temas Laborales*, núm. 157, 2021, págs. 85-122.

COLLADO GARCÍA, L., ROMERO RÓDENAS, M.J., TARANCÓN PÉREZ, E. y TRILLO PÁRRAGA, F., *La representación de los trabajadores y trabajadoras en la empresa*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2014.

CRUZ VILLALÓN, J., “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva”, *XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, París, Francia, 5-8 de septiembre de 2006.

CRUZ VILLALÓN, J., “La representación de los trabajadores en los grupos de empresas”, en VALDÉS DAL-RÉ, F. y MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Dir.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Fundación Francisco Largo Caballero, Madrid, 2010, págs. 55-70.

FITA ORTEGA, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, Núm. 107, Vol. 2, 2016, págs. 29-46.

GÁRATE CASTRO, F. J., “La nueva regulación de la legitimación negocial (inicial y plena) para negociar convenios colectivos estatutarios”, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 2011, págs. 165-197.

GARRIDO PÉREZ, E., “Representación y participación de los trabajadores en la empresa”, en AAVV., *Estatuto de trabajadores, 40 años después: XXX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ponencias*, Ministerio de Trabajo y Economía Social. Subdirección General de Informes Recursos y Publicaciones, Granada, 26 y 27 de noviembre de 2020, págs. 289-333.

GOERLICH PESET, J. M., “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, número extraordinario, 2022, págs. 64-72.

LAHERA FORTEZA, J., “Las transformaciones del lugar de trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 118, 2019, págs. 13-25.

MERCADER UGUINA, J.R., “La desaparición de la preferencia aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial: ausencias y presencias en el artículo 84 ET”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 5, 2022, págs. 97-103.

MOLERO MARAÑÓN, M.L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en AA.VV., *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., “La subcontratación como instrumento de descentralización productiva y su nueva regulación en el derecho del trabajo”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm. 27, 2022, págs. 1-44.

NORES TORRES, L. E., “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos*, número extraordinario, 2022, págs. 73-82.

OLARTE ENCABO, S., “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, págs. 483-508.

SÁEZ LARA, C., “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, págs. 315-342.

SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J., “Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 68, 2007, págs. 51-76.

YSÀS MOLINERO, H., “El papel de la negociación colectiva en la estructuración de la representación unitaria de personas trabajadoras”, *IUSLabor*, núm. 3, 2021, págs. 125-172.

---

Comentarios de Jurisprudencia



## ¿PUEDE LOGRAR EL «EXCESO DE CELO» DE UN CLUB DE FÚTBOL ATENUAR UNA SANCIÓN POR OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA? LA AUDIENCIA NACIONAL LO DILUCIDA

*Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de septiembre de 2023  
ECLI:ES:AN:2023:4547*

JOSÉ ALBERTO RIVAS MORENO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La entidad deportiva Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. materializó una obstrucción a la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social. En concreto, dos inspectoras fueron impedidas de acceder a sus instalaciones durante un entrenamiento. A pesar de intentar identificarse y explicar sus funciones y competencias, en su condición de autoridades públicas, se les negó el acceso y se les retuvo en el aparcamiento, obstaculizando así su labor inspectora. Este suceso condujo a la emisión de un acta de infracción por obstrucción con la oportuna sanción, que tras la fase de alegaciones fue ratificada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social. La empresa impugnó el acta, a la espera del fallo de la Audiencia Nacional (AN).

**RESUMEN:** la AN resuelve parcialmente a favor del Cádiz Club de Fútbol. Reduce la multa impuesta por obstrucción a la labor inspectora a una cantidad de 30.001 euros, en lugar de los 72.006 euros propuestos inicialmente. Considera que el incidente durante el entrenamiento se debió a un «exceso de celo» por parte de los implicados en preservar la intimidad del equipo durante la práctica deportiva. Sin embargo, este factor no excluyó totalmente la responsabilidad de la entidad, aunque si se tomó en cuenta como una circunstancia atenuante para graduar la sanción. Aquí radica la cuestión debatida, que merece un estudio detallado, ya que gracias al control jurisdiccional se cuestiona el importe de la sanción.

\*Subinspector Laboral de Empleo y Seguridad Social. Doctorando en Derecho.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUJETOS IMPLICADOS
  - 2.1. Organismo estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social
    - 2.1.1. Facultades de los inspectores de trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias
    - 2.1.2. Deberes y código de conducta. Deber de sigilo
  - 2.2. Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.
    - 2.2.1. Aproximación al «exceso de celo»
    - 2.2.2. De la colaboración con los funcionarios de la Inspección de trabajo y Seguridad Social
3. INFRACCIÓN POR OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA
  - 3.1. Conceptualización de la obstrucción y criterios de graduación
  - 3.2. Control de calidad: criterios técnicos versus autonomía técnica y funcional
  - 3.3. Corrección jurisdiccional y principio de proporcionalidad
4. BREVES CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>1</sup>, el sistema de administración del trabajo será responsable de la formulación, aplicación y supervisión de las normas nacionales del trabajo, del desarrollo del empleo y de los recursos humanos, de los estudios, investigaciones y estadísticas sobre el trabajo, y deberá apoyar las relaciones laborales. En ese marco, y en nuestro territorio nacional, es el Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS o ITSS) quien asume la posición de fiscalizador y supervisor, en su condición de servicio público, al que corresponde ejercer la vigilancia del cumplimiento de las normas del orden social y exigir las responsabilidades pertinentes<sup>2</sup>.

Para el cumplimiento de sus funciones resultarán determinantes los pronunciamientos judiciales, que depurarán sus actuaciones administrativas y el ejercicio de su potestad sancionadora, por lo que se ha seleccionado, para este fin, una sentencia correctiva y distinguida del ejercicio 2023, emanada de la AN.

En muchos casos el inicio de las actuaciones inspectoras tiene lugar con una visita al centro de trabajo de la empresa inspeccionada<sup>3</sup>, que en esta ocasión fue la Ciudad Deportiva Bahía de Cádiz, sita en Puerto Real (Cádiz), donde se desarrollan, habitualmente, los entrenamientos del equipo de fútbol profesional.

<sup>1</sup> OIT, Ginebra, Consejo de Administración, Convenio sobre la administración del trabajo n.º 150, 1978.

<sup>2</sup> Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOSITSS). Art. 1. Definición y objeto del Sistema de ITSS. BOE de 22 de julio de 2015.

<sup>3</sup> Ibidem, art. 21.1. Modalidades y documentación de la actuación inspectora.

Dos inspectoras de Trabajo y Seguridad Social vieron perjudicadas el éxito de sus funciones ante la ausencia de colaboración de los empleados del Club, sin que pudieran efectuarse las comprobaciones durante la visita inspectora, lo que derivó en una obstrucción, con la correspondiente acta de infracción aparejada de una sanción de 72.006 euros, ya que concurren determinadas circunstancias agravantes previstas en el art. 39.2 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<sup>4</sup> (LISOS). En concreto, se tomaron en consideración a estos efectos, el número de personas trabajadoras afectadas (cinco miembros del cuerpo técnico) y el volumen de negocio de la empresa (72.680.480 euros).

El propio CGPJ emitió un comunicado al respecto<sup>5</sup>, y la noticia se expandió en la prensa nacional<sup>6</sup>, siendo compartida en múltiples canales y redes sociales, en primer lugar, por lo conocido de los sujetos implicados y, en segundo lugar, porque la sentencia de la Sala de lo Social de la AN, de fecha 18 de septiembre de 2023 (recurso n.º 98/2023), rebajó el importe de la sanción a 30.001 euros.

## 2. SUJETOS IMPLICADOS

Respecto de las partes, ITSS y Cádiz Club de Fútbol, S.A.D., se merecen una apreciación específica. Por un lado, de las funciones que ostentan los inspectores y subinspectores laborales en el ejercicio de sus competencias, así como de los deberes y del código de conducta al que con carácter general están sometidos. Y, de otro, un acercamiento al concepto del «exceso de celo» y el mantenimiento de la privacidad de la actividad y funcionamiento de la empresa en contraposición con el deber de colaboración que deben prestar los sujetos responsables del cumplimiento de las normas sociales con los funcionarios. Ese análisis entre derechos y deberes que acompañan a ambos participantes hará que se tenga una amplia visión, con diferentes puntos de vista, de cómo actuaron y cómo debieron operar frente a la consecución de las actuaciones administrativas.

<sup>4</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Art. 39. Criterios de graduación. BOE de 8 de agosto de 2000.

<sup>5</sup> CGPJ, comunicación del 3 de octubre de 2023.

Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/Multa-de-30-001-euros-al-Cadiz-C-F--por-impedir-acceso-a-la-ciudad-deportiva-a-dos-inspectoras-trabajo-para-no-interrumpir-el-entrenamiento-> (acceso: 03/10/2023).

<sup>6</sup> www.elpais.com, noticia del 3 de octubre de 2023, firmada por el periodista J. J. Gálvez. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2023-10-03/multado-el-cadiz-por-impedir-una-inspeccion-de-trabajo-al-grito-de-que-queris-que-pierdan-el-partido-del-domingo.html> (acceso: 03/10/2023).

## 2.1 Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Sigue sorprendiendo como las empresas, sus responsables y directivos, o sus propias personas trabajadoras ignoran las funciones que ostentan los empleados públicos de la Inspección, o no quieren o no les interesa conocer hasta donde pueden llegar en el ejercicio de sus competencias. En determinadas actividades empresariales son ampliamente conocidas las inspecciones de hacienda o las inspecciones de sanidad, pero en menor medida las inspecciones de trabajo y seguridad social, probablemente por la poca frecuencia con la que se suceden, fruto de los escasos medios materiales y humanos con los que cuenta<sup>7</sup>, que impiden controlar minuciosamente el mercado de trabajo.

No es de extrañar que durante las visitas inspectoras la reacción de la persona que atiende a los inspectores o subinspectores -ya sean los titulares de la empresa o las personas trabajadoras identificadas- sea de duda o rechazo, acompañada de manifestaciones libres y espontáneas, como pueden ser, a modo de ejemplo: «nunca había visto a la inspección», «es la primera inspección de trabajo que tengo en mi vida», o, «me puede enseñar de nuevo su carnet para asegurarme que no se trata de una estafa o algo de eso».

En contraste con este desconocimiento generalizado, nos hallamos ante un servicio público que dispone en España de una acreditada tradición en materia socio-laboral y que ha evolucionado normativamente, como relata la Exposición de Motivos de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de ITSS (LOSITSS): «Tras una presencia continuada de más de cien años en el mundo de las relaciones laborales, la ITSS es una institución firmemente asentada en nuestro país, que ha sabido adaptarse en todo momento a las circunstancias de la realidad social y económica en que ha desplegado su actuación de garantía del cumplimiento de la normativa social. Después de una larga evolución y sucesivos cambios durante todo el siglo XX, desde su creación por el Reglamento de 1 de marzo de 1906, pasando por la Ley 39/1962, de 21 de julio, de Ordenación de la Inspección de Trabajo, que reúne en una única Inspección Nacional del Trabajo la vigilancia y control de la normativa social, hasta entonces competencia de varios servicios de inspección, la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la ITSS, configuraba por vez primera la ITSS como un Sistema, es decir, como un conjunto organizado de principios legales, órganos, funcionarios y medios materiales.»

Pero no solo se halla dotada de un amplio abanico de funciones y competencias, sino, en sentido contrario, de unas obligaciones necesarias con los administrados,

<sup>7</sup> Según los últimos datos del Ministerio de Trabajo y Economía Social (MITES), publicados en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo de 2022, en España hay un promedio de 1.006 inspectores de Trabajo y Seguridad Social y 1.119 subinspectores laborales. La plantilla por un total de 1.210 efectivos.

que deberán ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y empleados públicos<sup>8</sup>, y que además estarán sujetos a los principios éticos y de conducta en el desempeño de sus tareas, así como la obligación de sigilo. Se pasará a revisar las cuestiones disputadas.

### *2.1.1. Facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias*

«La ITSS, en cuanto servicio público encargado de la vigilancia y control de la normativa social, contribuye decisivamente a la preservación de los derechos de los trabajadores, que la legislación laboral consagra, y al sostenimiento del sistema de protección social, para lo que debe planificar adecuadamente su actividad de vigilancia y control, especialmente en aquellos ámbitos en los que existe una alta demanda de los ciudadanos, como son los relativos al régimen de contratación laboral, a la dualidad del mercado de trabajo, al acceso a puestos de trabajo y a la ejecución de la prestación laboral en condiciones de igualdad y no discriminación, al derecho a la seguridad y salud en el trabajo y a la garantía y pervivencia de un régimen público de Seguridad Social<sup>9</sup>».

Para ello, los inspectores y los subinspectores -los empleados públicos que ejercen y despliegan todas las competencias fiscalizadoras en el orden social- deben estar autorizados y dotados ampliamente, o de lo contrario su eficacia quedaría diluida. La normativa reguladora no escatima en ello y fija tres mecanismos como modalidades para desarrollar las actuaciones<sup>10</sup>: a) visita a los centros o lugares de trabajo, sin necesidad de aviso previo; b) requerimiento de comparecencia ante el funcionario actuante de quien resulte obligado, aportando la documentación que se señale en cada caso; o c) expediente administrativo, cuando el contenido de su actuación permita iniciar y finalizar aquélla. Todas se complementan mediante la comprobación de los datos o los antecedentes que obren en las AA. PP. -incluso de la Unión Europea-.

Como el supuesto de hecho de la sentencia que se comenta sucede en el centro o lugar de trabajo, en este análisis se expondrán diversas puntualizaciones sobre la primera herramienta mencionada -la visita inspectora-, donde nuevamente la norma proporciona un amplio margen de maniobra, estando autorizados los inspectores de trabajo para «entrar libremente en cualquier momento y sin previo

<sup>8</sup> Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP). Art. 13.e). Derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones Públicas. BOE del 2 de octubre de 2015.

<sup>9</sup> Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (disposición derogada). Exposición de motivos I. BOE de 15 de noviembre de 1997.

<sup>10</sup> LOSITSS. Art. 21, apartados 1 y 2. Modalidades y documentación de la actuación inspectora.

aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo<sup>11</sup>».

Pero ¿qué entendemos por centro o lugar de trabajo? Por todos es conocida la definición que proporciona el Estatuto de los Trabajadores<sup>12</sup>, que «considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral.» Siendo mejorada por la LOSITSS<sup>13</sup>, cuando pauta que la actuación inspectora se ejercerá en «los centros de trabajo y, en general, los lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando estén directamente regidos o gestionados por las AA. PP. o por entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualesquiera de ellas, con sujeción, en este último caso, a lo previsto en la normativa que regula dicha actuación en las AA. PP. Se podrá ejercer también en locales, viviendas, u otros lugares habilitados, aun cuando no se encuentren en las empresas, centros y lugares de trabajo en que se ejecute la prestación laboral, en los que residan, se alojen o puedan permanecer los trabajadores por razón de su trabajo durante los períodos de descanso, y hayan sido puestos a disposición de los mismos por el empresario, en cumplimiento de una obligación prevista en una norma legal, convenio colectivo o contrato de trabajo.» Continúa su listado, incluyendo los vehículos y los medios de transporte en general, en los que se preste trabajo, así como los buques. También los puertos, aeropuertos, vehículos y puntos de salida, escala y destino, en lo relativo a los viajes de emigración e inmigración interior.

Se puede comprobar cómo, aparentemente, no se esquivan lugares que puedan ser objeto de inspección, siempre que se enmarque en el ámbito de una relación laboral. Sin embargo, si se localiza un supuesto donde la ITSS queda inhibida, «los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones Públicas se registrarán por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la ITSS en las materias no afectadas por la misma según lo que se establezca reglamentariamente<sup>14</sup>.» Apesar de ello, se reserva cierta capacidad de maniobra a la ITSS, siempre que la norma respectiva no establezca impedimentos.

Por otro lado, se cotejan otros casos donde la visita inspectora no queda totalmente vedada, sino limitada o con matizaciones:

a) El domicilio particular: «si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o,

<sup>11</sup> LOSITSS. Art. 13.1. Facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias.

<sup>12</sup> 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. Art. 1.5. Ámbito de aplicación. BOE de 24 de octubre de 2015.

<sup>13</sup> LOSITSS. Art. 19.1. Ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>14</sup> LOSITSS. Art. 19.2. Ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

en su defecto, la oportuna autorización judicial<sup>15</sup>.» Respetando en todo caso la inviolabilidad del domicilio, protegido constitucionalmente<sup>16</sup>.

- b) El Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS determina dos supuestos especiales<sup>17</sup>:
- a. Locales e instalaciones diplomáticas acogidos a extraterritorialidad y los protegidos por convenios internacionales, que respetará su exclusión sólo a efectos de presencia física inspectora, en la forma que establezcan los Ministerios implicados. Es preciso remitirnos a los arts. 31 y 58 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, de 24 de abril de 1963, del que forma parte España y una multitud de países, respecto de la inviolabilidad, por un lado, de las oficinas consulares propiamente dichas y, por otro, de aquellas dirigidas por cónsules honorarios<sup>18</sup>.
  - b. Empresas que ejerzan actividades en centros, bases o establecimientos militares<sup>19</sup>: mediante instrucciones conjuntas de los Ministerios de Defensa y de Trabajo, y para salvaguardar los intereses de la Defensa Nacional y la seguridad y eficacia de los centros, bases y establecimientos afectos a la misma, se determinará el procedimiento de inspección sobre empresas que ejerzan actividades en centros, bases o establecimientos

<sup>15</sup> *Ibidem*, art. 13.1. Con el mismo alcance se pronuncia el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS (ROFIT). Art. 7.1.1º. Facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social. BOE del 16 de febrero de 2000.

<sup>16</sup> La CE muestra especial interés por la protección del domicilio en su art. 18.2, no solo de las personas físicas sino extensible a las personas jurídicas.

<sup>17</sup> ROFIT. Art. 3. Supuestos especiales en la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>18</sup> *Vid.* Sicre Gilabert, F., *La Inspección de Trabajo y Seguridad Social: la actuación inspectora y el procedimiento sancionador*, 1ª edición. Sepin, Madrid, 2018. El Inspector de Trabajo y Seguridad Social concluye que los locales consulares gozan de inviolabilidad -las autoridades del Estado receptor no podrán penetrar en la parte de los locales consulares que se utilice exclusivamente para el trabajo de la oficina consular, salvo con el consentimiento del Jefe de la oficina consular, o de una persona que él designe o del Jefe de la misión diplomática del Estado que envía. Sin embargo, el consentimiento del Jefe de la oficina consular se presumirá en caso de incendio o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección-, mientras que en las oficinas consulares dirigidas por cónsul honorario no se aplica tal prerrogativa, siendo diferente su régimen jurídico, y resultaría posible la práctica de la visita inspectora.

<sup>19</sup> Orden PRE/2457/2003, de 29 de agosto, por la que se aprueba la Instrucción sobre ordenación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en empresas que ejerzan actividades en centros, bases o establecimientos militares. BOE de 9 de septiembre de 2003. La actuación inspectora se preavisará, con una antelación mínima de 24 horas, al Jefe del establecimiento de que se trate, indicando el objeto de dicha actuación. Dicha autoridad, con carácter excepcional, podrá no autorizarla, o autorizarla condicionada al cumplimiento de algún requisito, o limitando algún lugar, cuando considere que puede perjudicar el interés de la Defensa y Seguridad Nacionales. En su visita a los establecimientos militares, los funcionarios de la Inspección serán acompañados por la persona que designe el jefe del establecimiento.

militares. Se limitará a las que gracias a un contrato de suministro, concesión o de cualquier otra clase estén dedicadas, total o parcialmente, a la producción de material o a la realización de obras o ejecución de servicios para la Administración Militar.

Extrapolado todo ello al Cádiz Club de Fútbol, S.A.D. y a sus instalaciones deportivas se podría plantear si existe impedimento legítimo para que se practique una visita inspectora y se desplieguen las competencias apropiadas, a lo que se debería responder negativamente. Despejada la duda, las empleadas públicas en el día de autos -dos de marzo de 2022 a las 11:54 horas- actuaron y prosiguieron pertinentemente, sin que incurrieran en prohibiciones, y sin necesidad de previo aviso, por lo que queda amparada la visita sorpresiva, que se iba a cursar para identificar y entrevistar al cuerpo técnico del equipo: el primer entrenador, el segundo entrenador, el preparador físico, el entrenador auxiliar y el entrenador de porteros.

Bajo esta premisa, todo lo que acontece seguidamente, supone una potencial vulneración de la labor inspectora, una obstrucción que si fuera de supuesto práctico se resolvería con aparente sencillez. En el primero de los hechos probados de la sentencia examinada se comprueba como la actitud obstaculizadora se produjo por tres sujetos distintos, todos pertenecientes a la empresa, en primer lugar, por el vigilante de seguridad que se encontraba en la entrada, en segundo lugar, por el responsable de mantenimiento de las instalaciones deportivas, y finalmente, por un miembro de la dirección deportiva. Todos prohibieron el paso de las empleadas públicas al centro de trabajo, alegando que no se podía parar el entrenamiento, reteniéndolas en la zona de acceso e invitándolas a que pasaran a una zona alejada -graderío anexo al campo de fútbol- y marcando las pautas de cómo debería continuar la inspección -que el equipo técnico vaya saliendo de uno en uno para responder a unas breves preguntas-.

Incluso vertieron manifestaciones fuera de lugar, del tipo «qué queréis que pierdan el partido del domingo», o, «de que equipo sois, se nota que no sois del Cádiz». Se mantuvo la decisión de no interrumpir el entrenamiento a pesar de la insistencia y la entereza de las funcionarias, quienes se vieron obligadas a quedarse en todo momento en el aparcamiento de las instalaciones deportivas, sin acceder al campo de juego, las oficinas o algún lugar donde se pudiera mantener una entrevista con el equipo técnico. Auxilio que, si prestaron posteriormente, tanto en la comparecencia que tuvo lugar en la sede de la ITSS de Cádiz, como en una segunda visita inspectora -28 de abril de 2022-, pero que no evitó diluir el perjuicio causado previamente.

No se debe olvidar, que al efectuar la visita ambas inspectoras se identificaron correctamente de forma documental -mostrando la acreditación reglada<sup>20</sup> que les

<sup>20</sup> ROFIT. Art. 12.3. Los inspectores y los subinspectores serán provistos de un documento oficial que acredite su condición, que será expedido por la Autoridad Central de la Inspección

otorga la condición de inspectoras de Trabajo y Seguridad Social-, comunicaron su presencia<sup>21</sup>, y explicaron su condición de autoridad pública<sup>22</sup> y el ejercicio de sus competencias, por lo que las personas trabajadoras de la empresa debieron iniciar la preceptiva colaboración para que se pudiera materializar el respectivo control y las indagaciones necesarias.

Si se toma como base el apartado tercero del art. 13 de la LOITSS -facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social para el desempeño de sus competencias-, las dos empleadas públicas se vieron privadas de practicar cualquier diligencia de investigación, examen, reconstrucción o prueba que se hubiera considerado necesario para realizar los amplios cometidos que abarcan las funciones inspectoras. Del mismo modo, no pudieron requerir información in situ a los dirigentes o al personal de la empresa sobre cualquier asunto relativo a la aplicación de las disposiciones legales, así como a exigir la identificación, o razón de su presencia, de las personas que se encuentren en el centro de trabajo investigado.

Tampoco, lograron examinar en el centro de trabajo todo tipo de documentación con trascendencia en la verificación del cumplimiento de la legislación social, y, por supuesto, nada de tomar o sacar muestras de sustancias y materiales utilizados o manipulados en el establecimiento, realizar mediciones, obtener fotografías, videos, grabación de imágenes, levantar croquis y planos -siempre que se notifique al empresario o a su representante- y obtener copias y extractos de los documentos oportunos. Además, se vieron impedidas de adoptar las medidas cautelares que estimaran precisas y proporcionadas, para impedir la destrucción, desaparición o alteración de la documentación, siempre que no causara perjuicio de difícil o imposible reparación o implicara violación de derechos.

### *2.1.2. Deberes y código de conducta. Deber de sigilo*

Dilucidada la posibilidad de efectuar la visita fiscalizadora y de practicar las diligencias inapelables, se podría plantear una nueva prerrogativa, ¿fue tratada la empresa y sus personas trabajadoras debidamente por parte de las inspectoras? A tal efecto, el contenido del art. 9 de la LOSITSS -deberes y código de conducta- debe ser traído a colación, dado que en su primer apartado somete a todo el personal

de Trabajo y Seguridad Social (desde la LOSITSS la representación y gestión del Organismo se encomiendan a su Director, a quien también se encomiendan las funciones propias de la Autoridad Central de la ITSS de acuerdo con lo establecido en el Convenio n.º 81 de la OIT). Los sujetos inspeccionados tienen derecho a recabar su acreditación en las visitas de inspección a sus locales o centros.

<sup>21</sup> LOSITSS. Art. 13.1.

<sup>22</sup> Ibidem, art. 13.1. En el ejercicio de sus funciones, los inspectores de Trabajo y Seguridad Social tienen el carácter de autoridad pública. En este sentido también se pronuncia el art. 12.1 del ROFIT. Los subinspectores tienen el carácter de agentes de la autoridad.

del Sistema de la ITSS «con carácter general al conjunto de deberes establecido para los empleados públicos.» Deberes contenidos en el art. 13 de la LPACAP. En su segundo apartado, les exige «desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico», para, en su último apartado, «observar la máxima corrección en el ejercicio de sus funciones y procurar perturbar en la menor medida posible el desarrollo de las actividades de los inspeccionados, sin merma de su autoridad ni del cumplimiento de sus deberes. Asimismo actuarán con celo en la custodia de la documentación que les sea confiada.»

El respeto a los citados principios de máxima corrección y mínima perturbación contribuirá al buen éxito de las actuaciones, facilitando en no pocas ocasiones la desactivación en los sujetos investigados de determinados comportamientos inicial o potencialmente obstructivos para la labor inspectora. Todo un catálogo de cometidos, que, por los hechos comprobados de la resolución judicial, fueron atendidos por las inspectoras en el transcurso de la visita y en las actuaciones administrativas posteriores. El sujeto inspeccionado no se debe sentir agraviado por esta razón.

Como particularidad, y respecto del «exceso de celo» que centra el caso, se puede hacer referencia al deber de sigilo que contempla el apartado segundo del art. 10 de la LOSITSS, donde los inspectores y los subinspectores «vendrán obligados a observar secreto y a no revelar, aun después de haber dejado el servicio, los datos, informes o antecedentes de que puedan haber tenido conocimiento en el desempeño de sus funciones, salvo para la investigación o persecución de delitos públicos, en el marco legalmente establecido para la cooperación con la Administración Laboral, la de la Seguridad Social, la Tributaria, la de lucha contra el fraude, en sus distintas clases, y con comisiones parlamentarias de investigación, en la forma que proceda.» Importante e ineludible obligación que pesa sobre las inspectoras actuantes, y que haría decaer la desconfianza que se mostró durante la visita inicial.

## **2.2. Cádiz Club de Fútbol, S.A.D.**

No debería asombrar que una entidad deportiva pueda ser sometida a fiscalización, por mucha relevancia que tenga en la vida social o en el ámbito deportivo. No existen empresas ajenas o excluidas de una investigación y de actuaciones inspectoras. Lo que debería llamar la atención es la ausencia de cooperación que se mostró con la ITSS en el intervalo de la visita, y el forzado desconocimiento de la norma que expusieron las personas trabajadoras del Club, a pesar de las explicaciones fundadas en derecho que reiteradamente aportaron las inspectoras actuantes.

Al igual que en el sujeto anterior, donde se analizaron las facultades inspectoras versus la diligencia adecuada con el administrado, se prestará atención ahora al celo o privacidad de la empresa en confrontación con el deber de colaboración

con los empleados públicos de la ITSS. Esa comparación pretende encontrar un punto de equilibrio, donde ambos sujetos atiendan a los preceptos normativos y se materialice el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

### 2.2.1. Aproximación al «exceso de celo»

El «exceso de celo» de una empresa generalmente se refiere a una situación en la que la empresa actúa con una diligencia excesiva o exagerada en el cumplimiento de ciertas normativas, políticas internas o procedimientos, hasta el punto de generar consecuencias negativas o injustas para sus empleados, sus clientes u otras partes interesadas -como podría ser la administración laboral-.

Desde el punto de vista que nos preocupa, esto puede manifestarse en una aplicación rigurosa de sus políticas internas, ya que la empresa puede aplicarlas de manera inflexible, sin tener en cuenta circunstancias atenuantes o la realidad específica de cada situación. Una actitud excesivamente defensiva o agresiva durante una inspección de trabajo puede generar desconfianza en los funcionarios actuantes, lo que derivaría en un convencimiento psicológico de que el Cádiz Club de Fútbol pretendía ocultar alguna circunstancia o hecho relevante, y que no fuera destapado durante la visita inspectora. Esta conducta de la mercantil puede verse contagiada por la privacidad que quiere mantener a toda costa, donde nada ni nadie interfiera en su proceso productivo, en nuestro caso en un entrenamiento del primer equipo previo a un partido decisivo para mantener su categoría en la primera división de la liga española de fútbol<sup>23</sup>.

Incluso puede llevar a la empresa a intentar ocultar o corregir las infracciones menores, lo que podría interpretarse como una admisión de culpabilidad y resultar en sanciones innecesarias impuestas por la ITSS, que se podrían solventar con advertencias o requerimientos administrativos.

¿Podría verse amparado la postura del Cádiz Club de Fútbol por el secreto profesional? De conformidad con el apartado primero del art. 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, «se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas; b) tener un valor empresarial, ya sea

<sup>23</sup> La visita inspectora tuvo lugar el miércoles 2 de marzo de 2022 y el Cádiz Club de Fútbol se enfrentaba en su estadio y como local al Rayo Vallecano, partido correspondiente a la jornada 27 de 38 de la primera división de la liga española de fútbol, que acabó ganando por dos goles a cero.

real o potencial, precisamente por ser secreto, y, c) haber sido objeto de medidas razonables por parte de su titular para mantenerlo en secreto.» De la definición expuesta no se puede inferir lo que pretendía proteger la entidad deportiva, y aun dándose todos y cada uno de los requisitos asentados no podría ser alegado para sortear una inspección inesperada, ya que interviene sobre la empresa la obligación de cooperación, en la que se profundizará a continuación.

Desde luego esa conducta no acarrea beneficios para la mercantil, que como todas desea alcanzar su libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, donde los poderes públicos garanticen y protejan su ejercicio y la defensa de su productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación<sup>24</sup>. La libertad de empresa como un derecho o libertad constitucionalmente garantizado debe modularse en función de un parámetro como es la economía de mercado, que no contiene un concepto técnico jurídico, sino que se remite a consideraciones de carácter económico con el propósito de instaurar el modelo global del sistema económico y social. En este modelo global es ampliamente conocido el papel que juega la ITSS, siendo un operador jurídico más, con el que las empresas deben lidiar obligatoriamente en su quehacer diario.

Sin embargo, la AN en su fundamento de derecho cuarto, dota de relevancia esta condición mantenida por la empresa durante la visita inspectora, cuando se decide a minorar el importe final de la sanción, indicando expresamente «que los hechos se debieron a un exceso de celo de los implicados en preservar la intimidad del entrenamiento del equipo».

### *2.2.2. De la colaboración con los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*

Si no existiera y no se recogiera en la norma la obligación de cooperación con los inspectores y subinspectores del OEITSS difícilmente podrían poner en práctica su labor inspectora, por lo que se presume imprescindible, y así lo recoge el apartado primero del art. 18 de la LOSITSS, cuando determina que «los empresarios, los trabajadores y los representantes de ambos, así como los demás sujetos responsables del cumplimiento de las normas del orden social, están obligados cuando sean requeridos: a) a atender debidamente a los inspectores de Trabajo y Seguridad Social y a los subinspectores laborales; b) a acreditar su identidad y la de quienes se encuentren en los centros de trabajo; c) a colaborar con ellos con ocasión de visitas u otras actuaciones inspectoras; y d) a declarar ante el funcionario actuante sobre cuestiones que afecten a las comprobaciones inspectoras, así como a facilitarles la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones.»

<sup>24</sup> CE. Art. 38. El derecho a la libertad de empresa reconocido en este art. forma parte de lo que ha sido denominado como “Constitución económica”.

Continúa el art., en su apartado segundo, reafirmando la obligación y haciéndola extensiva a más sujetos, incluso sin que las entidades puedan ampararse en el secreto bancario, con la única limitación de «aquellos datos confidenciales a que hubieran accedido por su prestación de servicios de asesoramiento y defensa o con ocasión de prestaciones o atenciones sanitarias, salvo conformidad previa y expresa de los interesados.» Para finalmente afirmar que «el incumplimiento de estos requerimientos se considerará como infracción por obstrucción conforme al texto refundido de la LISOS.»

Como se relató previamente, las personas trabajadoras de la empresa no atendieron convenientemente a las inspectoras cuando fueron requeridos, no acreditaron su identidad y la de quienes se encontraban en las instalaciones deportivas, no colaboraron con ocasión de la visita y, por último, no declararon en el centro de trabajo sobre cuestiones que iban a plantear las inspectoras y, por ende, no les facilitaron la información y documentación necesarias para el desarrollo de sus funciones. Por consiguiente, parece que se infringe la obligación de cooperación en todos y cada uno de los extremos que fija el precepto normativo, sin que la mercantil se viera afectada por limitación legal que le amparara.

No se debe dejar en el tintero que las funcionarias podrían haber activado, de conformidad con los acuerdos bilaterales previstos<sup>25</sup>, el apoyo, auxilio y colaboración debidos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes, que estarán obligadas a ello mediante los mandos designados a tal efecto por la autoridad correspondiente<sup>26</sup>. En tal caso, en cuestión de poco tiempo se hubieran personado en las instalaciones deportivas distintos agentes de la Policía Nacional o de la Guardia Civil, colaborando en todo lo que solicitaran las inspectoras dentro de su ámbito de competencias, y forzando el éxito de la visita inspectora, ya que hubieran accedido e interrumpido el entrenamiento, y consecuentemente hubieran evacuado sus facultades y diligencias oportunas. No optaron por esa vía, pero no acudir a las fuerzas policiales para entrar en el centro sólo indica que decidieron no hacer uso de la potestad -no obligación- que les asistía en tal sentido, sin que por ello pueda deducirse la inexistencia de la obstrucción denunciada en el acta<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Por la dirección del OEITSS, los directores territoriales de las CC. AA. y los jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo se establecerán protocolos de colaboración, respectivamente, con el Ministerio del Interior, delegados del Gobierno en las CC. AA., subdelegados del Gobierno y autoridades autonómicas, para que los funcionarios de la ITSS reciban asistencia inmediata de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o de las Administraciones Autonómicas o Locales.

<sup>26</sup> LOSITSS. Art. 16.8. Auxilio y colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En el mismo sentido se fija en el art. 13.2 del ROFIT. Colaboración y auxilio a la función inspectora.

<sup>27</sup> *Vid.* SAN Sala de lo Social 108/2019, de 23 de septiembre, en concreto su fundamento de derecho quinto.

### 3. INFRACCIÓN POR OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INSPECTORA

Dentro del abanico de infracciones que pueden cometer los sujetos responsables nos topamos con la obstrucción a la labor inspectora, que sucede con bastante frecuencia, como recoge el último Informe Anual de la ITSS del ejercicio 2022<sup>28</sup>, donde se señala que se efectuaron 3.904 actuaciones al respecto, con 4.205 infracciones, afectando a 37.352 personas trabajadoras. Ello implicó que el número de actas de infracción por obstrucción ascendiera a 3.783, mientras que, en el año 2021 llegó a 2.784, y en el 2020 a 2.689. Se visualiza una tendencia al alza significativa. Eso sí, al fraccionar las actas de infracción por materias las de obstrucción ocupan el último lugar, con un 5,29% del total<sup>29</sup>.

Continúa la memoria detallando que de las 3.783 actas de infracción por obstrucción 678 se cometieron en la CC.AA. de Andalucía, de las cuales 91 fueron originadas en la provincia de Cádiz, ocupando el tercer lugar en el escalón provincial (145 en Málaga y 93 en Huelva).

Para comprender este fenómeno y trasladarlo a nuestro comentario, se avanzará sobre el concepto de la infracción y los criterios de graduación de la sanción que le acompaña, para ulteriormente analizar los Criterios Técnicos emanados del OEITSS, a los que se hallan sometidos los inspectores y subinspectores, pero teniendo presente que también se encuentran dotados de independencia técnica y funcional. A la postre, y antes de concluir el presente comentario, se hará un breve repaso de algunas sentencias relevantes de la AN en supuestos de obstrucción para conocer su alcance corrector.

#### 3.1. Conceptualización de la obstrucción y criterios de graduación

La LISOS reserva su art. 50 para las infracciones por obstrucción a la labor inspectora, a las que califica, en su apartado primero, como «leves, graves y muy graves, en atención a la naturaleza del deber de colaboración infringido y de la entidad y consecuencias de la acción u omisión obstructora sobre la actuación de la ITSS». El apartado segundo del mismo precepto se refiere a las infracciones graves, y el tercero a las leves, fijándose en el cuarto las muy graves, de las que se hará mención por encajar en nuestro escenario, y, en concreto, a la establecida en el apartado a): «Las acciones u omisiones del empresario, sus representantes o personas de su ámbito organizativo, que tengan por objeto impedir la entrada o permanencia en el centro de trabajo de los inspectores y de los subinspectores, así

<sup>28</sup> Informe Anual de la ITSS de 2022, publicado el 18 de diciembre de 2022. Disponible en: [https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS\\_Descargas/Que\\_hacemos/Memorias/Memoria\\_ITSS\\_2022\\_2.pdf](https://www.mites.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_ITSS_2022_2.pdf)

<sup>29</sup> Seguridad Social: 37,66%, prevención de riesgos Laboral: 24,81%, relaciones Laborales: 23,33%, empleo y extranjería: 8,92% y obstrucciones: 5,29%. Cuadro; 2\_10\_1 (GN10) del Informe Anual de la ITSS del año 2022.

como la negativa a identificarse o a identificar o dar razón de su presencia sobre las personas que se encuentren en dicho centro realizando cualquier actividad.»

La actitud reiterada de la entidad deportiva, ¿tuvo el propósito de impedir la entrada o la permanencia en el centro de trabajo de las inspectoras? No es necesario un amplio conocimiento de la materia para que se llegue a una conclusión favorable, de ahí que, a pesar de la cooperación posterior -en las oficinas de la Inspección Provincial de Cádiz y durante la segunda visita-, se procediera a levantar el acta de infracción.

Asunto distinto o que entrañaría serias dudas sería la graduación de la sanción con la que finaliza el acta, sometida a los criterios del apartado segundo del art. 39 de la LISOS. Aplicados éstos, las sanciones por las infracciones por obstrucción se podrán imponer en los grados de mínimo, medio y máximo. Así, «las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.» Lista cerrada, que solo contiene agravantes, que no ha sufrido modificaciones<sup>30</sup> desde su entrada en vigor -1 de enero de 2001-, que continuamente es criticada por su inexactitud y por su involución, y sin que se adapte a la transformación del mercado laboral -lo que permitiría encajar con mayor precisión la graduación de la sanción y el importe final-.

Con este escenario -con unos criterios de graduación deficientes-, cuando se toma uno u otro, se hace desde un punto de vista general que se lleva al terreno del supuesto concreto, con un encaje, en ocasiones, forzado. Cuando se levantó el acta de infracción se tomaron los criterios de la cifra de negocios de la mercantil -72.680.480 euros- y del número de personas trabajadoras afectadas -cinco, referidos al cuerpo técnico del Club-, lo que derivó en que la sanción fuera propuesta en su grado medio<sup>31</sup>, de 30.001 a 120.005 euros, siendo fijada en 72.006 euros.

Si se valoran ambos criterios<sup>32</sup> y comenzando por la cifra de negocios de la empresa, ésta debe apreciarse en su totalidad, no solamente del centro de trabajo

<sup>30</sup> Conviene matizar que el apartado segundo del art. 39 de la LISOS sufrió dos modificaciones, una por el art. 2.4 de la Ley 34/2014, de 26 de diciembre, y la otra por el art. 4.7 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, pero ambas añadieron nuevo contenido, sin que cambiara nada de la redacción inicial del listado de criterios.

<sup>31</sup> LISOS. Art. 40.1.c) Cuantía de las sanciones. Las infracciones por obstrucción se sancionarán: las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros

<sup>32</sup> Criterio Técnico n.º 22/1999, de 13 de julio de 1999, de la Dirección General de la ITSS. Interpretativo sobre los requisitos de las Actas de Infracción y de Liquidación.

o sección inspeccionada, pues lo que se evalúa es la capacidad económica global del sujeto infractor, y ha de referirse a la cifra de ventas o servicios prestados durante el último ejercicio económico. Normalmente este dato puede obtenerse de la documentación fiscal de la empresa, de la información a la junta general de accionistas o de la información económica al comité de empresa. En lo concerniente al número de personas trabajadoras de la empresa y al número de afectados, debe figurar cuando sirva para graduar la sanción o para calificar la infracción, sin que tengan que coincidir ambos números. No obstante, cuando la visita resulta impedida, como así aconteció, los afectados son la totalidad de las personas trabajadoras de la empresa o, en su caso, del centro de trabajo concreto, pero tal circunstancia numérica no constituirá causa de agravación o atenuación si no va unida a otras circunstancias, como fue la obstrucción sufrida en la visita, sin que se pudieran listar, identificar y entrevistar a la totalidad de la plantilla, no sólo al cuerpo técnico. Cuando resulte imposible determinar el número exacto de personas trabajadoras de la empresa o el de afectados, hay que acudir a estimaciones que deben reflejarse en el acta. Estimación que fue descartada por las dos inspectoras, a pesar de la obstrucción, lo que hubiera originado un más que probable incremento de la sanción.

### **3.2. Control de calidad: criterios técnicos versus autonomía técnica y funcional**

A través de una aplicación homogénea de la legislación del orden social se procura garantizar la efectividad de los principios de igualdad de trato y no discriminación en el ejercicio de la actividad inspectora. Para ello, se fijarán «las oportunas instrucciones de organización de los servicios, criterios operativos generales y criterios técnicos vinculantes, que serán objeto de publicación, en su caso, conforme a lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno<sup>33</sup>.»

Si se repasan los criterios e instrucciones internas evacuados por la dirección del OEITSS<sup>34</sup>, y en concreto respecto de la obstrucción a la labor inspectora, se constata que con fecha 2 de abril de 1997, la entonces Dirección General de la ITSS (DGITSS), aprobó el primer Criterio Técnico, el 1/1997, precisamente sobre «Actas de infracción por obstrucción a la labor inspectora». A continuación, con fecha 18 de junio de 1998 dicha Dirección General aprobó el Criterio Técnico 17/1998 relativo a la «Administración competente en las propuestas derivadas por actas de obstrucción». Por último, con fecha 11 de febrero de 2006 el mismo centro directivo

<sup>33</sup> LOSITSS. Art. 20.2. Normas generales, origen de las actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y condición de interesado.

<sup>34</sup> *Vid.* Fernández-Simal Fernández, Juan Sebastián, «Acerca de los criterios técnicos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social», Revista CEF de Trabajo y Seguridad Social, núm. 337, págs. 31-58, Madrid, 2011.

aprobó el Criterio Técnico núm. 45/2006, por el que se establecían «Orientaciones interpretativas sobre las circunstancias de graduación en las actas de obstrucción a la labor inspectora».

Incluso, con motivo de las agresiones físicas y verbales que podían sufrir los funcionarios de la Inspección, la DGITSS elaboró la «Instrucción n.º 8/2010 por la que se aprueba la política de prevención de riesgos laborales derivados de la violencia externa a la que está expuesto el personal de la ITSS, en especial en el ejercicio de la actuación inspectora, así como las acciones y medidas preventivas.»

El tiempo transcurrido desde entonces, unido a la experiencia administrativa acumulada en la tramitación de las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectora, justificaron por sí mismo la necesidad de elaborar una «Guía sobre actas de infracción por obstrucción a la labor inspectora». La misma fue confeccionada por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Técnica del OEITSS, ya que, pese a las instrucciones contenidas en los criterios técnicos precitados, se seguían observando en bastantes ocasiones defectos que conllevaban la necesidad de modificar a la baja la cuantía de las sanciones propuestas, o incluso anularlas.

Los criterios técnicos, si deben publicarse, de hecho, están disponibles los elaborados desde 2009<sup>35</sup>, pero no las guías operativas o notas informativas -de carácter reservado- que marcan y pautan las campañas y la labor inspectora, con el propósito de obtener la uniformidad a nivel nacional<sup>36</sup>.

De su análisis, con carácter general, los defectos en los que pueden incurrir las actas de infracción por obstrucción serían: una aplicación incorrecta de los preceptos sustantivos infringidos por los sujetos responsables, una incorrecta tipificación y calificación de las infracciones, y una excesiva parquedad en el relato de hechos constitutivos de la obstrucción o, por el contrario, una excesiva extensión de los mismos, con un suministro innecesario de datos, fechas y situaciones que, lejos de aclarar la situación o actuación constitutiva de obstrucción, dificultan la comprensión de los hechos que debe valorar el órgano resolutorio a la hora de resolver las mismas. Además, y por lo que respecta a la graduación de las sanciones, en algunos casos, se observa una inapropiada valoración o aplicación de los criterios de graduación, manteniéndose diferencias notables en la fundamentación

<sup>35</sup> El OEITSS (como Autoridad Central) considera oportuno y conveniente ofrecer a todas las empresas y ciudadanos interesados, determinados Criterios Técnicos con el objetivo de informar sobre cuáles son las interpretaciones que realiza este órgano directivo, sobre determinadas cuestiones relativas a la normativa laboral en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, publicita para un conocimiento general, los Criterios Técnicos dictados desde el primero de enero del año 2009, pero desconcierta que no se informe de los emanados desde 1997 hasta 2008.

Disponible en: [https://www.mites.gob.es/itss/web/Atencion\\_al\\_Ciudadano/CRIT\\_TECNICOS/index.html](https://www.mites.gob.es/itss/web/Atencion_al_Ciudadano/CRIT_TECNICOS/index.html)

<sup>36</sup> Ante la ausencia de publicidad de la Guía referencia se considera acertado no profundizar y analizar los elementos contenidos, ya que se parte del deber de sigilo que obra sobre el autor del presente comentario -subinspector laboral en ejercicio-.

y aplicación de los mismos por parte de los actuantes, tanto para la agravación como para la atenuación de las propuestas de sanción, hasta el punto de que por hechos iguales o análogos se proponen sanciones de cuantía muy dispar.

Se ha podido revisar el acta de infracción por obstrucción discutida y, sin desvelar cuestiones protegidas y amparadas por los principios de la protección de datos y la obligación de sigilo, podemos confirmar que refleja el contenido normativamente establecido<sup>37</sup>, y que no incurre en los defectos citados, todo lo contrario, brilla por su claridad y relato de hechos, llegando a una precisa conclusión como resultó ser la obstrucción sufrida en la primera visita a las instalaciones deportivas del Cádiz Club de Fútbol. Se ajusta a los Criterios Técnicos y a la Guía mencionados, pecando, en todo caso y a juicio personal, de falta de afinación en los criterios de graduación y en contundencia en el amparo normativo para el despliegue de las facultades inspectoras.

A tal fin, es necesario recordar que, de conformidad con lo establecido en el apartado primero del art. 15 de la LOSITSS, «los inspectores de Trabajo y Seguridad Social -y extensible a los subinspectores laborales- están facultados para desempeñar todas las competencias que la ITSS tiene atribuidas. En su ejercicio gozarán de plena autonomía técnica y funcional, se les garantizará protección frente a todo tipo de violencia, coacción y amenaza, e independencia frente a cualquier influencia indebida en los términos del art. 6 del Convenio número 81 y del art. octavo del Convenio número 129 de la OIT.»

Independencia técnica y funcional que no colisionan con los criterios y pautas marcados por la dirección del OEITSS, ya que lo que se pretende con la ratificación en España de los Convenios de la OIT es que los funcionarios ostenten la capacidad y el conocimiento técnico necesario para evaluar apropiadamente el cumplimiento de las leyes y normas nacionales e internacionales en materia laboral. Esto implica tener acceso a la formación idónea y a recursos suficientes para realizar inspecciones exhaustivas. Y que deben poder ejercer sus funciones sin presiones ilícitas, influencias externas o interferencia política. Deben tener la libertad para tomar decisiones basadas en reglas profesionales y objetivas, sin estar sujetos a influencias que puedan comprometer su imparcialidad.

Si se conjuga lo anterior se necesita de un control de calidad de las actuaciones fiscalizadoras, que se consigue con uno de los instrumentos tradicionalmente utilizados para garantizar la corrección, el interno, el propio del OEITSS, que corresponde a los Jefes de las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social y a los Jefes de las Unidades especializadas con la función de verificar el

<sup>37</sup> Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social (RD 928/1998). Art. 14. Contenido de las actas de infracción. BOE de 5 de agosto de 2021.

formalismo del expediente e impedir que se cursen aquellas actas que presentan deficiencias en cuanto a su fondo o de carácter formal, o se apartan de los criterios técnicos dictados para el desarrollo de la función inspectora. Gracias al apropiado control de los parámetros de legalidad se procura evadir la posterior anulación de las actuaciones, o el retraso por reposición al momento procedimental oportuno y los consiguientes efectos descalificadores.

El art. 20 de la LPACAP<sup>38</sup> establece de un modo general la responsabilidad de los titulares de las unidades administrativas, para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos, y de un modo más específico el art. 12 del Reglamento General, aprobado por RD 928/1988, de 14 de mayo, sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social<sup>39</sup>, señala la posibilidad de la devolución de «las actas incompletas o defectuosas o que contraríen los criterios técnicos e interpretativos comunes». Idéntico control de calidad deberán realizar los Inspectores previamente al visado de las actas de infracción y de liquidación que levanten los subinspectores laborales que formen parte de su Equipo. Desde las perspectivas de eficacia y organización, les corresponde controlar la realización de las actuaciones programadas dentro del período fijado, conducente a una aplicación homogénea y global en todo el territorio nacional.

### 3.3. Corrección jurisdiccional y principio de proporcionalidad

Junto con la revisión de calidad interna la jurisprudencia ha subrayado que la actuación administrativa queda sujeta también al control jurisdiccional respecto a una concreción y graduación de la sanción «con el adecuado criterio de proporcionalidad ínsito en los principios ordenadores del Derecho sancionador, sopesando a tal fin las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción sancionada», por lo que la actividad de la Administración no sólo puede ser censurable respecto a «subsumir la conducta del infractor en un determinado tipo legal, sino también a adecuar la sanción al hecho cometido, ya que en uno y otro caso se trata de la aplicación de criterios jurídicos plasmados en la norma escrita e inferirles de principios informadores del ordenamiento jurídico sancionador, como son los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción<sup>40</sup>.»

<sup>38</sup> LPACAP. Art. 20.1. Responsabilidad de la tramitación. «Los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos.»

<sup>39</sup> RD 928/1988. Art. 12. Extensión de actas de infracción y de liquidación.

<sup>40</sup> Por todas, STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 11 de junio de 1992 (recurso n.º 4301/1990). Destaca la facultad del tribunal para moderar sanciones administrativas, considerando

En este contexto, se van a repasar algunas sentencias relevantes de la AN en casos de impugnación de actas de infracción por obstrucción a la labor inspectora, para así ostentar una visión global de su capacidad correctora y poder llegar a una conclusión acerca de si su posición fue acertada o no en la resolución judicial revisada. Por orden cronológico, en primer lugar, resulta interesante aludir a la Sentencia 108/2019, de 23 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:AN:2019:3585), que confirmó la comisión de una infracción muy grave por parte de la empresa y la sanción impuesta. En concreto, durante la visita de una subinspectora se produjeron actos de obstrucción por parte del gerente, consistentes en interrumpir reiteradamente durante la toma de la declaración a algunos de las personas trabajadoras entrevistadas, así como la expulsión de la empleada pública, sin que se le permitiera continuar con la visita ni entregar diligencias ni citaciones.

En segundo lugar, respecto de los requerimientos de la ITSS a las empresas para que se proceda a la aportación de documentación e información -donde también se suceden, a menudo, infracciones por obstrucción-, contamos con la Sentencia 97/2021, de 5 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:1675)<sup>41</sup>, donde el órgano jurisdiccional estima, en parte, la demanda de la empresa y rebaja el importe de la sanción. Acredita la conducta, que comporta una clara voluntad de los responsables de la empresa de obstruir la actuación inspectora, incardinada en el art. 50.4 de la LISOS. Pero esa pauta obstruccionista no fue plena y pertinaz, ya que compareció ante la Inspección cuantas veces fue requerida y entregó una extensa información, debiendo tenerse en cuenta que la empresa no disponía de todos los datos, siendo de aplicación la doctrina del TS que entendió que no constituye un incumplimiento de las obligaciones de cooperación y, por tanto, una obstrucción sancionable el no atender al requerimiento de la Inspección de aportar en soporte informático unos datos que no poseía y que para intentar cumplir le obligarían a llevar a cabo una operación de reconstrucción a partir de otros datos.

Continuando con la obligación de atender los requerimientos de entrega de documentación, se revisa la Sentencia 171/2022, de 23 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:AN:2022:5789), donde se desestima íntegramente la demanda interpuesta frente al acta de infracción por obstrucción a la labor inspectora, rechazando la caducidad del expediente sancionador y corroborando que la presentación deficiente, de forma reiterada, de la documentación requerida no permite dejar sin efecto la sanción impuesta, dado el carácter de los incumplimientos advertidos. Tal y como refleja el acta, la actuación empresarial impidió conocer de forma fidedigna la realidad de los hechos investigados, y que afectaban al abono del complemento

la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, así como las circunstancias concurrentes en el hecho constitutivo de la infracción, lo cual es relevante en la aplicación del derecho sancionador.

<sup>41</sup> *Vid.* Eduardo Rojo Torrecilla, «Obstrucción a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Límites a la entrega de documentación. Notas a la sentencia de la AN de 5 de mayo de 2021 (caso GlovoApp 23).», *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo, una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 1 de junio de 2021 (actualización a 2 de junio), <http://www.eduardorojotorrecilla.es/>.

variable en vacaciones, horas extraordinarias y diferencias de cotización derivadas del abono de las horas trabajadas en festivo por debajo de convenio, produciendo un evidente perjuicio no sólo a las personas trabajadoras damnificadas sino a la propia Administración, al incumplirse las obligaciones derivadas de las normas legales y convencionales en materia de cotización.

Habiéndose reparado en las sentencias reseñadas, se puede comprobar cómo la AN no discute la calificación de las infracciones por obstrucción, confirmándolas, pero si valora continuamente la graduación de la sanción y los criterios seleccionados, resultando determinante que sean justificados adecuadamente. En la misma línea se apuntaba en las reflexiones volcadas sobre los criterios técnicos y guías operativas emanadas del OEITSS.

Si se toma como base el Criterio Técnico n.º 45/2006, de 11 de febrero de 2006, referenciado anteriormente, se analizarán -como mera orientación a la hora de cuantificar la sanción a proponer en el acta en los casos de obstrucción- los dos criterios de graduación del acta de infracción impugnada: la cifra de negocios y el número de personas trabajadoras. En relación con el primero, teniendo en cuenta la literalidad de la norma, no ha de considerarse solamente la del centro visitado, sino la del conjunto de la empresa, puesto que se intenta mostrar la capacidad económica del sujeto infractor. Se suele considerar la cifra de negocios del último ejercicio económico. Debe señalarse siempre la cifra económica exacta, «el montante económico de los negocios de la empresa y en qué medida deba incidir negativa o positivamente sobre la cuantificación de la sanción<sup>42</sup>.» Desde un punto de vista práctico, se puede acudir a algunas pautas, como que no puede apreciarse esta circunstancia o debe apreciarse como atenuante cuando se trata de pequeñas empresas, y a contrario sensu, si ha de considerarse cuando la empresa sea importante o de relevancia. En cuanto a la situación económica de la empresa, se debería tener en cuenta como posible atenuante.

En cuanto al segundo -número de personas trabajadoras-, debe indicarse el número de afectados expresamente y de manera inequívoca<sup>43</sup>, evitando suposiciones o conjeturas. La ponderación de este criterio como circunstancia de agravación requiere una dosis alta de racionalidad, ya que la ley no establece mayores precisiones en cuanto a la aplicación del mismo. A modo de ejemplo, diez personas trabajadoras afectadas de una plantilla de diez justificarían el grado máximo de la sanción, sin embargo, treinta de una plantilla de mil personas podría servir para rebajar la sanción por graduación.

<sup>42</sup> Vid. STSJ Andalucía Sala de lo Contencioso-Administrativo 4471/1998, de 17 de abril de 1998 (recurso n.º 291/1995).

<sup>43</sup> *Ibidem*.

Aplicado a nuestro caso, la AN -sin discutir la presunción de certeza y de veracidad atribuida al acta de infracción<sup>44</sup>- no cuestionó la calificación de la infracción, ratificando que se trató de una obstrucción muy grave, y considerando igualmente propicia la graduación de la sanción en el punto medio. Para ello valoró indudablemente el criterio de la cifra de negocios en su fundamento de derecho cuarto, «pues de imponer el mínimo, dados los recursos económicos de la sociedad sancionada, la multa quedaría privada de cualquier efecto disuasorio.» Sin embargo, si boicoteó el criterio del número de personas trabajadoras dañadas, cuando consideró «que atendiendo a las particularidades del caso, no es un porcentaje considerable de los trabajadores que se supone que emplea la entidad, y que, debe tomarse en consideración que no se ha apreciado ánimo defraudatorio alguno en la conducta, ni de ocultar eventuales lesiones que se estuviesen produciendo a los afectados con relación a sus derechos laborales o de seguridad social, sino más bien a que los hechos se debieron a un exceso de celo de los implicados en preservar la intimidad del entrenamiento del equipo».

Se desconoce el razonamiento del tribunal en este aspecto, que mezcla el número de personas trabajadoras afectadas con el supuesto «exceso de celo» de la empresa. La diligencia excesiva de la entidad deportiva no figura como una circunstancia agravante o atenuante en la LISOS, donde el elenco de su art. 39.2 constituye un *numerus clausus*, de acuerdo con los principios indeclinables del derecho sancionador, según los cuales existe una prohibición de imponer sanciones amparándose en reglas interpretativas extensivas o analógicas. En consecuencia,

<sup>44</sup> LISOS. Art. 53.2. Contenido de las actas y de los documentos iniciadores del expediente. «Los hechos constatados por los referidos funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.» Tal y como señala la STS de 4 de mayo de 2021 (procedimiento 4/2019), la reiterada doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sistematiza la presunción de certeza de las actas de la Inspección: «La presunción de veracidad atribuida a las Actas de Inspección se encuentra en la imparcialidad y especialización, que en principio, debe reconocerse al Inspector actuante[...], presunción de certeza perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), ya que los citados preceptos se limitan a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. Y es también reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha limitado el valor atribuible a las Actas de la Inspección, limitando la presunción de certeza a solo los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el Inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquellos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma[...] tal presunción no excluya un control jurisdiccional de los medios empleados por el Inspector -así, en sentencias de 29 de enero y 11 de marzo de 1992, de la Sección Séptima-, exigiéndose, asimismo, que el contenido de las actas, ya sean de infracción o de liquidación, determinen las “circunstancias del caso” y los “datos” que hayan servido para su elaboración[...] no se reconoce la presunción de certeza a las simples apreciaciones globales, juicios de valor o calificaciones jurídicas (Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS de 4 de diciembre de 2009, recurso 292/2008, y las citadas en ella).»

no pueden aplicarse a las actas de obstrucción otros criterios de agravación o atenuación<sup>45</sup>. Desde esta perspectiva no cabe, pues, la aplicación subsidiaria del art. 29.2 de la citada LRJAPC<sup>46</sup> ya que, en general, la aplicación subsidiaria de una norma se predica cuando existe una laguna legal de la disposición que se trata de completar, circunstancia que no concurre en el citado art. 39 de la LISOS, ni tampoco se ha incluido en este precepto previsión alguna al respecto.

Al efecto, debemos distinguir entre un criterio de graduación y un principio general de proporcionalidad que puede seguirse a la hora de aplicar tales criterios. Este principio de referencia general no se configura como un criterio de graduación, sino como un principio de inspiración en la aplicación de los criterios de graduación. En este sentido, hay que recordar la STS de 19 de mayo de 1981<sup>47</sup>, que declaraba que la proporcionalidad debe tenerse en cuenta a los fines de determinar la sanción, y son los tribunales los que, en último extremo, controlarán la existencia o no de proporcionalidad en la imposición de una sanción. Pero, para calificar de quebrantado el principio de proporcionalidad se precisará que la desproporción sea «importante, notoria o manifiesta en concordancia con la problemática planteada»<sup>48</sup>. Cuando el beneficio obtenido con la sanción es superior al importe de la multa y el sujeto responsable es de ello consciente, su conducta constituye un auténtico fraude a la legislación administrativa sancionadora y a la política que inspira tal legislación. Por lo tanto, la admisión de dicha regla requerirá en todo caso un elemento de conexión con el criterio de graduación de fraude.

Se abre el debate, y se plantea si la AN aplicó un criterio de graduación inexistente -el «exceso de celo» de la empresa- o si utilizó el principio de proporcionalidad. Es probable que se denote en su decisión una falta de claridad y concreción, habiendo tomado indirectamente el principio general para proceder a la minoración de la sanción. No obstante, la importante reducción que acometió afectó directamente al beneficio que obtuvo la mercantil con la obstrucción, ya que con la imposición de la sanción inicial si se pretendía diluir ese comportamiento.

<sup>45</sup> La existencia de un principio de *numerus clausus* y de una prohibición absoluta de técnicas de extensión analógica avalan esta interpretación. Sólo los criterios regulados en la correspondiente norma sancionadora deben tenerse en cuenta y no otros distintos por muy dignos que sean de tomarse en consideración.

<sup>46</sup> LRJAPC. Art. 29.2: «El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.»

<sup>47</sup> *Vid.* STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 944/1981, de 19 de mayo de 1981 (recurso de apelación n.º 36.441) (ECLI:ES:TS:1981:944).

<sup>48</sup> Por todas, STS Sala de lo Contencioso-Administrativo 1632/1981, de 2 de noviembre de 1981 (recurso de apelación n.º 46.135) (ECLI:ES:TS:1981:1632).

#### 4. BREVES CONCLUSIONES

Tras el análisis exhaustivo planteado, y si se parte de la prudencia de las inspectoras, por cuanto redujeron el número de personas trabajadoras afectadas a cinco cuando pudieron incluir a la totalidad de la plantilla, y que no incluyeron como circunstancia perjudicial para la empresa la ausencia de la identificación precisa de las personas trabajadoras durante la visita, aflora una primera valoración, como sería la ausencia de contundencia y reafirmación de las competencias y funciones que -a lo largo del tiempo y hasta el día de hoy- ostentan los empleados públicos de la ITSS, no resultando congruente la senda a recorrer que propone la AN, porque restaría importancia a la actividad inspectora que se realiza habitualmente, y revelaría a los empleadores un ejemplo que no deberían copiar. La cooperación y auxilio con la ITSS debe ser plena, independientemente de la empresa, de su relevancia social o de su actividad, y para ello contamos con el efecto disuasorio de las sanciones impuestas, donde los criterios de graduación del procedimiento sancionador necesitan una profunda revisión, no solo por el caso desarrollado sino por múltiples ocasiones donde resulta complejo su correcta aplicación. Con un perfeccionamiento de los criterios se mejoraría la selección de la cuantía de la sanción y se reduciría a mínimos el filtrado jurisdiccional.

Ni las empresas ni el conjunto de la sociedad deben tener la sensación de que obstruir resulta más ventajoso -y económico- que prestar la cooperación exigida. La obstaculización de la labor inspectora no puede servir como cauce habitual para ocultar irregularidades, ya que frente a ello se desplegarán los mecanismos administrativos necesarios que redundarán en una previsible sanción. Pero si el amparo normativo y, consecuentemente, las sentencias, merman la respuesta de la Administración y sus funcionarios competentes frente a la obstrucción, consiguen provocar que los sujetos responsables se replanteen su estrategia. La multa que se impusiera podría ser considerada cómo una partida más del total de gastos que soporta una empresa, que no vería peligrada su viabilidad y la obtención de beneficios.

Por otro lado, si esa valoración inicial se plantea en sentido opuesto, se podría alcanzar una conclusión diferente, al pensar que el acta de infracción fue desproporcionada a los hechos sucedidos, no siendo necesario el levantamiento de esta, ya que el expediente administrativo se pudo finalizar una vez que el Club recapacitó tras su actitud originaria. El «exceso de celo» se trasladaría a las inspectoras, quienes pretendieron preservar sus plenas competencias, desprovistas en el control efectuado en las instalaciones deportivas. Impresión que no se comparte.

He aquí la cuestión controvertida, que podría abrir la puerta a específicas conductas obstructoras de los empleadores en el transcurso de las visitas, puesto que se obvia por la Sala, en la configuración de su pronunciamiento judicial, que no existe causa tasada que respalde la cautela desmedida de una empresa en cuanto a su privacidad. Se debe partir de la colaboración con los empleados públicos, y para ello la empresa y su departamento jurídico tiene que dotar a su personal de la

suficiente formación, para que conozcan con solidez los controles inspectores y las herramientas que se disponen para ello, resultando fundamental la visita al centro de trabajo. Esta formación se debería presuponer a los dirigentes y a las personas trabajadoras de una entidad deportiva como el Cádiz Club de Fútbol, con el calado y la repercusión que tiene en el mundo deportivo, pero se demostró que se adolecía de ella. Se cuestiona, por tanto, la imagen que afloró de la entidad cuando acometió la obstrucción, a pesar de sus intentos reparadores *a posteriori*.

Será primordial el control interno, que se debería fomentar desde los puestos directivos de la ITSS, para que las actas de infracción ganen en fundamentación y consonancia. Para ello se cuenta con una organización autonómica y provincial, con una marcada jerarquía, que presenta ventajas, como la descentralización y el acercamiento a más empresas y personas trabajadoras, pero también inconvenientes, como que el Sistema de la ITSS derive en reinos de taifas. La unificación de estándares y criterios se visualiza en el horizonte como una asignatura pendiente, de un conjunto de deficiencias que padece la Inspección y que correspondería pulir.

En este marco, el órgano inspector podría potenciar su relevancia, mediante la publicidad, para que los empleadores y las personas trabajadoras, y el público en general, vislumbren su posición. A diferencia de otras administraciones, que sí difunden sus actuaciones notables -como la Administración Tributaria-, las prácticas inspectoras quedan normalmente en el olvido. Hoy día resultaría sencillo gracias a internet, las páginas web y las redes sociales que la Inspección diera a conocer, a los pocos días de sucederse, las actuaciones inspectoras más destacadas, principalmente con un efecto disuasorio de comportamientos similares a futuro, pero lamentablemente no es así. De hecho, las noticias que publica la sala de comunicación de la página web de la ITSS<sup>49</sup> son un escaso recopilatorio de artículos de prensa, y no publicaciones propias. Cualquiera que consulte esa información leerá una noticia de algún periódico online o digital, donde las fuentes pueden ser verídicas o no, pero nunca accederá a una comunicación emanada directamente de la Inspección, que lograría la conexión, la cercanía, y tal vez la empatía, con los operadores jurídicos del orden social, que actualmente no tiene.

Los tribunales de justicia deben seguir depurando las actuaciones administrativas de los inspectores y de los subinspectores, así como sus actas de infracción, en aras de garantizar el correcto ejercicio de la potestad administrativa y sancionadora en el orden social. Pero, las acciones u omisiones que deriven en obstrucción, como la acometida por el Cádiz Club de Fútbol, deben cesar. No solo de la entidad deportiva señalada sino de todas las empresas que ejerzan su actividad en territorio nacional.

Si se admite el símil, los funcionarios de la ITSS juegan -despliegan sus competencias- fuera de casa cuando practican visitas inspectoras, y sus rivales

<sup>49</sup> *Vid.* [https://www.mites.gob.es/itss/web/Sala\\_de\\_comunicaciones/WEB\\_Hoy\\_ITSS\\_noticia/index.html](https://www.mites.gob.es/itss/web/Sala_de_comunicaciones/WEB_Hoy_ITSS_noticia/index.html)

-las empresas y sus personas trabajadoras- deben recibirlos con cordialidad, con respeto, para que el partido -desarrollo de las actuaciones inspectoras y la correcta colaboración- transcurra con deportividad -normalidad-. El equipo que juega en su estadio parte con ventaja y aspira a ganar los tres puntos con el apoyo de su afición, por lo que el rival siempre arranca en inferioridad. Así es como se suelen sentir los empleados públicos de la Inspección cuando organizan y efectúan una visita a un centro de trabajo, con desventaja. Las comprobaciones no son agradables, ya que conocen perfectamente que están invadiendo la intimidad de la actividad empresarial de una persona física o jurídica, y llegan a sufrir hostilidad e incluso agresiones, amenazas o intimidaciones que se pueden catalogar como de violencia externa, pero como servicio público al que representan deben cumplir con su objetivo, que es vigilar el cumplimiento de la legislación y exigir responsabilidades. Si se pierde el partido fuera de casa siempre les queda una segunda oportunidad, recibir en su estadio -las dependencias oficiales de la Inspección- a las empresas, y aquí la situación cambia notablemente. Siguiendo con el símil traído a colación, si la liga entre ambos equipos -sujetos responsables e ITSS- discurre con serenidad, el mercado de trabajo estará correctamente inspeccionado -o al menos se pretende-, y redundará en beneficio de todos.

## DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS, ¿DE PROPIA ACTIVIDAD?\*

*STSJ Castilla y León, Burgos, de 5 de octubre de 2023  
ECLI:TSJCL:2023:3734*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Desde el 1 de marzo de 2022, un trabajador presta servicios para Nortex Outsourcing Global, SL en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Dicha relación laboral se enmarca en un contrato mercantil de prestación de servicios suscrito, también el 1 de marzo de 2022, entre la sociedad anteriormente mencionada y Strunor Construcciones Metálicas, SL; estableciéndose así un supuesto clásico de relación triangular a propósito de una decisión de subcontratación. Tras escasos meses de ejecución de la contrata, la empresa comitente comunica a la contratista su decisión de rescindir el contrato mercantil. En consecuencia, la contratista comunica al trabajador la extinción del contrato de trabajo, abonando la indemnización por despido objetivo más el preaviso conforme a su convenio colectivo.

**RESUMEN:** La sentencia que protagoniza el presente trabajo propone una interesante -y controvertida- interpretación del art. 42.6 ET. Bastaría una breve lectura de tal precepto para advertir la complejidad que plantea su interpretación; como compleja ya era la situación previa a la reforma, configurada por una serie de pronunciamientos de la Sala cuarta dictados entre 2019 y 2021. Ante este paradigma, resulta imprescindible realizar un seguimiento de los pronunciamientos judiciales que interpretan art. 42.6 ET; entre los que destaca la sentencia objeto de comentario.

Entre las numerosas incógnitas interpretativas derivadas del art. 42.6 ET, la resolución examinada aborda una cuestión que apenas ha sido debatida en sede judicial: el concepto de propia actividad como elemento configurador del

\*Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación PID2022-1394880B-100 DER “Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de España: proyección e impacto de sus políticas palancas y componentes sociales en el marco jurídico sociolaboral”, financiado por MCIN 10.13039/501100011033.

nuevo art. 42.6 ET; en otras palabras, si las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo se aplican a cualquier contrata o únicamente a las de propia actividad. Si bien desde la doctrina parecía existir un consenso casi unánime en torno a esta cuestión, la sentencia objeto de estudio propone una solución contraria, concluyendo que el art. 42.6 ET se aplica exclusivamente “cuando las empresas contratan o subcontratan su propia actividad”. En este escenario, resulta pertinente analizar la STSJ Castilla y León, Burgos, 5-10-2023, no sin antes plantear un breve acercamiento tanto al marco teórico como a las principales resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ACERCAMIENTO AL MARCO TEÓRICO
  - 2.1. El concepto de propia actividad
  - 2.2. Convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas
  - 2.3. Conexión entre propia actividad y convenio colectivo aplicable en la subcontratación
3. PRIMERAS INTERPRETACIONES JUDICIALES
4. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ANÁLISIS
  - 4.1. Relato fáctico
  - 4.2. Íter procesal
  - 4.3. Fundamentación jurídica
  - 4.4. Fallo de la sentencia
5. VALORACIÓN CRÍTICA

## 1. INTRODUCCIÓN

Parece innecesario incidir en el papel central que ostenta la negociación colectiva en la protección del trabajo en contratas. La selección de convenio colectivo aplicable permite determinar las concretas condiciones laborales de cualquier trabajador, incluyendo aquellos inmersos en procesos de descentralización productiva<sup>1</sup>. En contraposición, desde hace ya algunos años, la doctrina iuslaboralista, tanto española como extranjera, han alertado acerca de la evidente tensión entre norma y realidad normada provocada por la descentralización productiva<sup>2</sup>. Aunando ambas ideas, los procesos de externalización condicionan

<sup>1</sup> Esteve Segarra, A. *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 31; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas” en Pérez de los Cobos Orihuel, F. *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 115 y ss.

<sup>2</sup> En España, a modo de muestra, Cruz Villalón, J. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 13, 1994, pp. 24. Respecto

la efectividad del Derecho del Trabajo en su vasta extensión, incluyendo la esfera colectiva<sup>3</sup>. En concreto, las nuevas formas de organización empresarial ponen en cuestión, entre otras instituciones del Derecho colectivo, las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable<sup>4</sup>. El paradigma recién descrito podría explicar la conflictividad judicial, seguida de la doctrinal, en torno a la determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas. Con el propósito de zanjar esta cuestión, entre muchos otros ambiciosos objetivos según su exposición de motivos, el RD-ley 32/2021 introduce en el art. 42 ET un nuevo apartado, el sexto en la actualidad.

Atendiendo a ciertos elementos, no sería descabellado pensar que el art. 42.6 ET parece haber resuelto el problema. A modo de ejemplo, mientras que el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva hace énfasis en la necesidad de reformar el régimen jurídico de la subcontratación, el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación, firmado después de la reforma, apenas hace alusión a tal institución, al margen de una referencia indirecta vinculada al contrato fijo-discontinuo<sup>5</sup>. En esta misma dirección, a pesar de que la reducción de la precarización vinculada a la subcontratación ha formado parte de las prioridades en materia laboral del Ministerio de Trabajo en la legislatura anterior, el acuerdo de Gobierno de los partidos que ostentan el Gobierno en España en la actualidad apenas hace referencia a tal cuestión, al margen de una mención tangencial en línea con la reducción de la morosidad en la contratación pública<sup>6</sup>.

a países de nuestro, en concreto Francia, véase Lyon Caen, A. “À propos de l’entreprise éclatée”, *Droit ouvrier*, 1981, pp. 128 y ss.

<sup>3</sup> Vid. Sáez Lara, C. “Externalización productiva y tutela de los trabajadores”, *Documentación laboral*, 2016, pp. 14-15.

<sup>4</sup> Sobre subcontratación y representación y acción colectiva, entre otros, respectivamente, Gala Durán, C. “Los derechos de los representantes de los trabajadores en el marco de la subcontratación de obras y servicios” en Solà Monells, X. Esteban Legarreta, R. (coord.). *La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras*, Comares, Granada, 2021, pp. 83-118; Escribano Gutiérrez, J. “El derecho de huelga en el marco de la descentralización empresarial”, *Tema laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 110, 2011, pp. 195-206.

<sup>5</sup> Respectivamente, Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE-A-2018-10096) y Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE-A-2023-12870).

<sup>6</sup> “España Avanza. Una nueva coalición de gobierno progresista. PSOE-SUMAR”. (Consulta digital).

A nuestro parecer, al menos en materia de convenio colectivo aplicable, el problema persiste. La cuestión ahora no es la falta de acomodación entre norma y realidad normada, sino la compleja interpretación del nuevo marco jurídico, influenciado -para bien y para mal- por su origen negociado<sup>7</sup>. En definitiva, surgen nuevas incógnitas teóricas, con un evidente reflejo en la práctica, que a su vez se interrelacionan con cuestiones previas a la reforma. Desde una visión panorámica, es posible ordenar dichas dudas hermenéuticas en torno a tres ejes, de menor a mayor generalidad. En primer lugar, se requiere la exégesis de ciertos términos y expresiones introducidos por la norma, tales como “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” o “convenio propio”. En segundo lugar, resulta imprescindible aclarar la propia articulación del precepto, es decir, cómo se relacionan entre sí los diferentes convenios colectivos apuntados por el art. 42.6 ET; lo que entre la doctrina se ha denominado “el orden de lectura” del artículo, ya sea descendente o ascendente. En tercer lugar, cabe cuestionar el propio ámbito de aplicación del art. 42.6 ET. En esta dirección, conviene cuestionar si dicho precepto está condicionado a la concurrencia del “delicuescente y circunstancial” concepto de propia actividad o si, por el contrario, se aplica a cualquier contrata y subcontrata.

El presente trabajo surge con el propósito de reflexionar acerca de este último interrogante. Para ello, tras revisar someramente el marco teórico en cuestión, se acudirá a las primeras resoluciones judiciales que aplican y/o interpretan el art. 42.6 ET, centrando especial atención en la STSJ de Castilla y León, Burgos 5-10-2023 (ECLI:TSJCL:2023:3734), resolución que protagoniza el presente comentario.

## 2. ACERCAMIENTO AL MARCO TEÓRICO

Lejos de parecer trivial, la intersección entre propia actividad y convenio colectivo aplicable es un aspecto de suma relevancia. En efecto, calificar el concepto de propia actividad como elemento configurador del nuevo art 42.6 ET reduciría notablemente su campo de aplicación, condicionando a su vez su efectividad y eficacia. Además de relevante, el objeto del presente estudio presenta notable dificultad al poner en conexión dos elementos intrínsecamente complejos. Por esta razón, antes de abordar la intersección propiamente dicha, resulta recomendable esbozar unas ideas básicas sobre ambas figuras, prestando especial atención a su evolución jurisprudencial.

<sup>7</sup> La doctrina española ya ha reflexionado acerca de los aspectos positivos y negativos de la naturaleza paccionada de la reforma. Casas Baamonde, M.E. “La AEDTSS destaca el diálogo social, la flexibilidad interna y la lucha contra la temporalidad como puntos clave de la reforma”, *Colección briefs AEDTSS*, 2022; Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “El trasfondo eurounitario del Real Decreto-ley 32/2021”, *Colección briefs AEDTSS*, 2022.

## 2.1. El concepto de propia actividad

La expresión propia actividad se introduce en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del Decreto 3677/1970. Dicha normativa, antecedente próximo del actual art. 42 ET, regula por primera vez en España desde un prisma jurídico-laboral tanto la cesión ilegal de trabajadores como la contratación y subcontratación de obra y servicio<sup>8</sup>. Desde este momento hasta la actualidad, el concepto de propia actividad representa uno de los elementos que configuran el supuesto de hecho del art. 42 ET, precepto vertebrador de la normativa sobre subcontratación. Cabría subrayar, en este punto, la prácticamente exacta coincidencia entre el supuesto de hecho de 1970 y el de la actualidad<sup>9</sup>.

Ante el silencio del legislador<sup>10</sup>, el TS ha sido el responsable de esbozar los contornos del concepto en cuestión. A partir de tres importantes resoluciones dictadas en la década de los noventa, la Sala cuarta ha vinculado la noción de propia actividad a la teoría de la inherencia, en detrimento de la teoría de la indispensabilidad<sup>11</sup>. Aunque esta posición se ha mantenido hasta día de hoy, la evolución jurisprudencial no está exenta de confusión. Sumado al carácter eminentemente casuístico reconocido por el propio TS, en la actualidad la delimitación de la noción de propia actividad sigue siendo objeto de una intensa controversia judicial y, por extensión, doctrinal<sup>12</sup>.

## 2.2. Convenio colectivo aplicable a las contratas y subcontratas

Con carácter general, al margen de subcontratación, la determinación del convenio colectivo aplicable no es una cuestión baladí<sup>13</sup>. Esta decisión requiere conjugar el principio de libertad de las partes en la fijación de la unidad de negociación con el resto de las previsiones del título III del ET sobre estructura y

<sup>8</sup> Vid. Martín Valverde, A. “Interposición y mediación en el contrato de trabajo. Análisis del Decreto 3677/1970, de 17 de diciembre”, *Revista de política social*, núm. 91, 1971; Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “La regulación protectora del trabajo en contratas”, *Revista de política social*, núm. 93, 1972.

<sup>9</sup> “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o trabajos correspondientes a su propia actividad...” (1970); “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas” (2024).

<sup>10</sup> Es posible encontrar alguna Proposición de Ley que sugiere una definición de propia actividad. Vid. Proposición de Ley de modificación del art. 42.1 del Estatuto de los Trabajadores presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, 9 de septiembre de 2016.

<sup>11</sup> Entre todos, véase con exhaustividad Nores Torres, L.E. *El trabajo en contratas: la noción de “contrata de propia actividad”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

<sup>12</sup> Entre las más recientes véase SSTS 26-4-2023 (ECLI:ES:TS:2023:1948); 26-9-2023 (ECLI:ES:TS:2023:3922). En ese doctrinal, Vila Tierno, F. “La propia actividad como ejemplo de concepto jurídico indeterminado”, *Revista de jurisprudencia laboral*, núm. 4, 2023.

<sup>13</sup> Recientemente, Thibault Aranda, J. *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

articulación de la negociación colectiva<sup>14</sup>. Esta labor no siempre es sencilla, lo que provoca a su vez una intensa conflictividad tanto teórica como práctica<sup>15</sup>.

Para más inri, la generalización de la subcontratación, estrechamente vinculada al origen de las empresas multiservicios, tensiona las reglas de determinación del convenio colectivo aplicable<sup>16</sup>. En los últimos años, nuestro Alto Tribunal ha dictado relevantes pronunciamientos sobre el convenio colectivo aplicable a los escenarios empresariales afectados por la subcontratación. Sin pretensión de plantear un análisis que excede la naturaleza del presente trabajo, conviene identificar los rasgos generales de la jurisprudencia previa a la reforma de 2021. Atendiendo a los pronunciamientos casacionales sobre la materia dictados entre 2019 y 2021, es posible destacar tres aspectos principales. Primero, la concurrencia de propia actividad no supone la aplicación automática del convenio colectivo de la empresa principal<sup>17</sup>. Dichas sentencias recuerdan que el silencio del legislador, en contraposición con el art. 11 LETT, no implica la equiparación de condiciones entre trabajadores de la parte contratante y contratista<sup>18</sup>. Segundo, la determinación del convenio colectivo de la contratista depende de la actividad efectivamente desarrollada por la contrata, no por la actividad preponderante en la empresa; apreciación especialmente relevante en los supuestos de empresas multiservicios<sup>19</sup>. Tercero, la norma anterior cede ante la existencia de “convenio colectivo propio” de la contratista, sea considerada o no empresa multiservicios<sup>20</sup>. Además de las controversias relativas a la selección del convenio colectivo aplicable en sentido estricto, habría que tener en cuenta los litigios relativos a convenios colectivos de empresas multiservicios impugnados por falta de legitimación de las partes negociadoras, así como a convenios sectoriales impugnados por afectar a sujetos no partícipes en la negociación<sup>21</sup>.

En este complejo contexto judicial se inserta el nuevo art. 42.6 ET. Aunque la exposición de motivos del RD-ley 32/2021 no hace referencia expresa a la

<sup>14</sup> Una revisión panorámica al respecto en Navarro Nieto, F. *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Bomarzo, Albacete, 2009.

<sup>15</sup> Como muestra de ello, la propia normativa procesal-laboral reconoce un procedimiento específico de impugnación de convenios colectivos (arts. 163-166 LRJS).

<sup>16</sup> A modo de muestra, véase Cabeza Pereiro, J. “Empresas multiservicios y negociación colectiva: balance en tiempos de cambio”, *Revista de Derecho social*, núm. 90, 2020, pp. 201-232; Rojas Rivero, G. “Negociación colectiva y convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicios” en A.A.V.V. *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 2018, pp. 275-315.

<sup>17</sup> STS 12-2-2021 (ECLI:ES:TS:2021:486); 11-11-2021 (ECLI:ES:TS:2021:4199).

<sup>18</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718).

<sup>19</sup> STS 22-2-2019 (ECLI:ES:TS:2019:713); 11-6-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1957).

<sup>20</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718).

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, STS 17-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1175).

situación judicial recién descrita<sup>22</sup>, la doctrina iuslaboralista se ha encargado de subrayar la estrecha vinculación entre la jurisprudencia y el nuevo marco legal. La propia terminología empleada por el legislador invita a sostener dicha posición. Destaca, entre otras cuestiones, el empleo de los términos “convenio propio” o “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”<sup>23</sup>. Sobre la base de la mencionada interrelación, entre las aportaciones doctrinales parece advertirse dos opciones predominantes. Por un lado, el RD-ley 32/2021 positiviza la solución previamente planteada por la Sala cuarta<sup>24</sup>. Por otro lado, el actual art. 42.6 ET, si bien inspirado e influenciado por la jurisprudencia previa, aporta una solución singular al problema en cuestión<sup>25</sup>.

### 2.3. Conexión entre propia actividad y convenio colectivo aplicable en la subcontratación

Al margen de la dicotomía anterior, el tenor legal del art. 42.6 ET supone un verdadero desafío hermenéutico para los juristas del trabajo. Siguiendo la sistemática anteriormente planteada, las numerosas y complejas incógnitas podrían articularse en torno a tres ejes: primero, exégesis de los conceptos; segundo, articulación de las soluciones, esto es, el denominado “orden de lectura”; y tercero, ámbito de aplicación del precepto y la capacidad delimitadora del término propia

<sup>22</sup> Por su parte, la exposición de motivos sí menciona expresamente la como sí hace respecto a la STS 29-12-2020 (ECLI:ES:TS:2020:4383) sobre el empleo del extinto contrato de obra y servicio en el marco de la subcontratación. Al respecto, véase Costa Reyes, A. “Descentralización productiva y contrato temporal de obra o servicio determinado. A propósito de la STS de 29 de diciembre de 2020”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 75, 2021.

<sup>23</sup> Por ejemplo, el concepto “convenio propio” o “convenio colectivo propio” no había sido empleado en el ET hasta su introducción en el art. 42.6. ET. Sin embargo, la STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718) utiliza dichos términos reiteradamente. Por otro lado, existe un notable paralelismo entre la expresión “actividad desarrollada en la contrata o subcontrata” y la solución de la STS 11-6-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1957). Esta similitud ha sido subrayada por uno de los Magistrados que fue ponente de dos de las cuatro sentencias anteriormente examinadas. Véase, García-Perrote Escartín, I. “Subcontratación y convenio colectivo aplicable: El nuevo artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores a la luz de tres previas sentencias de la sala de lo social del Tribunal Supremo”, *Revista de estudios jurídico-laborales y de Seguridad Social*, núm. 5, 2022, p. 56.

<sup>24</sup> Entre otros, véase De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contrata y subcontratas”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 88, 2022: “Esta previsión, al margen de las puntualizaciones que se efectúan más adelante, supone, (...) generalizar la solución que la jurisprudencia había ofrecido para las empresas contratistas carentes de convenio colectivo de empresa y que recientemente ha extendido también a las empresas multiservicios”.

<sup>25</sup> Apunta en esta dirección, a modo de ejemplo, Castro Arguelles, M.A. “Subcontratación laboral: nuevas reglas y cabos sueltos en el Real Decreto-ley 32/2021”, *Revista crítica de relaciones laborales*, núm. 4, 2022, p. 50. “la nueva redacción del art. 42.6 ET tampoco reproduce de forma literal estos criterios jurisprudenciales”

actividad. Como se ha mencionado anteriormente, el presente trabajo gira en torno a esta última controversia.

El tenor literal del art. 42.6 ET omite cualquier referencia al concepto de propia actividad. Sin embargo, entre las numerosas aportaciones doctrinales que han analizado el RD-ley 32/2021 parece existir cierto consenso sobre la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata o subcontrata, al margen de la concurrencia de propia actividad. Sin embargo, la existencia de aportaciones en sentido contrario impide que dicho consenso se transforme en unanimidad. Es posible localizar, al menos, dos posiciones que sostienen que el art. 42.6 ET se aplica exclusivamente a las contratas de propia actividad.

Respecto a la primera posición, se ha sostenido que el art. 42.6 ET se limita a las contratas de propia actividad dado que, por un lado, la expresión “corresponda ésta a la actividad propia de la principal o a otra distinta” barajada en los trabajos preparatorios se ha eliminado del texto definitivo. De otro lado, se ha hecho referencia a la nota de prensa sobre la reforma publicada por los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social que declara que “la nueva norma regula, por tanto, en base a la actividad propia de la empresa...”<sup>26</sup>. No obstante, como de manera inmediata se puso de manifiesto desde la doctrina, por un lado, durante los trabajos preparatorios se planteó la aplicación del convenio de la empresa principal a las contratas de propia actividad y el convenio sectorial, al resto de contratas. De ese modo, la versión definitiva del art. 42.6 ET parece más próxima a la solución propuesta para el resto de las contratas. De otro lado, desde la doctrina también se ha subrayado la ausencia de valor jurídico de notas de prensa<sup>27</sup>.

La segunda posición va aún más allá al sostener que el art. 42.6 ET debería estar limitado, además de al concepto de propia actividad, a la concurrencia locativa en las instalaciones de la empresa principal. Esta propuesta se justifica en que, con mayor frecuencia, la disparidad entre condiciones laborales de los trabajadores de la empresa contratante y contratista se produce cuando la subcontratación concierne a la propia actividad y se desarrolla en las instalaciones de la empresa principal<sup>28</sup>. A nuestro parecer, la disparidad de condiciones laborales mencionada se puede producir en cualquier contrata. Más bien al contrario, la menor protección dispensada a las contratas que no son de propia actividad podría propiciar una mayor disparidad de condiciones laborales. Más aún, el hecho de circunscribir el art. 42.6 ET a una tipología tan específica de supuestos parece ir en contra del

<sup>26</sup> De Castro Marín, E. “La reforma del art. 42 del ET y su necesaria contextualización: ¿decepción o baño de realidad?”, *Diario La Ley*, 2021, pp. 14 y ss.

<sup>27</sup> Ambas refutaciones fueron planteadas en Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, vol. 3, 2021, pp. 77-78.

<sup>28</sup> Martín Jiménez, R. “Subcontratación de obras y servicios”, *Revista de Derecho laboral vLex*, núm. 5, 2022, p. 121.

objetivo mismo de homogenizar condiciones laborales. Además de lo anterior, sobra recordar que el requisito locativo, si bien supuso una propuesta interesante a finales del siglo pasado, en la actualidad ha sido superado por las nuevas formas de organización económica<sup>29</sup>.

A excepción de los planteamientos recién descritos, la mayor parte de la doctrina iuslaboralista aboga por la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata. Conviene, sin embargo, revisar los argumentos que justifican tal postura. Para comenzar, la referencia “con independencia del objeto social y forma jurídica” que plantea el art. 42.6 ET permite sostener una interpretación amplia del precepto<sup>30</sup>. Asimismo, la decisión de excluir expresamente a los centros especiales de empleo del art. 42.6 ET, en virtud de la nueva D.A. 27<sup>a</sup>, permite concluir que el resto de los supuestos sí estarían amparados por la norma<sup>31</sup>. Adicionalmente, el precepto que identifica el convenio colectivo aplicable en la normativa de contratación pública, art. 122 LCSP, se aplica a toda contrata, al margen de la exigencia de propia actividad<sup>32</sup>. Por otro lado, la visión amplia del art. 42.6 ET podría encontrar su razón de ser en la exposición de motivos de la norma. Los -ambiciosos- objetivos marcados por la misma se dirigen a la totalidad de las contrata, no exclusivamente a las de propia actividad<sup>33</sup>. En esta misma dirección, los problemas de abusos que se pretenden atajar mediante el art. 42.6 ET se manifiestan en todas las operaciones de subcontratación<sup>34</sup>. En último lugar, desde una perspectiva sistemática, se ha sostenido que tanto el título del artículo 42, “subcontratación de obras y servicios”<sup>35</sup>, como la ubicación del apartado 6, entre los derechos de información y representación, permiten concluir que la intención del legislador

<sup>29</sup> Sobre el particular, véase Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M. “El lugar de ejecución de la contrata y el artículo 42 del Estatuto de los trabajadores”, *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 1996, pp. 27-34.

<sup>30</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva y negociación colectiva devaluadora de condiciones de trabajo: crítica al nuevo art. 42.6 ET como medida correctora”, *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y Derecho del empleo*, vol. 11, núm. 1, 2023, p. 545.

<sup>31</sup> Rojo Torrecilla, E. “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 467, 2022, pp. 96-97; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545.

<sup>32</sup> Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 161, 2022, pp. 53-54.

<sup>33</sup> Al respecto, Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545, Escudero Prieto, A. “La determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas”, *Revista crítica de relaciones de trabajo*, núm. 8, 2023, p. 71, Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET... op. cit. pp. 77-78.

<sup>34</sup> Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma... op. cit. pp. 53-54.

<sup>35</sup> Sala Franco, T. *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 87; Cruz Villalón, J. “Texto y contexto de la reforma... op. cit. pp. 53-54;

consiste en aplicar dicha normativa a la totalidad de las contrata y subcontratas<sup>36</sup>. En esta dirección, atendiendo a la literalidad del precepto, se ha defendido que el concepto de propia actividad no puede entenderse aplicable a los apartados donde no se menciona expresamente<sup>37</sup>.

A nuestro parecer, estas últimas argumentaciones debes ser analizadas con cautela. De un lado, al examinar el precepto en cuestión desde una perspectiva sistemática habría que tener en cuenta, además de la relación entre los diversos preceptos del art. 42 ET, su ubicación en el marco de la norma estatutaria en su conjunto. Como mera hipótesis, el hecho de ubicar las reglas sobre convenio colectivo aplicable en el art. 42 ET, y no en el título III, más que un error sistemático<sup>38</sup>, podría reflejar la intención del legislador de vincular el nuevo precepto al concepto de propia actividad. Si el precepto objeto de análisis se hubiera ubicado en el título III, dedicado como se sabe a regular la negociación colectiva en su conjunto, no existirían dudas acerca de su aplicación a cualquier contrata o subcontrata. Admitiendo el interés teórico de este argumento, consideramos que no es suficiente para justificar que el art. 42.6 ET sea aplicable exclusivamente a las contrata de propia actividad.

De otro lado, conviene revisar el planteamiento según el cual el requisito de propia actividad solo es exigible respecto a los apartados en los que se establece de manera explícita. En esta dirección, desde la doctrina se ha afirmado que el requisito de propia actividad es predicable respecto a los dos primeros apartados o respecto a los apartados referidos a la responsabilidad solidaria<sup>39</sup>. Sin embargo, si se atiende al tenor legal del art. 42 ET, solo el primer apartado contiene el término en liza. Desde una interpretación estrictamente gramatical, el concepto de propia actividad sería predicable exclusivamente respecto del deber de comprobación

<sup>36</sup> Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 545, Lahera Forteza, J. *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 53-54; Nores Torres, L.E. “La reforma del art. 42 ET... op. cit. pp. 77-78.

<sup>37</sup> Cruz Villalón, J. “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: revista de Derecho del Trabajo y Protección social*, 2022, p. 414: “Es cierto que, en ocasiones, el precepto de referencia establece reglas de responsabilidad exclusivamente dirigidas a las que lo son de la propia actividad, pero cuando no figura una referencia explícita a este tipo de contrata la regulación no se restringe a las mismas.” De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral... op. cit.: “por más que alguno de sus preceptos —en particular, los referidos a la responsabilidad solidaria— vayan referidos exclusivamente a las contrata de la propia actividad”; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo... op. cit. p. 120: “Solo los apartados 1 y 2 reconocen sus previsiones a las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad”.

<sup>38</sup> Pérez Guerrero, M.L. “La reforma de la subcontratación: una reforma de mínimos”, *Trabajo, persona, derecho y mercado: Revista de estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección social*, 2022, p. 171; Beltrán de Heredia Ruiz, I. “Descentralización productiva ... op. cit. p. 544.

<sup>39</sup> De la Puebla Pinilla, A. “El impacto de la reforma laboral... op. cit.; Thibault Aranda, J. “Las condiciones de trabajo... op. cit. p. 120.

y eventual exoneración. Sin embargo, a nuestro juicio, aunque no se menciona expresamente, el segundo apartado relativo a la responsabilidad solidaria también está condicionado al concepto de propia actividad. La evolución legislativa y la sucesiva interpretación jurisprudencial, no la literalidad de la norma, permiten explicar esta situación. A nivel telegráfico, hasta 2001, el art. 42 ET solo estuvo compuesto de dos apartados: el primero contenía el supuesto de hecho y la primera consecuencia jurídica, el deber de comprobación y eventual exoneración, mientras que el segundo apartado albergaba la segunda consecuencia jurídica, la extensión de responsabilidad solidaria a un sujeto que no formaba parte del contrato de trabajo, el empresario comitente. Hasta tal fecha, el supuesto de hecho, incluyendo el requisito de propia actividad, era predicable respecto a los dos apartados del art. 42 ET. De hecho, la definición de propia actividad aportada por la Sala cuarta a finales del siglo pasado está estrechamente vinculada a la responsabilidad solidaria<sup>40</sup>. Cuando, a propósito de la Ley 12/2001, se introducen los primeros derechos de información en el marco del art. 42 ET, la jurisprudencia sobre propia actividad sigue teniendo en cuenta la responsabilidad solidaria a la hora de definir la noción de propia actividad<sup>41</sup>. Esto permite, en definitiva, sostener que el concepto de propia actividad también condiciona la aplicación del segundo apartado, aunque literalmente no lo mencione. En contraposición, dicho término no limitaría el ámbito de aplicación de los derechos de información y representación<sup>42</sup>. En cualquier caso, aunque coincidimos con la conclusión sostenida en sede doctrinal -el requisito de propia actividad solo condiciona el primer y segundo apartado del art. 42 ET- discrepamos de la argumentación. La literalidad de la norma contemporánea no ofrece información suficiente para valorar el alcance del concepto de propia actividad como elemento configurador del ámbito de aplicación del art. 42 ET, razón por la cual es necesario atender a la interpretación jurisprudencial.

A modo de resumen, la mayor parte de la doctrina iuslaboralista, salvo algunas argumentaciones disonantes -y hasta cierto punto superadas-, sostiene que

<sup>40</sup> Véase con exhaustividad la argumentación la STS 29-10-1998 (ECLI:ES:TS:1998:6296): “El fundamento de esta interpretación (teoría inherencia) estriba en que las actividades del ciclo productivo, a diferencia de las actividades indispensables no inherentes a dicho ciclo, se incorporan al producto o resultado final de la empresa o entidad comitente, tanto si son realizadas directamente como si son encargadas a una empresa contratista, justificando así la responsabilidad patrimonial de la empresa o entidad comitente respecto de los salarios de los trabajadores empleados en la contrata. En esta misma dirección, STS 24-11-1998 (ECLI:ES:TS:1998:6980): “Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente”.

<sup>41</sup> Entre las más recientes, véase STS 21-2-2018 (ECLI:ES:TS:2018:761).

<sup>42</sup> Una de las primeras -y más sólidas- argumentaciones a favor de aplicar los derechos de información y representación a cualquier contrata en Camps Ruiz, L.E. “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-ley 5/2001, de 2 de marzo” en Albiol Montesinos, I. Camps Ruiz, L.E. Goerlich Peset, J.M. *La reforma laboral en el Real Decreto-ley 5/2001*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. En sede judicial, vid. STS 27-2-2019 (ECLI:ES:TS:2019:1038).

el art. 42.6 ET es aplicable a cualquier contrata y subcontrata, al margen de la concurrencia de propia actividad. Esta posición se apoya en una extensa batería de argumentos que, salvo algunas apreciaciones dogmáticas, deben ser valorados positivamente.

### 3. PRIMERAS INTERPRETACIONES JUDICIALES

Como se puede advertir de las páginas precedentes, la doctrina iuslaboralista ha planteado numerosas interpretaciones en torno al nuevo art. 42.6 ET. No obstante, desde una perspectiva judicial, en la actualidad son escasas las resoluciones que aplican el art. 42.6 ET; situación que parece responder a motivos temporales, más que sustantivos. En consecuencia, aún no es posible identificar una doctrina judicial que permita colmar las numerosas y complejas lagunas del art. 42.6 ET. A pesar de lo anterior, precisamente con el propósito de realizar un seguimiento de las interpretaciones judiciales de la reforma, a continuación, se expondrán de forma breve las principales resoluciones que ofrecen elementos, directos o indirectos, para interpretar el sentido y alcance del art. 42.6 ET.

Respecto al TS, la mayor parte, sino la totalidad, de pronunciamientos relativos al convenio colectivo aplicable en la subcontratación no han aplicado el nuevo art. 42.6 ET; extremo acorde con la dilación de los procesos y el lapso temporal que se requiere hasta obtener un pronunciamiento casacional. Admitiendo lo anterior, resulta llamativa la escasez de alusiones y/o referencias al nuevo precepto. Salvo error por nuestra parte, únicamente tres resoluciones del nuestro Alto Tribunal abordan *obiter dicta* el art. 42.6 ET, precisamente para confirmar la coincidencia entre la jurisprudencia anterior y el nuevo marco legal<sup>43</sup>. Por su parte, la mayor parte de las resoluciones dictadas por la Sala cuarta tras la entrada en vigor del art. 42.6 ET omiten cualquier referencia al mismo. Sin embargo, la solución planteada por tales sentencias sí es acorde con la jurisprudencia previa; extremo que sí reconocen algunos pronunciamientos<sup>44</sup>.

Entre las resoluciones dictadas por la AN, al tratarse de un órgano jurisdiccional de única instancia en materia social (art. 67 LOPJ), es posible localizar mayores elementos de interpretación. Para comenzar, la SAN 22-2-2022, dictada tras menos de dos meses desde la entrada en vigor del art. 42.6 ET, podría calificarse como una

<sup>43</sup> SSTs 6-10-2022 (ECLI: ES:TS:2022:3649); 20-12-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4814); 11-4-2023 (ECLI:ES:TS:2023:1399).

<sup>44</sup> SSTs 17-10-2022 (ECLI:ES:TS:2022:3779); 23-11-2022 (ECLI:ES:TS:2022:4351), 23-3-2022 (ECLI:ES:TS:2022:1273); STS 14-9-2022 (ECLI:ES:TS:2022:3493); STS 17-3-2023 (ECLI:ES:TS:2023:963). Un reciente estudio e interesante estudio al respecto en Sánchez Torrado, J.M. “El alcance de las reglas de determinación del convenio colectivo en las contrata tras la reforma 32/2021” en *XL Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Granada, 8, 9 y 10 de noviembre de 2023 (en prensa).

de las primeras sentencias en hacer referencia al precepto en cuestión, confirmando la vinculación entre la jurisprudencia previa y el RD-ley 32/2021<sup>45</sup>. Por otro lado, la SAN 5-12-2022 concluye que la existencia de un convenio colectivo de empresa excluye la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada lo que implica, en definitiva, una lectura inversa del precepto como plantea parte de la doctrina<sup>46</sup>. Finalmente, la SAN 11-7-2023 aplica el convenio sectorial de la actividad desarrollada por la contrata, que coincide con el convenio sectorial del sujeto comitente. Resulta pertinente remarcar que el concepto de propia actividad ha sido empleado a la hora de identificar el convenio colectivo aplicable<sup>47</sup>.

En sede de suplicación, también es posible localizar sentencias de notable interés interpretativo. Varias de las resoluciones dictadas por los TSJ confirman nuevamente la interrelación entre la jurisprudencia previa a la reforma y el texto del nuevo art. 42.6 ET<sup>48</sup>. En adición a lo anterior, la STSJ Madrid 15-12-2023 va más allá, abordando la problemática de la concurrencia de convenio empresarial y sectorial. A su juicio, aunque la contratista cuenta con un convenio colectivo propio, se ha de aplicar el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata, en virtud de la remisión al art. 84 ET que plantea el propio art. 42.6 ET. Al contrario que la resolución de la AN, este pronunciamiento rechaza la lectura inversa del precepto, siendo necesario atender a las reglas de concurrencia convencional<sup>49</sup>.

A modo de resumen, las incógnitas relativas al art. 42.6 ET carecen de respuesta judicial definitiva. Sin embargo, es posible identificar cuestiones recurrentes en las resoluciones examinadas. En primer lugar, los tribunales han reconocido sin ambages la estrecha conexión entre la jurisprudencia previa y el

<sup>45</sup> SAN 22-2-2022 (ECLI:ES:AN:2022:512): “El primero los criterios expuestos (real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores) es el por el que ha optado el RD Ley 32/2021 de 2021 a la hora de dar una nueva redacción al art. 42.6 ET”

<sup>46</sup> SAN 5-12-2022 (ECLI:ES:AN:2022:5513): “Teniendo en cuenta que la demandada cuenta con convenio propio de empresa no le resultaría de aplicación la previsión contenida en el art. 42.6 ET (RCL 2015, 1654) en orden a la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrollada en la contrata para la que se prestaran los servicios”.

<sup>47</sup> SAN 11-7-2023 (ECLI:ES:AN:2023:4040): “La puesta en marcha de la actividad de la empresa comitente ya descrita, precisa necesariamente de la ejecución llevada a término por Internet Commerce Solution, que pese a no disponer de autorizaciones administrativas para ostentar la condición de operador logístico, ejecuta y lleva a término la actividad constitutiva de la propia actividad de Immediate Delivery, inmersa en la descripción contenida en los arts. 119 y 122 LOTT. Es precisamente esta circunstancia, la que obliga a entender aplicable el convenio colectivo demandado en el escrito rector, por mor de lo dispuesto en el art. 42.6 ET”.

<sup>48</sup> STSJ Madrid 25-11-2022 (ECLI:ES:TSJM:2022:13336); STSJ Galicia 14-4-2023 (ECLI:ES:TSJGAL:2023:2629); STSJ Madrid 19-12-2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:14118).

<sup>49</sup> STSJ Madrid 15-12-2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:13706): “...siendo que en nuestro caso Ilunion Outsourcing tiene un convenio propio, no es menos verdad que cuando la empresa contratista o subcontratista cuenta con un convenio propio, se aplicará este, dice el art. 42.6 ET, “ en los términos que resulten del artículo 84 “, por lo que no lo es el Convenio colectivo de Ilunion posterior en el tiempo al de Establecimientos Sanitarios.”

texto de la reforma. No obstante, conviene cuestionar el grado de intensidad de tal conexión. En otras palabras, si el art. 42.6 ET se limita a tipificar la solución jurisprudencial previa, no cabría plantear interpretaciones que se alejen de tal jurisprudencia. A nuestro juicio, considerando imprescindible el examen de la jurisprudencia previa a la reforma, no se debe obviar el texto de la ley que, a fin de cuentas, es la verdadera fuente de Derecho. En segundo lugar, siguen existiendo dudas acerca de la articulación de las diferentes soluciones aportadas en el art. 42.6 ET. Entre las resoluciones judiciales emitidas hasta la fecha se ha abogado tanto por la lectura descendente como ascendente del art. 42.6 ET. En tercer lugar, se hace alusión al concepto de propia actividad como indicio para seleccionar el convenio colectivo aplicable, pero no como elemento configurador del ámbito de aplicación del art. 42.6 ET.

#### **4. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ANÁLISIS**

La resolución objeto de comentario ha sido seleccionada precisamente por plantear una excepción a esta última idea. La STSJ de Castilla y León, Burgos 5-10-2023 (ECLI:TSJCL:2023:3734) podría ser considerada la única resolución dictada hasta la fecha que reflexiona acerca del ámbito de aplicación del art. 42.6 ET en relación con el concepto de propia actividad<sup>50</sup>. Para más inri, el Tribunal concluye que las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contrataciones y subcontratas están condicionadas a la concurrencia de propia actividad, posicionándose así en contra de la amplia mayoría de la doctrina iuslaboralista española.

##### **4.1. Relato fáctico**

Aunque no se ha tenido acceso a la resolución del Juzgado de lo social, la sentencia de suplicación extracta los hechos probados en instancia -una suma de veintidós hechos probados- lo que permite construir una imagen completa del supuesto de hecho litigioso. Desde el 1 de marzo de 2022, D. Felipe prestaba servicios para Nortex Outsourcing Global, SL. en virtud de un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Con una categoría profesional de operario, el salario bruto diario asciende a 53,63 euros, suma que incluye salario base y diversos complementos salariales que no son trascendentes para el presente análisis. Por su parte, el contrato de trabajo en cuestión contiene cláusulas que sí son relevantes para el litigio. De un lado, dicho contrato reconoce la aplicación del convenio colectivo de Nortex Outsourcing Global, SL<sup>51</sup>. Asimismo, el contrato de trabajo

<sup>50</sup> Al margen de las SSTSJ Castilla y León, Burgos 30-10-2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:4386) y 14-11-2023 (ECLI:ES:TSJCL:2023:4343) que extractan la fundamentación jurídica de la sentencia en cuestión.

<sup>51</sup> Concretamente, “en lo no previsto por este contrato, se estará a la legislación vigente que resulte de aplicación y particularmente, el ET y el Convenio Colectivo de NORTEX

identifica el “arrendamiento de propiedad industrial” como la actividad económica del empleador.

Aunque el siguiente dato no aparece contemplado en el contrato de trabajo, o no ha sido transcrito en los hechos probados, la relación laboral descrita parece enmarcarse en una contrata encargada por Strunor Construcciones Metálicas, SL. Sí queda documentado el contrato de prestación de servicios firmado entre esta última empresa y Nortex Outsourcing Global, SL. Según dicho contrato mercantil, que comienza en la misma fecha que el contrato de trabajo, el 1 de marzo de 2022, la empresa contratista, sociedad dedicada a la actividad empresarial de outsourcing, tenía encomendada la tarea de recepción de materiales auxiliares, ensamblado, embalaje y reparación de pedidos para la empresa comitente, cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios de ingeniería y arquitectura en la construcción de edificios. Tras varias advertencias vía correo electrónico exponiendo el descontento con el servicio prestado, Strunor Construcciones Metálicas, SL comunica la rescisión del contrato de prestación de servicios. Aunque dicha notificación se produce el 30 de septiembre de 2022, la rescisión tiene efectos desde el día 16 de octubre de ese mismo año. Al margen de las consecuencias mercantiles, dicha decisión afecta al trabajador, recibiendo el 28 de octubre de 2022 comunicación de despido objetivo con efectos desde ese mismo día. En consecuencia, el empleador abona 1.584,44 euros, en concepto de indemnización por despido y preaviso, en línea con lo dispuesto en el convenio colectivo de Nortex Outsourcing Global, SL.

## 4.2. Íter procesal

Antes de analizar las cuestiones procesales en sentido estricto, conviene subrayar la intervención de la ITSS en el supuesto. El trabajador interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo contra su empleador. Dicha denuncia data del 6 de septiembre de 2022, antes de que la empresa comitente comunicase la rescisión del contrato mercantil. Sin embargo, la ITSS realiza la visita al centro de trabajo de Strunor Construcciones Metálicas, SL el 3 de noviembre de 2022, fecha en la que ya había finalizado la relación mercantil con Nortex Outsourcing Global, SL. En consecuencia, cuando se produce la visita, ningún trabajador de esta última empresa desempeñaba actividad laboral en las instalaciones de empresa inspeccionada. Como declara el informe de ITSS, no procede llevar a cabo actuación inspectora conforme a Nortex Outsourcing Global, SL, al no prestar servicio ningún trabajador en el centro de trabajo investigado. Ello no impide practicar las correspondientes actuaciones inspectoras respecto a la empresa titular del centro de trabajo y al resto de empresas de trabajo temporal que, como reconoce el propio informe, empleaban a trabajadores de la contratista anterior; un hipotético supuesto de subrogación

OUTSOURCING GLOBAL”.

laboral cuanto menos interesante, pero que no ha sido planteado en el presente procedimiento.

Al margen de lo anterior, el 15 de noviembre de 2022 el trabajador presenta papeleta de conciliación, celebrándose el acto el 24 de noviembre de ese mismo año con el resultado de sin avenencia. Seguidamente, el trabajador interpuso demanda impugnando el despido contra Nortex Outsourcing Global, SL, omitiendo cualquier referencia a la empresa comitente. Aunque no se ha transcrito el suplico de la demanda, en un momento concreto de la sentencia de suplicación se hace alusión a la petición de nulidad del despido planteada en instancia. En cualquier caso, el Juzgado de lo Social nº2 de Burgos desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada.

Contra dicha sentencia, el trabajador interpone recurso de suplicación, interesando la declaración de improcedencia del despido por insuficiencia de indemnización. A su juicio, la norma convencional aplicable al contratista es el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos. Este convenio determina una indemnización mayor que el convenio de la empresa contratista, lo que explicaría la menor indemnización abonada, motivo de la pretendida calificación de improcedencia. Tal recurso se sustenta en torno a cinco motivos, tres de carácter procesal, en línea con la letra b) del art. 193 LRJS y dos de carácter sustantivo, conforme a la letra c) del citado precepto.

El primero de los motivos dedicados a rectificar los hechos declarados probados pretende introducir un nuevo párrafo que reconozca que “el convenio colectivo que rige las relaciones laborales en la empresa Strunor Consntrucciones Metálicas, SL es el convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos”. Esta petición no es admitida por el órgano juzgador al tratarse de una cuestión sustantiva, no procesal, que además afecta a un sujeto que no es parte del proceso. Los motivos segundo y tercero tampoco son acogidos dado que proponen incluir en los hechos probados datos (salario mensual del trabajador y duración del convenio colectivo de la contratista) que no quedan acreditados mediante los documentos aportados. Respecto a los motivos de recursos de carácter sustantivos enmarcados en el art. 193 c) LRJS, el trabajador demandante, ahora recurrente, denuncia la infracción de los arts. 42.6 y 84 ET, por un lado, y del art. 53.1 b) ET en relación con el art. 122.3 LRJS, por otro.

Como mero apunte, la sentencia objeto de estudio resulta sumamente pedagógica a nivel procesal. La resolución no se limita a exponer las razones por las que los motivos son -o no- acogidos por el Tribunal, sino que plantea una exhaustiva ilustración de los elementos que debe incluir cualquier recurso de suplicación; información de gran utilidad para los operadores jurídicos.

### 4.3. Fundamentación jurídica

El motivo cuarto, relativo al convenio colectivo aplicable, es el que mayor atención recibe por parte del Tribunal. Al denunciar la infracción de los arts. 42.6 y 84 ET, la parte recurrente solicita que la norma convencional aplicable a la empresa contratante, convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos, sea asimismo aplicable a la empresa contratista.

Con carácter preliminar, el TSJ reconoce que no queda acreditado que el convenio colectivo aplicable al sujeto comitente sea el convenio sectorial de la industria siderometalúrgica de la provincia de Burgos, especialmente si se tiene en cuenta que, según los hechos probados, la actividad principal de tal empresa es la prestación de servicios de ingeniería y arquitectura para la construcción de edificios. Faltaría así, en palabras del Tribunal, “la premisa mayor del silogismo”.

Tras lo anterior, la sentencia propone una amplia interpretación del art. 42.6 ET. Para comenzar, el TSJ afirma que la nueva redacción del precepto objeto de análisis no implica la equiparación de condiciones laborales entre empresa principal y auxiliar. Según el Tribunal, tal equiparación requiere una intervención legal similar a la del art. 11 LETT; actuación que no se ha producido hasta la fecha en materia de contratatas y subcontratatas. Como consecuencia, la única posibilidad de equiparar las condiciones de empresa contratante y contratista se podría producir, en palabras del TSJ, “cuando la propia negociación colectiva la contemple, y también de modo indirecto, en tanto se obliga a las empresas dentro de su ámbito de aplicación a cumplir una obligación”. El Tribunal se alinea con la jurisprudencia previa a la reforma, llegando a citar expresamente algunas de las sentencias sistematizadas en el presente trabajo<sup>52</sup>. La propia sentencia reconoce que el texto del nuevo art. 42.6 ET “no parece así que aporte gran novedad a lo ya señalado por el TS”.

Sobre la base de lo anterior, según el Tribunal de suplicación, en los supuestos de subcontratación se debe aplicar el convenio colectivo de la actividad desarrollada en la contrata, salvo que la empresa contratista posea convenio colectivo propio. Esta solución, reiterada en varios puntos de la sentencia, presupone que el convenio de empresa -o convenio propio- tendría preferencia frente al convenio sectorial, al margen de las reglas de concurrencia del título III. Como se sabe, el art. 84 ET, mencionado por el propio art. 42.6 ET, plantea una solución más compleja. En virtud del principio de no afectación, si el convenio de empresa es posterior al sectorial, se aplicará este último, salvo en las materias recogidas en el art. 84.2 ET, que desde el RD-ley 32/2021 no incluye la cuestión salarial. Por su parte, si el convenio sectorial es posterior al de empresa, se aplicará este último en su

<sup>52</sup> STS 12-3-2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718); 12-2-2021(ECLI:ES:TS:2021:486).

totalidad<sup>53</sup>. No obstante, la sentencia omite cualquier alusión al elemento temporal de los convenios en cuestión, aspecto esencial para analizar la concurrencia convencional. En definitiva, el TSJ parece abogar por la preferencia del convenio de la empresa contratista frente al convenio sectorial de la actividad desarrollada por la contrata, lo que se denomina entre la doctrina como lectura inversa de las soluciones del art. 42.6 ET.

En torno a la cuestión que motiva el presente comentario, el TSJ afirma expresamente que el art. 42.6 ET está condicionado al requisito de propia actividad, contradiciendo así la posición doctrinal mayoritaria. Según el Tribunal, “la reforma lo que hace es introducir un párrafo dentro del art. 42 ET que es donde se contiene un marco normativo para cuando las empresas contratan o subcontratan”; una argumentación que podría ser considerada débil teniendo en cuenta la cantidad y profundidad de los argumentos barajados por la doctrina. Como se ha expuesto con anterioridad, el requisito de propia actividad exclusivamente condiciona la aplicación del primer y segundo apartado del art. 42 ET. En conclusión, a nuestro parecer, la argumentación del Tribunal no parece suficiente para limitar la aplicación del art. 42.6 ET en torno a la concurrencia de propia actividad. Como mera hipótesis, la justificación del TSJ podría estar vinculada a un argumento anteriormente mencionado: el hecho de que la nueva regulación se ubique en el art. 42 ET y no en el título III podría reflejar la intención de asociar su aplicación a la existencia de propia actividad. Admitiendo el mayor alcance jurídico de dicha reflexión, sería ficticio concluir que la misma se desprende del tenor de la sentencia.

En cualquier caso, el Tribunal de suplicación confirma que el art. 42.6 ET se circunscribe a las contratas de propia actividad, admitiendo que numerosas contratas y subcontratas quedan fuera de la norma. De hecho, como reconoce la propia sentencia, en el caso de autos no queda acreditado que la actividad subcontratada se corresponda con la propia actividad de la empresa comitente. Sin embargo, el Tribunal no centra especial atención en este aspecto puesto que, a su juicio, la solución que se obtiene al margen del art. 42.6 ET es la misma: se aplicará el convenio de la actividad desarrollada salvo que la empresa contratista posea un convenio colectivo propio. Siguiendo la postura del Tribunal, el art. 42.6 ET contaría con escaso valor en la práctica, siendo posible obtener una solución idéntica al margen de lo dispuesto por la norma. Ante este complejo paradigma, resulta llamativo que la propia sentencia considere de manera expresa que el art. 42.6 ET establece “un régimen jurídico más claro y seguro que el que le precede”.

A efectos prácticos, la argumentación anterior permite al TSJ concluir que el convenio colectivo aplicable a la relación laboral en cuestión es el convenio de la empresa contratista. En consecuencia, tampoco se acoge el último motivo de recurso, que alegaba la infracción del art. 53.1 b) ET en relación con el art. 122.3 LRJS. En breve, el art. 53.1 b) ET impone la obligación de entregar, junto con

<sup>53</sup> Véase Durán López, F. *Análisis en profundidad de la reforma laboral*, Wolters Kluwer, 2022.

la comunicación de despido objetivo, la indemnización correspondiente mientras que el art. 122.3 LRJS califica como improcedente la falta de puesta a disposición de tal cantidad. Según la parte recurrente, el despido debería ser calificado como improcedente dado que no se ha puesto a disposición del trabajador la indemnización recogida en el convenio sectorial antes aludido. Sin embargo, como se acaba de exponer, según el TSJ el convenio colectivo aplicable es el de la empresa contratista, siendo correcta la indemnización abonada. En todo caso, como reconoce la propia sentencia, el error en el cálculo de la indemnización no sería motivo de improcedencia del despido habida cuenta de la dificultad que supone la selección de la norma aplicable a raíz de la reforma legislativa.

#### 4.4. Fallo de la sentencia

Al no acoger ninguno de los motivos de recurso, el TSJ de Castilla y León desestima el recurso de suplicación interpuesto por el trabajador, confirmando la sentencia de instancia. En consecuencia, el despido del trabajador demandante, ahora recurrente, merece la calificación de procedente. Finalmente, el Tribunal opta por no imponer condena en costas a ninguna de las partes procesales, lo que podría estar vinculado a la dificultad interpretativa derivada de la reforma reconocida en la propia sentencia.

### 5. VALORACIÓN CRÍTICA

A nivel abstracto, la intervención del legislador respecto a un aspecto objeto de intensa conflictividad social, doctrinal y judicial merece una valoración positiva. Desde la doctrina se suelen requerir, e incluso proponer, reformas legales sobre aspectos conflictivos; dirección en la que se alinea el RD-ley 32/2021 y, en particular, el nuevo art. 42.6 ET. Sin embargo, la plasmación en la práctica de tal intervención legislativa merece una valoración menos positiva. El texto legal aprobado por el RD-ley 32/2021 más que zanjar la discusión, introduce nuevos elementos de controversia.

En cualquier caso, es importante subrayar que, a nivel dogmático, el nuevo art. 42.6 ET confirma una importante idea: la protección del trabajo en contratatas debe ir más allá de la garantía crediticia. Las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable se alinean con los derechos de información y representación introducidos durante la primera década del presente siglo. Se confirma así la importancia de la protección previa, más allá de la protección a *posteriori* dispensada por la imputación de responsabilidad solidaria. Conviene destacar que, a pesar de su -criticable- escasa influencia en la práctica, los derechos de información y representación constituyen las primeras herramientas de protección a *priori*, más allá de la responsabilidad solidaria. En esta dirección, las reglas de determinación del convenio colectivo confirman -de manera importante-

la necesidad de tutelar los trabajadores subcontratados de manera apriorística, pero no representan la primera intervención legal en esta dirección<sup>54</sup>.

Admitido lo anterior, las numerosas y complejas incógnitas fruto del texto del art. 42.6 ET siguen sin obtener una respuesta definitiva por parte de doctrina y jurisprudencia. A nuestro parecer, es necesario que los Tribunales continúen aplicando el art. 42.6 ET hasta obtener una doctrina judicial sólida que, a ser posible, sea confirmada por la Sala cuarta.

La concreta controversia que protagoniza el presente estudio podría servir como botón de muestra. Aunque la mayoría de la doctrina alcanza un consenso en torno a la aplicación del art. 42.6 ET a cualquier contrata o subcontrata, se ha dictado un pronunciamiento en sede de suplicación que contradice tal postura. En efecto, la STSJ CyL 5-10-2023 plantea una excepción a la posición mayoritaria de la doctrina iuslaboralista, limitando las nuevas reglas de determinación del convenio colectivo aplicable a las contratas de propia actividad. Sin embargo, a nuestro parecer, la sentencia objeto de estudio no debe servir como precedente judicial para limitar el ámbito de aplicación del nuevo art. 42.6 ET. Al examinar la fundamentación jurídica de la sentencia es posible advertir, además de la escasez argumental, la limitada influencia práctica otorgada al propio art. 42.6 ET. En contraposición, siguen en pie los argumentos a favor de la aplicación extensa del art. 42.6 ET planteados por la doctrina. Ante este paradigma, resulta necesario que el TS se posicione al respecto, confirmando, a nuestro juicio, la aplicación de las reglas de determinación del convenio colectivo ante cualquier contrata, con independencia del concepto de propia actividad.

<sup>54</sup> Parece apuntar en esta dirección Esteve Segarra, A. *El convenio colectivo aplicable...* op. cit. p. 31: “La protección en materia de contratas y subcontratas se había centrado siempre en una tutela *a posteriori*, si la persona trabajadora reclamaba, por la vía de una responsabilidad solidaria de las empresas en las contratas de propia actividad”.

## CAMBIO DE DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: LA CEGUERA DEJARÁ DE SER CONSIDERADA DE FORMA AUTOMÁTICA CONSTITUTIVA DE UNA GRAN INVALIDEZ

*Sentencia del Tribunal Supremo, 199/2023, de 16 de marzo de 2023  
ECLI:ES:TS:2023:956*

NOELIA LOSADA MORENO\*

**SUPUESTO DE HECHO:** Es objeto de recurso de casación para la unificación de doctrina si una persona, agente vendedora de cupones con ceguera completa desde 1993, es acreedora de una gran invalidez. Tanto la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de 18 de enero de 2019 como la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 9 de septiembre de 2019 (recurso 366/2019), habían declarado a la demandante afecta de incapacidad permanente absoluta, pero no de gran invalidez.

La demandante es autónoma en su día a día, va andando a su trabajo pues vive muy cerca de él; vive sola en casa y recibe bastante ayuda de su familia; tiene una persona que le cocina y le hace la compra; calienta la comida, come, se baña y se viste sola, pero precisa ayuda para combinar la ropa.

**RESUMEN:** El Tribunal Supremo da un giro a su doctrina clásica sobre la concesión automática de una Gran Invalidez cuando la acreedora era una persona ciega, con una visión inferior en ambos ojos a 0,1, aunque hubiese desarrollado habilidades para desarrollarse de forma autónoma para los actos esenciales de la vida. Ahora, tras la STS de 16 de marzo de 2023 (rec. 3980/2023), establece el Alto Tribunal una tesis subjetiva, considerando que el reconocimiento de la pensión depende de las circunstancias del caso concreto. Una misma enfermedad puede producir efectos muy diferentes de unos a otros individuos, en función de cuáles sean sus factores personales, tanto los psíquicos como los físicos.

## ÍNDICE

### INTRODUCCIÓN

1. EL SUPUESTO ANALIZADO EN LA SENTENCIA
2. DEFINICIÓN Y MARCO LEGAL DE LA GRAN INVALIDEZ
3. CONTENIDO Y CONFIGURACIÓN DEL COMPLEMENTO
4. RELACIÓN ENTRE GRAN INVALIDEZ Y DEPENDENCIA
5. DOCTRINA JUDICIAL ANTERIOR
6. EL CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4ª DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2023
  - 6.1. Se abandona el criterio objetivo de reconocimiento de gran invalidez a los afectados de ceguera total
  - 6.2. Se abandona la necesidad de una determinada cifra de agudeza visual
7. CONCLUSIONES

## INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Supremo STS 199/2023, de 16 de marzo de 2023 (recurso 3980/2023) supone un cambio respecto a la doctrina que se venía aplicando desde 1973 sobre la ceguera. Hasta ahora se asumía que quien tuviera ceguera total requería sí o sí la colaboración de un tercero para la realización de actividades esenciales en la vida y, en consecuencia, se le atribuía gran invalidez. Sin embargo, a partir de ahora será necesario acreditar que efectivamente se necesita la asistencia de otra persona para llevar a cabo actos básicos de la vida, como vestirse, desplazarse o comer.

En consecuencia, el Supremo ha considerado que no es aceptable que para declarar la gran incapacidad por ceguera se atiende solamente a la agudeza visual sin valorar la situación real del sujeto. Se abandona así uno de los pocos criterios automáticos que operaban en incapacidades y se vuelve a la doctrina subjetiva para no generar un trato desigual con otras dolencias o limitaciones diferentes.

Es importante destacar que esta sentencia ha sido tomada por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo y que no ha habido votos particulares, lo que supone que el consenso para llevar a cabo el cambio de doctrina es total.

### 1. EL SUPUESTO ANALIZADO EN LA SENTENCIA

En el supuesto concreto que ha llegado al Supremo y ha originado este cambio de doctrina, la demandante, que es agente vendedora de cupones, plantea un recurso de casación para la unificación de doctrina frente a la STSJ, Sala de lo Social, de Madrid, de 9 de septiembre de 2019 (recurso 366/2019), que la había declarado afecta de incapacidad permanente absoluta pero no de gran invalidez.

Para el Tribunal Supremo, que la demandante se desplace sola al trabajo, pueda vivir, vestirse o bañarse sola, aunque reciba ayuda para hacer la compra u otras actividades, evidencian que no precisaba de la ayuda de otra persona.

## 2. DEFINICIÓN Y MARCO LEGAL DE LA GRAN INVALIDEZ

La gran invalidez viene regulada en el art. 194.6 de la LGSS (en la redacción que ha de entenderse vigente conforme a su D.T. vigésimo sexta) y dispone que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”<sup>1</sup>.

El artículo 196.4 LGSS dispone que “Si el trabajador fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda (...)”.

Desde 1997 se lleva esperando a que un desarrollo reglamentario establezca la lista de enfermedades y cómo se valoran las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo. En su defecto, han sido los Tribunales los que han ido perfilando una jurisprudencia que delimitara cuándo estábamos ante una incapacidad permanente y si ésta era acreedora de la necesidad de ayuda de tercera persona.

Aunque lo más habitual es que se parta de una situación de incapacidad permanente absoluta, este grado no es imprescindible desde la modificación de

<sup>1</sup> El artículo 135.6 del Decreto 907/1966, de 21 de abril, que aprobó el texto articulado de la Ley sobre Bases de la Seguridad Social, estableció que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente absoluta y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizarlos actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.”

Esa definición de la gran invalidez se mantuvo en las sucesivas LGSS. La Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, reformó el artículo 137 de la LGSS de 1994 señalando en su apartado 3:

“La lista de enfermedades, la valoración de las mismas, a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo, y la determinación de los distintos grados de incapacidad, así como el régimen de incompatibilidades de los mismos, serán objeto de desarrollo reglamentario por el Gobierno, previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de la Seguridad Social.”

Ese desarrollo reglamentario no se ha llevado a cabo, a pesar de que el art. 194.3 de la vigente LGSS de 2015 reproduce exactamente el mismo artículo 137.3 de la LGSS de 1997, por lo que, en la actualidad, debemos seguir acudiendo a la definición que da el artículo 194.6 de la vigente LGSS de 2015, aplicable de conformidad con la disposición transitoria 26ª, por el que “se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.”

la LGSS por la Ley 40/2007, en la redacción actual del art. 194.6 de la LGSS, de modo que la cuantía de la pensión por gran invalidez estará formada por el importe de la pensión que corresponda por incapacidad permanente (total o absoluta), incrementada con un complemento destinado a remunerar a la persona que atienda al beneficiario. Este complemento estará calculado con el 45% de la base mínima de cotización vigente cuando se reconoció la incapacidad, y el 30% de la última base de cotización del trabajador.

Finalmente, tampoco es tarea sencilla determinar el *quantum* de actividades esenciales de la vida diaria afectadas o impedidas, y el cómo las mismas exigen o se conectan con el concurso de una tercera persona que colabore con el incapacitado pues éste depende de su ayuda para poder realizarlas.

El artículo 194 de la LGSS apunta a una solución subjetiva en el concepto de que se entiende por gran invalidez vinculándolo a la necesidad de asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, con lo que, *contrario sensu*, no cabría declarar en gran invalidez a quien, por las razones personales que sean, no precise la referida “asistencia de otra persona” para los relatados “actos esenciales”.

Entre las múltiples descripciones de actividades básicas de la vida diaria existentes, se ha tomado por el legislador la propuesta realizada por la Asociación Médica Americana en 1994: actividades de autocuidado (vestirse, comer, evitar riesgos, aseo e higiene personal...) con otras en el campo de la comunicación, la actividad física (levantarse, vestirse, reclinarsse, llevar, elevar, empujar...), sensorial (oír, ver...), manual (agarrar, sujetar, apretar...), transporte (capacidad para utilizar los medios de transporte), sexual, sueño y actividades sociales y de ocio.

La jurisprudencia ha venido a señalar qué actos más esenciales de la vida son los encaminados a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamental para la humana convivencia, no siendo suficiente la mera dificultad en la realización de aquellos ni exigible que la ayuda sea constante o permanente<sup>2</sup>. Alcance conceptual que, además debe ponerse en relación con la doctrina que ha venido admitiendo que la compatibilidad de la gran invalidez con un trabajo a tiempo completo en una determinada actividad laboral<sup>3</sup>.

Lamentablemente, lo habitual es que se conceda la incapacidad permanente en grado de gran invalidez en supuestos extremos como enfermedades graves de tipo mental (esquizofrenia o el trastorno bipolar), enfermedades neurodegenerativas

<sup>2</sup> STS 593/2022, de 29 junio (recurso 233/2019).

<sup>3</sup> Como recuerda la STS de 3 de marzo de 2014 (recurso 1246/2013) que recoge toda esa doctrina.

(como la esclerosis múltiple o el Alzheimer), o en enfermedades que conlleven la falta total de movilidad (como la tetraplejía y la paraplejía). La protección de la vida frente a la tendencia de autodestrucción también ha conllevado el reconocimiento de la gran invalidez cuando existe necesidad de ayuda de tercero para impedir posibles actividades autoagresivas o para la evitación de situaciones de peligro o riesgo o el del depresivo que debe ser atendido constantemente y vigilado de manera continua para evitar sus frecuentes intentos de suicidio<sup>4</sup>.

Los últimos datos publicados nos muestran que actualmente hay 945.530 personas beneficiarias de alguna pensión de Incapacidad permanente del nivel contributivo, de las cuales tan sólo el 3,40% lo son en grado de gran invalidez, es decir, su concesión es muy restrictiva<sup>5</sup>.

### 3. CONTENIDO Y CONFIGURACIÓN DEL COMPLEMENTO

El requisito de la ayuda necesaria de otra persona para atender al discapacitado se traslada también a la cuantía económica a percibir, que consistirá en la cuantía de la incapacidad permanente total o incapacidad permanente absoluta que se venía recibiendo, más un complemento determinable cuyo propósito no es otro que financiar la contratación de una tercera persona para que lo atienda.

En relación con su contenido económico, la inicial cuantificación vinculada a la incapacidad permanente absoluta fue suprimida por Ley 40/2007, que establece un sistema de cálculo diferente desvinculándolo del importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta<sup>6</sup>.

Igualmente, dicha ley suprimió la posibilidad de sustituir el complemento por un régimen de alojamiento y cuidado en régimen de internado<sup>7</sup>. Su régimen

<sup>4</sup> STSJ de Cantabria 889/2023, de 22 de diciembre de 2023, recurso 732/2023.

<sup>6</sup> Datos obtenidos de los datos estadísticos publicados en la web de la Seguridad Social diciembre 2023.

<sup>7</sup> Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

<sup>7</sup> El art. 2 de la Orden de 17 de octubre de 1945 permitía sustituir la indemnización complementaria por gran invalidez del 50% del seguro obligatorio de accidentes de trabajo por el internamiento en un establecimiento sanitario adecuado. El art. 8 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969 permitía sustituir el complemento por el internado en una institución adecuada a solicitud del interesado o sus representantes. Como el internamiento debía producirse en una institución de la Seguridad Social, y había realmente pocas plazas, empezó a generarse una doctrina por la cual las Entidades Gestoras se debían hacer cargo del coste del internamiento en un centro privado. A partir del 1 de enero de 2008, el complemento por gran invalidez dejó de ser un 50% y se eliminó la posibilidad de ingreso en una Institución asistencial. La justificación para esa eliminación de la opción del internamiento radica en la promulgación de de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia que contempla en el catálogo de servicios y prestaciones los centros ocupacionales, centros de día y residencias para personas con discapacidad. En cuanto a la financiación de los

es el que se ha venido manteniendo y mantiene el art. 196.4 de la LGSS, en el que se dispone lo siguiente: “Si el trabajador fuese calificado de gran inválido, tendrá derecho a una pensión vitalicia según lo establecido en los apartados anteriores, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador”.

El Tribunal Supremo ha aclarado recientemente qué se considera “base mínima de cotización vigente”, señalando que ha de usarse la base mínima aplicable anualmente a todos los trabajadores y no la base del grupo de cotización al que pertenezca cada beneficiario<sup>8</sup>.

En la actualidad el diseño de la cuantía económica del complemento lo hace en la mayor parte de los casos insuficiente para cumplir con el objetivo para el que se creó.

Además, resulta incongruente que si el complemento tiene por objeto contratar a alguien para que atienda al gran inválido, éste complemento sea tan escaso, y se calcule, aunque sea en parte, con su última base de cotización. Si, en efecto, esa fuese la verdadera voluntad del legislador, el complemento debiera estar dotado en cuantía suficiente para tal fin, es decir, al menos por encima del salario mínimo profesional y con una cuantía que permitiese el alojamiento y cuidado en un centro y no referenciado a la pensión de base del incapacitado.

Para DE COSSÍO RODRÍGUEZ, lo lógico sería que el complemento se calculase en función del número de horas que deba prestarse la asistencia, pero eso exigiría una valoración específica de la situación de dependencia que no existe a día de hoy, por ello, sería deseable que la resolución de la gran invalidez “detallase

centros de día y de noche, el art. 32 de la LAAD señala que la financiación deberá ser asumida por las Administraciones Públicas competentes, y también, mediante participación, en su caso, de los propios usuarios. Es decir, que los servicios no son gratuitos y de hecho, existen diferencias entre las Comunidades Autónomas sobre el precio público del servicio y sobre las aportaciones que deben satisfacer los usuarios de estos servicios. Como señala DE COSSÍO RODRÍGUEZ, P., sorprende que un beneficiario de pensión de gran invalidez pueda ingresar en un centro sanitario del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) y seguir percibiendo el complemento de gran invalidez, puesto que complemento e ingreso cumplen la misma finalidad. De Cossío Rodríguez, P., *La gran invalidez como grado autónomo de la incapacidad permanente. Su concepto en la Ley General de la Seguridad Social y distinción de figuras afines*, Atelier, 2021, p.231.

<sup>8</sup> STS 745/2023, de 17 de octubre de 2023, (recurso 2285/2021).

la intensidad de la afectación de la autonomía personal del gran inválido y así poder tasar la asistencia de tercera persona en un número de horas diarias o mensuales”<sup>9</sup>.

Otra característica del complemento de la pensión de gran invalidez es su carácter de inembargable. En efecto, aunque el artículo 44 del LGSS señala que en materia de embargo se estará a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y esta ley, por su parte, en el artículo 607, incluye expresamente en su enunciado el embargo de las pensiones, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, tiene reconocido expresamente que “el referido complemento no puede considerarse, en puridad de concepto, una pensión, y en atención a la concreta finalidad a la que va destinado, esto es, retribuir a la persona que ha de atender al inválido en los actos elementales de la vida, no puede afirmarse que se trate de un ingreso equivalente al de la pensión a la que suplementa, sino una ayuda en sus necesidades”. En consecuencia, de conformidad con el artículo 607 de la LEC, no procede su embargabilidad pues, en caso contrario, se le estaría dando un trato de pensión, sin que esta característica se refleje específicamente en el artículo 196.4 de la LGSS<sup>10</sup>.

#### 4. RELACIÓN ENTRE GRAN INVALIDEZ Y DEPENDENCIA

Toda persona que tenga reconocida la situación de gran invalidez se considera legalmente una persona dependiente, aunque la calificación automática de esta condición solo alcanza al grado mínimo.

La D.A. 9ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia señala que “*quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley*”.

Si bien es cierto que de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia se desprende que el legislador ha tenido la intención de acercar las situaciones de discapacidad y dependencia, o de llevar a cabo una cierta homologación, lo cierto

<sup>9</sup> De Cossío Rodríguez, P., *La gran invalidez como grado autónomo de la incapacidad permanente. Su concepto en la Ley General de la Seguridad Social y distinción de figuras afines*, Atelier, 2021, p.228.

<sup>10</sup> Criterio de gestión 22/2017 de la Subdirección General De Ordenación Y Asistencia Jurídica, de 30 de octubre de 2017

es que atienden a finalidades distintas y garantizan diferentes prestaciones<sup>11</sup>. Por mucho que puedan traducirse en grado de dependencia los puntos obtenidos en la valoración del concurso de otra persona, ello no significa que esa calificación otorgue automáticamente el grado de gran invalidez<sup>12</sup>. Pero, en cambio, sí permite que los grandes inválidos accedan a las prestaciones del sistema para la protección de la dependencia<sup>13</sup>.

## 5. DOCTRINA JUDICIAL ANTERIOR

A pesar de que Tribunal Supremo ha señalado reiteradamente que las cuestiones relativas a la calificación de la incapacidad permanente no son materia propia de unificación de doctrina, pues las dolencias y anomalías físicas o psíquicas en las personas tienen una configuración casuística y particularizada en cada sujeto afectado<sup>14</sup>, se ha ido creando una jurisprudencia sobre situaciones iguales o muy similares que podemos sintetizar en los siguientes criterios objetivos<sup>15</sup>:

- a) Una persona que pueda ser considerada ciega, por estar indiscutidamente dentro de las categorías de alteración visual que dan lugar a la calificación de ceguera, bien por padecer ceguera total o bien por sufrir pérdida de la visión a ella equiparable (cuando, sin implicar una absoluta anulación de la misma, sea funcionalmente equiparables a aquélla) reúne objetivamente las condiciones para calificarla en situación de gran invalidez.

<sup>11</sup> A mayor abundamiento, véase Alonso-Olea García, B., *Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales*. Thomson Reuters. 4ª ed., Civitas, 2020, pp. 607-677 y Durán Bernardino, M., *La protección de las personas en situación de dependencia*. Comares, Granada, 2015.

<sup>12</sup> Véase STS 633/2020 de 9 de julio de 2020, Rec. 805/2018 se debate sobre si la existencia de un grado de dependencia permite entender que hay situación de gran invalidez concluyendo que la discapacidad equivalente al grado III de dependencia no equivale a gran invalidez.

<sup>13</sup> Vid. Rodríguez Iniesta, G., “Incapacidad permanente, incapacidad judicial, discapacidad y dependencia. Las asimilaciones legales entre ellas y su efectividad” en *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, I Congreso Internacional y XIV Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS), Murcia, Laborum, 2017, pp. 791-801.

<sup>14</sup> Conforme al art. 219.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social “El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

<sup>15</sup> STS 930/2022, de 23 de noviembre (recurso 3121/2019), STS 827/2019, de 4 de diciembre (recurso 2737/2017), STSJ de Madrid, de 11 de mayo de 2020 (recurso 1040/2019), STSJ de Madrid, de 28 de febrero de 2019 (recurso 451/2018), STSJ del País Vasco, de 19 de septiembre de 2017, (recurso 1611/2017), SSTS 3 marzo 2014 (recurso 1246/2013) y 10 febrero 2015 (recurso 1764/2014).

- b) Aunque no hay una doctrina legal ni científico-médica indubitada que determine qué agudeza visual ha de ser valorada como ceguera, sí puede afirmarse que, en general, cuando ésta es inferior a una décima en ambos ojos se viene aceptando que ello significa prácticamente una ceguera.
- c) Si antes de la afiliación al sistema de la Seguridad Social la agudeza visual era ya inferior en ambos ojos al 0,1, esta agudeza visual, aunque empeore, no era acreedora de la gran invalidez, porque ya antes de la afiliación al sistema se requería la asistencia de otra persona desde esa solución “objetiva” y no “subjetiva” a la que ya se ha hecho referencia.
- Pero, si en el momento de la afiliación al sistema de la Seguridad Social la agudeza visual era 0,1 (y no inferior a 0,1), no se podía entender que ya entonces se necesitaba “objetivamente” la asistencia de esa tercera persona, de manera que si, posteriormente, la agudeza visual empeoraba y pasaba a ser inferior a 0,1, sí era posible reconocer la situación de gran invalidez<sup>16</sup>.
- d) Es claro que el invidente en tales condiciones requiere naturalmente la colaboración de una tercera persona para la realización de determinadas actividades esenciales en la vida, no requiriéndose que la necesidad de ayuda sea continuada. Si se denegase el complemento previsto para la gran invalidez por haber desarrollado habilidades adaptativas, se produciría un efecto desmotivador para la deseable reinserción social y laboral del discapacitado<sup>17</sup>.
- e) No debe excluir tal calificación de gran invalidez la circunstancia de quienes, a pesar de acreditar tal situación, especialmente por percibir algún tipo de estímulo luminoso, puedan en el caso personal y concreto, en base a factores perceptivos, cognitivos, ambientales, temporales u otros, haber llegado a adquirir alguna de las habilidades adaptativas necesarias para realizar alguno de los actos esenciales de la vida sin ayuda de terceros o sin necesidad de ayuda permanente, o incluso los que puedan llegar a efectuar trabajos no perjudiciales con su situación, con lo que, además, se evita cierto efecto desmotivador sobre la reinserción social y laboral de quien se halla en tal situación<sup>18</sup>.
- f) La enumeración de los actos esenciales es enunciativa y que basta la afectación referida a la imposibilidad de realizar alguno de ellos para que se esté en presencia

<sup>16</sup> STS 675/2016, de 19 de julio (recurso 3970/2014), STS 408/2018, de 17 de abril (recurso 970/2018), STS 737/2018, de 10 de julio (recurso 4313/2017) y STS 804/2020, de 25 de septiembre de 2020 (recurso 4716/2018). Debe resaltarse, entre otras posteriores, las SSTS 806/2020 y 813/2020, de Pleno, de 29 de septiembre (recursos 1098/2018 y 1090/2018, respectivamente).

<sup>17</sup> La STS 308/2016, de 20 de abril (recurso 2977/2014) es especialmente relevante porque en ella se reconoce la gran invalidez a un trabajador que podía atender los actos esenciales de la vida, pero como las patologías le hacen precisar la ayuda de otra persona para desplazamientos y administración de la medicación, aunque no sean necesidades permanentes ni para todos los actos esenciales de la vida, le colocan en situación de gran invalidez.

<sup>18</sup> STS de 10 de febrero de 2015, Rec. 1764/2014.

de este grado de invalidez permanente. Además, señala la jurisprudencia el dato de que es la dependencia que el incapacitado tiene de su cuidador lo que genera la calificación de gran invalidez, a la vez que destaca que la necesidad de la ayuda no ha de ser permanente y continuada<sup>19</sup>.

- g) No procede su reconocimiento, sin embargo, cuando se trata de aspectos menos trascendentes de la vida diaria como puede ser una función concreta al comer o cuando sólo precisa el solicitante la ayuda de terceros para ponerse algunas prendas de vestir, pudiendo utilizar otras prendas.

## **6. EL CAMBIO DE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SALA 4ª DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LA SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 2023**

### **6.1. Se abandona el criterio objetivo de reconocimiento de gran invalidez a los afectados de ceguera total**

Como hemos visto hasta ahora, aunque la persona que padecía una ceguera total hubiese adquirido habilidades adaptativas seguía siendo considerada afectada de una gran invalidez, pues la asistencia de un tercero para desenvolverse en las actividades vitales esenciales no era necesaria que fuese de manera continuada y permanente.

Es decir, la doctrina hasta la STS 199/2023, de 16 de marzo de 2023, consideraba que no podía penalizarse a quien se esfuerza por adaptarse y superarse, por lo que, en cuanto a la calificación del grado gran invalidez, no producirá efectos negativos. “La adquisición de habilidades para la realización de actividades esenciales de la vida constituye un elemento motivador de cara a la reinserción social de la persona, y precisamente por ello no puede constituir una traba insalvable de cara al reconocimiento de la condición de gran inválido”<sup>20</sup>.

La Sentencia del Tribunal Supremo 199/2023, de 16 de marzo de 2023 (recurso 3980/2023) supone un cambio de 180 grados respecto a la doctrina que se venía aplicando desde 1973 sobre la ceguera y el reconocimiento automático de la pensión de gran invalidez. Ahora se exigirá valorar una pluralidad de circunstancias

<sup>19</sup> Como ha señalado el TS en Sentencias de 19 de enero de 1989, 30 de enero de 1989 y 12 de junio de 1990 “*Basta la imposibilidad del inválido para realizar por sí mismo uno sólo de los «actos más esenciales de la vida» y la correlativa necesidad de ayuda externa, como para que proceda la calificación de gran invalidez, siquiera se señale que no basta la mera dificultad en la realización del acto, aunque tampoco es preciso que la necesidad de ayuda sea constante*”.

<sup>20</sup> Díaz Aznarte, M. T., “Gran invalidez y adquisición de habilidades adaptativas. Hacia una interpretación humanista y flexible de los requisitos normativos” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 4, 2015, p.197.

que individualizarán cada caso y determinarán si se necesita o no ayuda de otra persona para las necesidades básicas de la vida diaria, pues:

- a) No es lo mismo la pérdida del campo visual central que del campo visual periférico.
- b) Es necesario tener en cuenta las condiciones intelectuales y volitivas del solicitante de la pensión, que pueden facilitar o dificultar la adaptación personal a la pérdida de agudeza visual.
- c) Es importante la edad a la que se sufrió la pérdida de la agudeza visual. La capacidad de adaptación a las limitaciones está en relación inversa a la edad. No es lo mismo personas que de repente se han visto desprovistas del sentido de la vista y carecen de todo conocimiento y capacidad para adaptar su entorno personal, familiar y social a la nueva situación, que personas que han nacido con la dolencia.
- d) Deben valorarse también las restantes dolencias del solicitante de la pensión y si están aquejadas de limitaciones en otros sentidos, en particular el oído; por lo que realmente necesitan la ayuda de terceras personas para realizar los actos más esenciales de la vida.

Por ello, “la gran invalidez, además de la incapacidad para el trabajo, exige valorar la aptitud de cada persona, a fin de determinar si efectivamente necesita la asistencia de otro para los actos más esenciales de la vida. Con la finalidad de precisar la aptitud vital de cada individuo, la disminución de la agudeza visual no puede examinarse aisladamente, soslayando las restantes circunstancias personales del solicitante de la pensión. Con la misma disminución de la agudeza visual, hay personas que sufren unas limitaciones vitales mayores que otras”<sup>21</sup>.

En relación con incapacidades permanentes contributivas, el artículo 196 LGSS contempla dos complementos, el de la gran invalidez, previsto en el apartado 4 de forma directa, sin remisión reglamentaria y desligado de valoraciones sociales como la educación, edad, ayuda familiar, etc. y el de la incapacidad permanente total cualificada, previsto en el apartado segundo para los declarados afectos de incapacidad permanente total, con un 20% adicional de la base reguladora “cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior inicialmente”. Pues bien, no deja de resultar contradictorio que, tras la vuelta a la doctrina subjetiva, para considerar que una persona con incapacidad permanente necesita ayuda para las actividades básicas de la vida diaria haya que acudir a conceptos no incluidos en el precepto como la edad, o la capacidad de adaptación, y, sin embargo, para la concesión del complemento de la incapacidad permanente total cualificada no se requiera de ninguna de estas

<sup>21</sup> STS 200/2023, de 16 de marzo de 2023 (Recurso 1766/2020), STS 230/2023, de 29 de marzo de 2023 (Recurso 936/2020), STS 433/2023, de 14 de junio de 2023 (recurso 272/2021), STS 513/2023, de 17 de julio de 2023 (Recurso 4136/2020).

acreditaciones concediéndose automáticamente a todo solicitante que no esté trabajando y haya alcanzado la edad de cincuenta y cinco años<sup>22</sup>. Dicho de otro modo, en el complemento que el precepto pide que concurren unas específicas circunstancias sociales éstas no deben acreditarse y opera la automaticidad, y en el complemento para que el cuerpo legal no dice nada la nueva doctrina las ha introducido motu proprio.

## **6.2. Se abandona la necesidad de una determinada cifra de agudeza visual**

Como hemos expuesto, hasta la STS 199, de 16 de marzo de 2023, operaba la doctrina objetiva por la que se entendía que al concepto legal de ceguera (agudeza visual inferior en ambos ojos al 0,1) le correspondía automáticamente una gran invalidez.

A partir de esta rectificación de doctrina, se plantea la incertidumbre sobre si un determinado nivel de agudeza visual va a seguir siendo necesario o no para considerar acreedor de una gran invalidez a un trabajador, puesto que la STS 200/2023, de 16 de marzo (recurso 1766/2020) argumenta que, “constreñir el reconocimiento de la pensión de gran invalidez a una concreta cifra de pérdida de agudeza visual o de disminución del campo visual constituye una simplificación que puede conducir a resultados erróneos” pues se le podría denegar la pensión de gran invalidez a personas con más visión que la requerida legalmente, pero en las que concurren circunstancias intelectuales y volitivas limitadas; o han perdido la vista cuando tenían una edad avanzada y no se han podido adaptar a la nueva situación; o tienen además otras limitaciones en otros sentidos, como el oído que les hacen dependientes de terceras personas.

Es decir, parece que habrá que individualizar cada caso, sólo desde el punto de vista de si se necesita o no ayuda de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida, independientemente de que se tenga más agudeza visual o menos.

La propia sentencia argumenta que, en el propio ordenamiento español, las normas exigen una disminución de la agudeza visual son distintas a efectos de la afiliación a la ONCE (se exige una agudeza visual igual o inferior a 0,1) o a efectos de la asistencia en la Seguridad Social a los discapacitados (visión inferior en ambos ojos a 0,1)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Artículo 6 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>23</sup> La determinación de las cifras de agudeza visual a efectos de Seguridad Social, se determinaron en la Orden por la que se aprobó el texto refundido de los Decretos 2421/1968, de 20 de septiembre, y 1076/1970, de 9 de abril, por los que se establecía y regulaba la asistencia en la

## 7. CONCLUSIONES

### 1. Un paso atrás en el criterio objetivo de enfermedades que confieren la gran invalidez

En defecto de la esperada lista de enfermedades y la medición de su impacto sobre la capacidad laboral, pendiente aún de desarrollo reglamentario, la doctrina jurisprudencial que acogió la tesis objetiva sobre la ceguera absoluta como situación de gran invalidez ha proporcionado seguridad jurídica sobre una materia en la que existe una alta judicialización. Según el informe estadístico del INSS en 2022, el 46,49% de procesos iniciados ante los Juzgados de lo Social lo son por Incapacidad permanente<sup>24</sup>.

Se vuelve, por tanto, a una tesis subjetiva en la que habrá que “atender a las circunstancias específicas que pongan de manifiesto que, para atender las diferentes facetas que comprende los actos más esenciales de la vida, se precisa la asistencia de una persona, ya que, aunque estemos ante una misma dolencia, ello no implica que los sujetos que la presentan se desenvuelvan de igual forma en ese ámbito personal”.

Ese criterio, sostiene que las decisiones en materia de invalidez permanente no son extensibles ni generalizables dado que, en principio, lesiones que son aparentemente idénticas pueden afectar a los trabajadores de distinta manera en cuanto a su incidencia en la capacidad de trabajo, lo que conlleva de nuevo la judicialización de las controversias y la inseguridad en la solución que se le va a dar a cada caso<sup>25</sup>.

Es cierto que cada enfermedad necesita de distinta medida de tratamiento en cada individuo que la sufre y a su vez, que son distintas las situaciones residuales apreciadas en cada una de las personas que las padecen, pero es posible y deseable predeterminedar el grado de incapacidad permanente y, en su caso, concluir la necesidad del auxilio de un tercero para realizar los actos elementales de la vida ante la constatación de determinadas patologías (esclerosis múltiple, Alzheimer, tetraplejias, etc.) que limitan severamente la movilidad y la interacción con el entorno.

Seguridad Social a los subnormales (sic), incluía en su ámbito de aplicación a los ciegos con una visión menor de 20/200 en ambos ojos después de la oportuna corrección.

El artículo 8.1 los Estatutos de la ONCE, aprobados según Resolución de 23 de noviembre de 1992, publicada en el BOE de 25 de noviembre, detalla los requisitos que tienen que cumplir las personas con ceguera o deficiencia visual para pertenecer a esta Organización (agudeza visual igual o inferior a 0,1 (1/10 de la escala de Wecker) obtenida con la mejor corrección óptica posible).

<sup>24</sup> Datos obtenidos del Informe Estadístico INSS 2022, pp. 94-95. <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/7a5c3a76-86ec-4c77-8091-220fbeda65bc/INFORME+ESTADISTICO+2022.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>25</sup> Fundamento Jurídico segundo de la STS 199/2023, de 16 de marzo de 2023 (recurso 3980/2019).

Si había una serie de enfermedades que sabíamos que otorgaban automáticamente la gran invalidez, ahora se da un paso hacia atrás y vuelve a ser la valoración subjetiva caso a caso la que determine su concesión o no.

2. El cambio de doctrina intenta evitar desigualdad con la forma de tratar a otras enfermedades.

Parece que la Sentencia cambia su doctrina por un criterio de justicia pues le parece que se esté privilegiando a la ceguera de otras patologías que no se les aplica el criterio objetivo y tienen que demostrar la necesidad de ayuda de tercera persona, es decir, si en el resto de patologías se requiere de un análisis de todas las circunstancias individuales y contextuales del interesado, no es justo que para la ceguera no se lleve a cabo este análisis: “la sola presencia de una determinada dolencia no permite, por sí misma, reconocer que la persona que la presenta no pueda atender los actos más esenciales de la vida”, por lo que “no es aceptable que, para la gran invalidez, la enfermedad, como la que aquí se presenta, sea objetivada sin atender a la situación real del sujeto(...) Esta particularidad era única de la ceguera puesto que las demás patologías se alejaban paulatinamente de la objetivación de las dolencias”.

Y parece que el Pleno de la Sala 4ª del Tribunal Supremo le da un tirón de orejas al legislador señalando que “del mismo modo que el legislador desvinculó este grado de la situación de incapacidad permanente absoluta, de forma que basta con que esté afecto de una incapacidad permanente, bien podía haber extendido aquella calificación a determinadas dolencias, como en su momento se realizó en accidente de trabajo para la ceguera total. Seguimos a la espera de una reglamentación en materia de incapacidades permanentes, por lo que objetivar una determinada dolencia para identificarla como grado de incapacidad permanente sin más requiere de la oportuna regulación que así lo disponga”<sup>26</sup>.

Ahora bien, si el cambio de doctrina del Tribunal Supremo es que el reconocimiento de la pensión de gran invalidez por deficiencia visual no tenga un tratamiento jurídico distinto al del resto de pensiones de incapacidad permanente, lo lógico sería que los distintos Equipos de Valoración de Incapacidades llevaran a cabo una revisión de las pensiones por gran invalidez reconocidas hasta ahora a personas ciegas en aplicación de la tesis objetiva, ahora superada, para constatar que el beneficiario realmente no precisa el auxilio continuado de una tercera persona para desenvolverse en su vida diaria<sup>27</sup>.

3. Redefiniendo el concepto de “ayuda de tercera persona”

Es cierto que los continuos avances en el desarrollo tecnológico han generado la aparición de herramientas de última generación que favorecen la autonomía personal y plena integración social, laboral y educativa para las personas con

<sup>26</sup> STS 368/2023, de 23 de mayo de 2023 (recurso 1597/2020).

<sup>27</sup> Cavas Martínez, F., “La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez” en *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 4, 2023.

deficiencias visuales (compra on line, reconocimiento de voz, sistema de lectoescritura táctil/braille, lectores de documentos, etc.), por lo que, en puridad, es verdad que quizá un afectado con ceguera total no necesite remunerar a una tercera persona pues las nuevas tecnologías hacen que pueda tener cierta autonomía. Por ello, el concepto de ayuda de tercera persona quizá debiera redefinirse por “ayuda” en general, pues si bien las nuevas tecnologías han sustituido tareas que antaño hubieran de llevarse a cabo por terceras personas siguen teniendo un coste económico y deben conllevar un complemento compensatorio del mayor gasto para el pensionista por la ayuda necesaria.

Tener una vivienda adaptada con domótica, desplazarse en taxi, o necesitar ayuda constantemente de la familia también debiese valorarse económicamente.

4. Se abandona la necesidad de agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos. De la argumentación de las sentencias que han seguido la tesis subjetiva de la individualización caso a caso, parece desprenderse que, a partir de ahora, tampoco será imprescindible tener una agudeza visual inferior a 0,1 en ambos ojos para ser calificado afecto de gran invalidez, es decir, que personas con más visión que la aceptada hasta ahora en las que concurran circunstancias intelectuales y volitivas limitadas; o han perdido la vista cuando tenían una edad avanzada y no se han podido adaptar a la nueva situación; o tienen además otras limitaciones en otros sentidos, como el oído podrán ser consideradas dependientes de terceras personas.

Desde este punto de vista, si ya había una alta judicialización de los asuntos de incapacidad permanente, ahora se avecina un escenario aún peor, pues el propio proceso de valoración es muy complejo, ya que, de un lado, debería diferenciar las dolencias previas a la incorporación del sujeto a la Seguridad Social, cuestión altamente complicada y no siempre posible y, de otro lado, además de las patologías del sujeto deberán tenerse en cuenta factores o condiciones subjetivas de adaptación en las que el solicitante pudiera encontrarse.

5. Se penaliza que el sujeto se esfuerce para conseguir cierto nivel de autonomía en algunas facetas de su vida personal y laboral. Es evidente que se está penalizando a las personas con ceguera que se han adaptado a su deficiencia y han alcanzado cierto nivel de autonomía. En la sentencia de referencia, se detalla que la solicitante tiene su trabajo “a tres manzanas de su casa. Tiene un quiosco. Va sola al trabajo andando. Vive sola, recibe bastante ayuda de su familia, tiene una persona que le cocina, le hace la compra. Ella calienta la comida, come sola, se baña, se vista sola. Precisa ayuda para combinar la ropa. Sale sola por los alrededores de su domicilio”, y por tanto se deduce que no precisa de la asistencia de una persona para atender las más esenciales actividades de la vida, porque ha conseguido completar sus deficiencias con ayuda de terceros.

A partir de este cambio de doctrina, la adquisición de habilidades para la realización de actividades esenciales de la vida constituye un elemento descalificador de cara al reconocimiento de la condición de gran inválido.

6. La compatibilidad del trabajo con una pensión de gran invalidez beneficia a las personas con ceguera porque disponen de una organización nacional creada para facilitar una actividad laboral (ONCE).

Como ya sabemos, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor de la compatibilidad de la incapacidad permanente que habla el art. 198.2 LGSS frente a la definición del art. 194.5 del mismo cuerpo legal con la premisa de que la compatibilidad entre una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez con una actividad laboral representa un considerable incentivo para la deseable reinserción social de los trabajadores con capacidad disminuida. Esta situación ha favorecido sobre todo a las personas con ceguera que trabajan habitualmente en la ONCE, pues se pueden incorporar a una organización ad hoc para desarrollar una actividad laboral como vendedores de cupones, produciéndose una situación de desigualdad en las oportunidades laborales con respecto a otras personas en situación de gran invalidez que les resulta mucho más difícil incorporarse a un trabajo.

No parece desdeñable pensar que el Tribunal Supremo ha querido equilibrar esa situación de privilegio económico del que gozaban las personas con ceguera despojándoles de la automaticidad del complemento de gran invalidez.

De nuevo evidenciando los vicios del sistema legislativo español de Seguridad Social, esta cuestión debería haberse resuelto aplicando el principio de protección del equilibrio financiero del sistema a través de una regulación legislativa que permitiese la compatibilidad del desarrollo de un trabajo por parte del pensionista compatible con su estado, pero con una reducción de su pensión de forma temporal y en proporción al tiempo de jornada desarrollada, porque si no termina resuelta de un modo incoherente, por más que se trate de beneficiar la reinserción social y laboral de quien se halla en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Por ello, es necesario llevar a cabo el mandato de modernización racionalizadora del sistema de pensiones públicas de incapacidad permanente, que lleva casi un cuarto de siglo a la espera de desarrollo reglamentario.

7. Queda pendiente, en aras de la seguridad jurídica, determinar las enfermedades que incapacitan y su valoración a efectos de la reducción de la capacidad de trabajo en general, no de una específica y determinada actividad laboral en concreto. Si se establecen una valoración fisiológica por baremo, en la línea del baremo de la discapacidad, de pérdida de capacidad física, psíquica o sensorial en relación con limitaciones o enfermedades, y no con una profesión en concreto, se podría establecer la prometida regulación reglamentaria.

Lo ideal sería un baremo más objetivo sobre la capacidad del enfermo, que valore conjuntamente en una misma resolución las discapacidades físicas, psíquicas y sensoriales, y la dimensión profesional o laboral genéricamente.

En definitiva, es importante destacar que este cambio de doctrina ha sido tomado por el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sin votos particulares, y las siguientes sentencias publicadas ahondan en esta idea y nos devuelven a la necesidad de atender a cada sujeto con las circunstancias que le rodeen (edad, el momento en que aparece la dolencia, etc.).

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALONSO-OLEA GARCÍA, B., Derecho de la protección social. Derecho a la Seguridad Social, derecho a la asistencia sanitaria y derecho a los servicios sociales. Thomson Reuters. 4ª ed., Civitas, 2020.

CAVAS MARTÍNEZ, F., “La ceguera no implica el reconocimiento automático de una situación de gran invalidez” en *Revista de jurisprudencia laboral*, nº 4, 2023.

DE COSSÍO RODRÍGUEZ M. P., *La gran invalidez en el régimen general de la seguridad social: el “cuarto grado” de la incapacidad permanente*. Universidad de Barcelona, 2020.

DIAZ AZNARTE, M. T., “Gran invalidez y adquisición de habilidades adaptativas. Hacia una interpretación humanista y flexible de los requisitos normativos” en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, nº 4, 2015, pp.191-197.

DURÁN BERNARDINO, M., *La protección de las personas en situación de dependencia*. Comares, Granada, 2015.

RUEDA MONROY, J.A., “A vueltas con el reconocimiento de incapacidad permanente por ceguera total, ¿una doctrina consolidada y unificada? Un análisis a propósito de la STS 930/2022 de 23 de noviembre y a la luz de la revisión doctrinal efectuada por la STS 199/2023 de 16 de marzo”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum* nº 36, 2023, pp., 139-148.



---

Reseña de legislación



## **RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2023**

- Decreto-ley 7/2023, de 10 de octubre, por el que se modifica el Decreto-ley 6/2023, de 11 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para compensar el sobrecoste energético de gas natural y/o electricidad a pymes y personas trabajadoras autónomas especialmente afectadas por el excepcional incremento de los precios del gas natural y la electricidad provocados por el impacto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, y se modifica el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 524 de 10/10/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 9/2023, de 21 de noviembre, por el que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género y se regula la prestación económica a los hijos e hijas menores de edad de mujeres víctimas mortales como consecuencia de violencia de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Inclusión Social, Juventud, Familias e Igualdad (Boletín número 226 de 24/11/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 10/2023, de 13 de diciembre, por el que se modifican el Decreto-ley 12/2022, de 29 de noviembre, por el que se regulan los procesos selectivos derivados de la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, se establecen medidas de utilización de dichos procedimientos y se adoptan, con carácter temporal, medidas en materia de selección de personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, y la Ley 5/2023, de 7 de junio, de la Función Pública de Andalucía. Organismo: Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública (Boletín número 526 de 13/12/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto-ley 11/2023, de 27 de diciembre, por el que se modifica la Ley 3/2005, de 8 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Administración de la Junta de Andalucía y de Declaración de Actividades, Bienes, Intereses y Retribuciones de Altos Cargos y otros Cargos Públicos. Organismo: Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa (Boletín número 527 de 27/12/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 29 de septiembre de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, del Programa de Proyectos Integrales para la Inserción Laboral.

Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 192 de 05/10/2023 Sección: Disposiciones generales)

- Orden de 20 de octubre de 2023, por la que se modifica la convocatoria para el año 2022 efectuada en la Orden de 27 de diciembre de 2022, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, destinadas a actualizar e impulsar el sector comercial en Andalucía mediante la implementación de nuevas tecnologías, dentro del Programa de Modernización del Comercio: Fondo Tecnológico, en el Marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia -Financiado por la Unión Europea-Next Generation EU-. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 205 de 25/10/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 2 de noviembre de 2023, por la que se modifica la convocatoria para el año 2022 efectuada en la Orden de 27 de diciembre de 2022, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, destinadas a actualizar e impulsar el sector comercial en Andalucía mediante la implementación de nuevas tecnologías, dentro del Programa de Modernización del Comercio: Fondo Tecnológico, en el Marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia –financiado por la Unión Europea-Next Generation EU–. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 213 de 07/11/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 3 de noviembre de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de Formación Profesional para el Empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 214 de 08/11/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 27 de noviembre de 2023, de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, por la que se desarrolla el procedimiento de calificación, inscripción, modificación de datos registrales y descalificación de los centros especiales de empleo y la organización y funcionamiento del Registro Andaluz de Centros Especiales de Empleo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 231 de 01/12/2023 Sección: Disposiciones generales)
- Acuerdo de 24 de octubre de 2023, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico para el Impulso y la Modernización de la Economía Social en Andalucía 2023-2026. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 207 de 27/10/2023 Sección: Disposiciones generales)





## ESTUDIOS

Inteligencia artificial, género y trabajo  
María Luz Rodríguez Fernández

La prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal y su impacto en la estructura negociadora  
Inmaculada Marín Alonso

La inclusión en el Sistema de Seguridad Social de las prácticas académicas  
Antonio José Valverde Asencio

Adaptación de jornada, reducciones y permisos en materia de conciliación en el RD-I 5/2023  
Susana Barcelón Cobedo

La orientación profesional mediante los itinerarios o planes personalizados de actuación. Apuntes sobre el caso andaluz  
Ana Domínguez Morales

Negociación colectiva y representación unitaria en grupos de empresa y entornos descentralizados  
José Enrique Ruiz Saura

## COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

### DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Cádiz  
¿Puede lograr el «exceso de celo» de un club de fútbol atenuar una sanción por obstrucción a la labor inspectora? La Audiencia Nacional lo dilucida  
José Alberto Rivas Moreno

### NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Universidad de Córdoba  
Determinación del convenio colectivo aplicable a las contratadas y subcontratadas, ¿de propia actividad?  
José María Ruz López

### PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga  
Cambio de doctrina del Tribunal Supremo: La ceguera dejará de ser considerada de forma automática constitutiva de una gran invalidez  
Noelia Losada Moreno

## RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía