

ESTUDIOS

El derecho a la desconexión digital: ¿utopía o posible realidad?
María Luisa Molero Marañón

Garantía de la seguridad y la salud en el servicio del hogar familiar: análisis crítico del RD 893/2024, de 10 de septiembre
María Teresa Igartua Miró

Medios autónomos de solución de conflictos: una mirada del siglo XXI
José M. Morales Ortega

La desjudicialización del conflicto laboral individual: ¿Es posible una propuesta constitucionalmente garantista?
M^a Isabel Granados Romera

MERCADO DE TRABAJO

Las políticas activas de empleo en Europa ante la pandemia: reacción o cambio de tendencia
Joan Antoni Alujas Ruiz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO
Universidad de Málaga
Fraude de ley en las situaciones legales de desempleo: despido por faltas de asistencia no justificadas
José Iván Pérez López

CONTRATO DE TRABAJO
Universidad de Huelva
El acuerdo de teletrabajo en situaciones de crisis
Elisa Muñoz Catalán

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO
Universidad de Córdoba
El alcance de la ampliación comunitaria de la equiparación de condiciones laborales
José María Ruz López

RESEÑA DE LEGISLACIÓN
Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

177

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
177/2025 - Segundo trimestre

TEMAS LABORALES 2025

177

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

177

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
VÍCTOR 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
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa
EDOARDO ALES	Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Nápoles “Parthenope”
ELMER ARCE ORTIZ	Profesor Principal de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Católica del Perú
ELISABETH BRAMESHUBER	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Viena
ISABELLE DAUGAREILH	Directora de COMPTRESEC Burdeos
ANA MARÍA ORELLANA CANO	Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla
FEDERICO NAVARRO NIETO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba
MARÍA NIEVES MORENO VIDA	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva
EVA GARRIDO PÉREZ	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide
SOFÍA OLARTE ENCABO	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada
FRANCISCO JAVIER CALVO GALLEG0	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla
FRANCISCO VILA TIERNO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla
JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga
OLIMPIA MOLINA HERMOSILLA	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz
MARÍA LUISA PÉREZ GUERRERO	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
FERNANDO ELORZA GUERRERO	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pablo de Olavide
JOSÉ ANTONIO SOLER ARREBOLA	Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Almería
MARÍA TERESA VELASCO PORTERO	Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Loyola Andalucía

CONSEJO DE REDACCIÓN

PRESIDENTE

José Manuel Gómez Muñoz. Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DIRECTOR

Jesús Cruz Villalón. Director de la Revista

VOCALES

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Subdirector de la Revista Temas Laborales
AMPARO M ^a MOLINA MARTÍN	Secretaria de la Revista Temas Laborales
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Experto del CARL
MIGUEL C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Experto del CARL
MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA	Catedrático de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
TERESA DÍAZ AZNARTE	Catedrática de Derecho del Trabajo y SS. Univ. de Granada
EDUARDO ROMÁN VACA	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
PATROCINIO TERESA RODRÍGUEZ RAMOS	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Sevilla
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Cádiz
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Cádiz
SUSANA DE LA CASA QUESADA	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Jaén
MARÍA ROSA VALLECILLO GÁMEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Jaén
MARÍA ESTHER CARRIZOSA PRIETO	Profesora Titular de DTSS. Univ. Pablo de Olavide
MARGARITA ARENAS VIRUEZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. Pablo de Olavide
JULIA MUÑOZ MOLINA	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Córdoba
ANTONIO COSTA REYES	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Córdoba
FRANCISCO LOZANO LARES	Profesor Titular de DTSS. Univ. de Málaga
MARINA FERNÁNDEZ RAMÍREZ	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Málaga
EMILIA CASTELLANO BURGUILLO	Profesora Titular de DTSS. Univ. de Huelva
ELISA MUÑOZ CATALÁN	Profesora Permanente Laboral de DTSS. Univ. de Huelva

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 M^a 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

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 177/2025

Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

El derecho a la desconexión digital: ¿utopía o posible realidad?	15
MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN	
Garantía de la seguridad y la salud en el servicio del hogar familiar: análisis crítico del RD 893/2024, de 10 de septiembre.....	53
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	
Medios autónomos de solución de conflictos: una mirada del siglo XXI..	95
JOSÉ M. MORALES ORTEGA	
La desjudicialización del conflicto laboral individual: ¿Es posible una propuesta constitucionalmente garantista?.....	161
M ^a ISABEL GRANADOS ROMERA	

2. MERCADO DE TRABAJO

Las políticas activas de empleo en Europa ante la pandemia: reacción o cambio de tendencia.....	195
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO	
Universidad de Málaga	
Fraude de ley en las situaciones legales de desempleo: despido por faltas de asistencia no justificadas	229
JOSÉ IVÁN PÉREZ LÓPEZ	

CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Huelva

El acuerdo de teletrabajo en situaciones de crisis 257

ELISA MUÑOZ CATALÁN

DERECHO SOCIAL COMUNITARIO

Universidad de Córdoba

El alcance de la ampliación comunitaria de la equiparación de condiciones
laborales 273

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 295

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/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carli/documentacion-carli/revistas-monografias.html>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

1. 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

2. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha, tanto en español como en inglés (añadiendo la cursiva en este caso).

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.

3. 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 expresando 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

Incluir un último apartado de Conclusiones o similar (evitando listado de Bibliografía, salvo en el caso descrito en "6. NOTAS").

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 entrecomillados, 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

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/carli/documentacion-carli/revistas-monografias.html>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 177/2025**

Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

<i>The right to digital disconnection: utopia or possible reality?.....</i>	15
MARÍA LUISA MOLERO MARAÑÓN	
<i>Guaranteeing safety and health in the family home service: critical analysis of RD 893/2024, of september 10</i>	53
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	
<i>Autonomous means of conflict resolution: a 21st-century perspective.....</i>	95
JOSÉ M. MORALES ORTEGA	
<i>The dejudicialization of individual labour dispute: is a constitutionally guaranteed proposal possible?</i>	161
M ^a ISABEL GRANADOS ROMERA	

2. LABOUR MARKET

<i>Active employment policies in Europe in the face of the pandemic: reaction or change in trend.....</i>	195
JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ	

3. JUDICIAL COMMENTS

<i>UNEMPLOYMENT BENEFITS</i>	
<i>University of Málaga</i>	
<i>Fraud of the law in legal situations of unemployment: dismissal for unjustified absences</i>	229
JOSÉ IVÁN PÉREZ LÓPEZ	

EMPLOYMENT CONTRACT

University of Huelva

The teleworking agreement in crisis situations..... 257

ELISA MUÑOZ CATALÁN

COMMUNITY SOCIAL LAW

University of Córdoba

*The scope of the Community extension of the equalization of working
conditions.....* 273

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

4. *LEGISLATIVE REMARKS*

Legislation of the Autonomus Community of Andalusia..... 295

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: ¿UTOPIA O POSIBLE REALIDAD? *

THE RIGHT TO DIGITAL DISCONNECTION: UTOPIA OR POSSIBLE REALITY?

MARIA LUISA MOLERO MARAÑÓN

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID: 0000-0001-6590-7293

RESUMEN

Palabras clave: Desconexión, descanso, salud, conciliación, tecnología, digitalización, dispositivos, género

El presente estudio pretende abordar el contenido y alcance del derecho a la desconexión digital a la vista de las nuevas disposiciones adoptadas, sobre todo la incluida en el proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho de la desconexión, y la del capítulo XV del V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. El análisis se realiza partiendo del presupuesto de que el derecho a la desconexión digital requiere una modificación que ordene una definición legal que precise su contenido. Es necesario que se fijen los deberes y obligaciones de trabajador y empresario, al no haber funcionado como debiera, sin perder de vista las orientaciones que marcan las disposiciones europeas, y la dimensión de género que tiene. Asimismo, se detiene en la dimensión subjetiva y temporal del derecho a la luz de los pronunciamientos judiciales que cada vez con mayor intensidad se están dictando, reclamando su tutela.

Abstract

Keywords: *Disconnection, rest, health, work-life balance, technology, digitalization, devices, gender*

This study aims to address the content and scope of the right to digital disconnection in light of the new provisions adopted, particularly those included in the draft Law for the reduction of the maximum length of the ordinary working day, the recording of working hours and the right to disconnect, and those in Chapter XV of the Fifth Agreement on Employment and Collective Bargaining. The analysis is based on the assumption that the right to digital disconnection requires a modification that mandates a legal definition that clarifies its content. It is necessary to establish the duties and obligations of workers and employers, as this has not worked as it should, without losing sight of the guidelines established by European provisions and its gender dimension. Likewise, it examines the subjective and temporal dimension of the right in light of the increasingly frequent judicial rulings demanding its protection.

* Dicho estudio se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación PID 2023-1464940B-I00 financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación, sobre “El impacto de la digitalización en el trabajo de las mujeres”, dirigido por M.L Molero Marañón y M.B. García Gil.

ÍNDICE

1. LA DIMENSIÓN EUROPEA Y NACIONAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
2. CONTENIDO DEL DERECHO DE DESCONEXIÓN
 - 2.1. La urgente necesidad de la definición por el legislador del derecho a la desconexión: Ley, convenio colectivo y política interna de la empresa
 - 2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital: La corresponsabilidad de trabajador y empresario
 - 2.2.1. La implicación del trabajador en el ejercicio del derecho a la desconexión
 - 2.2.2. La implicación del empresario en el ejercicio del derecho a la desconexión
 - 2.2.2.1. Delimitación de los deberes empresariales vinculados a su aplicación
 - 2.2.2.2. Especial referencia al deber empresarial de abstención de comunicación
3. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL
 - 3.1. El alcance subjetivo del derecho
 - 3.2. El alcance temporal del derecho a la desconexión digital
4. CONCLUSIONES

1. LA DIMENSIÓN EUROPEA Y NACIONAL DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

La transformación digital de las estructuras productivas y de los medios de interacción social están repercutiendo directamente en el modo de organizar el trabajo y en la forma de relacionarnos en el medio laboral, trayendo consigo la generación de este nuevo derecho que con el paso del tiempo se está convirtiendo en una reivindicación crucial para la población trabajadora, y de modo particular para el colectivo femenino. Ello es así, porque en el contexto actual la posibilidad de estar conectado en cualquier momento y lugar con la empresa no es una realidad excepcional o anómala, sino que se ha convertido en una realidad común u ordinaria, que se traduce en una expectativa empresarial de una plena disponibilidad del empleado, que no conoce límites seguros y predeterminados. Como se expuso en su momento, la Revolución Industrial 4.0 ha difuminado las fronteras entre el tiempo de trabajo y el tiempo de vida privada, creándose un nuevo paradigma espacial y temporal¹. Así y con las tecnologías de la información y comunicación, la prestación laboral se puede realizar cada vez con más frecuencia fuera de las instalaciones empresariales, y al margen de la jornada de trabajo, y, por tanto, en cualquier lugar y tiempo.

La crisis del COVID 19 cambió el modo de trabajar, provocando, por una parte, que se diera mucha mayor relevancia a los recursos digitales como herramientas imprescindibles para el trabajo, y, por otro lado, aumentó sustancialmente el número de personas que trabajaban desde el domicilio, recurriendo al trabajo en remoto. Parece claro que esta forma de organización del trabajo

¹ Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: desconexión digital, garantía del derecho al descanso”, Revista Temas Laborales, nº 138/2017, p. 251.

promueve un riesgo grave de confusión entre la vida laboral y privada, al no haber una separación física del centro de trabajo y de su domicilio, disponiendo de las herramientas tecnológicas en su esfera privada para continuar con su actividad profesional, promoviendo la conectividad permanente. Como indicó el Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 sobre el derecho a la desconexión digital, en dicha modalidad organizativa “se tiene el doble de probabilidades de trabajar más horas que en el trabajo presencial”, resultando que bajo esta fórmula el problema de la hiper conectividad presenta tintes propios que provocan que el derecho a la desconexión digital requiera una disciplina “ad hoc”². En cualquier caso, la hiperconectividad en la que estamos inmersos suele ir asociada a una intensificación del trabajo, a un incremento progresivo del esfuerzo y de la dedicación de las personas trabajadoras, que no se ven recompensadas, ni reconocidas suficientemente.

En efecto, a día de hoy, ambas realidades se han normalizado en nuestro mercado de trabajo, siendo común la utilización de los recursos digitales para la prestación laboral en el trabajo presencial, así como la utilización de la fórmula de la prestación a distancia, ya sea en su totalidad o en su modalidad híbrida. Y es en ese contexto, donde comienza a hacerse referencia a la necesidad del reconocimiento del derecho a la desconexión digital, emergiendo hace ya algunos años en el panorama laboral un nuevo derecho, que con el paso del tiempo se está demostrando difícil de ejecutar. Ello ha provocado que se reclame cada vez con más intensidad la necesidad de proteger y garantizar su existencia, puesto que se está instalando en nuestras organizaciones una cultura que promueve la prolongación habitual más allá de la jornada laboral, que implica que el trabajador perciba con normalidad que tiene que estar disponible en cualquier momento para su empresa.

La normativa española fue una de las primeras en articular el reconocimiento de este derecho en el ámbito de la Unión Europea, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, “de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales”, incorporándolo, tanto para el trabajador de la empresa privada (art 20 bis) ET), como para el del empleo público (art. 14 j bis EBE), y, posteriormente, una disciplina más avanzada para el trabajo a distancia en la Ley española con la Ley 10/2021 (art. 18). Como se sabe, la primera legislación que lo incluyó fue Francia, cuando aprobó la Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 que tuvo la particularidad de remitir su reglamentación fundamentalmente a la negociación

² Vid. específicamente Rodríguez-Piñero Royo M., y Calvo Gallego, F.J., “Los derechos digitales de los trabajadores a distancia”, *Revista de Derecho de Relaciones Laborales*, nº 11/ 2020, pp. 1446 y ss, y Muñoz Ruiz, A.B., “El derecho a la desconexión digital en el teletrabajo”, *Trabajo y Derecho*, nº 12/2020.

colectiva³. Posteriormente, fue Italia la que adoptó la Ley 81/2017, de 22 de mayo de 2017, que sólo reconoce el derecho en el “lavoro agile”⁴, y después le siguió la regulación en Bélgica que fue aprobada el 26 de marzo de 2018 en términos muy similares al sistema francés, a la que, tras la normativa española, prosiguió la Ley portuguesa 83/2021, de 6 de diciembre. Dicha última disciplina indudablemente resulta bien avanzada en el panorama normativo, al reconocer “el deber de abstención de contacto durante el período de descanso”, pero limitado al marco del teletrabajo.

Ahora bien, parece claro en el contexto actual que su efectividad se está viendo gravemente cuestionada en muchos sectores y actividades de carácter permanente o de ciclo continuo, en puestos de trabajo de responsabilidad, y en trabajos en remoto, resultando cada vez más urgente una reforma que determine el alcance y contenido del derecho. De hecho, en nuestro país se ha planteado su modificación en el reciente Acuerdo social para la reducción de la jornada laboral suscrito el 20 de diciembre 2024, viéndose tramitado en el proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión, que finalmente cuando se termina este estudio ha sido aprobado por Consejo de Ministros el 4 de febrero 2025, habiendo sido objeto de Dictamen del CES el 26 de febrero de 2025. A nuestro juicio, para poder afrontar adecuadamente su análisis, es importante conocer los pasos seguidos en la Unión Europea, que deberían tener una influencia decisiva en su posible reforma⁵.

De este modo, no se puede obviar que el 21 de enero de 2021, el Parlamento europeo adoptó una resolución en la que se propone a la Comisión que elabore una propuesta de Directiva sobre normas mínimas y condiciones necesarias para garantizar que los trabajadores puedan ejercer el derecho a la desconexión digital en la Unión Europea, relacionando toda una serie de recomendaciones para la futura Directiva sobre el derecho a la desconexión digital (adjuntando un Anexo con la propuesta de Directiva). Dicha resolución ya puso de manifiesto el papel fundamental que desempeñan los interlocutores sociales en la identificación y

³ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels. Vid. Cialti, P.H., “El derecho a la desconexión en Francia: ¿Más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, n° 137/2017, pp. 163 a 181.

⁴ Vid. sobre este deRec.ho en Italia, DI MEO, “Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata”, *LLI*, 2017, Vol 3, n° 2, pp. 19 ss; Sena, E., *Lavoro agile e diritto alla disconnessione: l’incidenza delle nuove tecnologie sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa*, *Merc. Lav.*, 2018.

⁵ A este respecto, me permito remitir al estudio de Molero Marañón, M^a. L., “El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con especial atención a la igualdad de género”, *Revista de Derecho Laboral VLEX*, n° 4/2021, pp. 139 a 157 y Cardona Rubert, B., “Europa frente al reto regulatorio del deRec.ho a la desconexión digital”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía social*, n° 158/2024, pp. 145 a 164.

la aplicación de las medidas relacionadas con el derecho a desconectarse de las herramientas digitales, y con encontrar el equilibrio adecuado entre aprovechar las oportunidades que brinda la digitalización y abordar los desafíos que plantea. Dicha iniciativa fue incorporada al Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales de 4 de marzo de 2021, en el que expresamente se asume que la redacción final del texto no se producirá hasta tanto se evalúe, a partir de junio de 2023, el alcance de la negociación del derecho a la desconexión por los agentes sociales. La Comisión se compromete a responder a las resoluciones de propia iniciativa del Parlamento Europeo sobre la base del artículo 225 del TFUE con un acto legislativo, respetando plenamente los principios de proporcionalidad, subsidiariedad y mejora de la legislación. Cualquier propuesta de la Comisión de elaborar un acto legislativo relacionado con el derecho a desconectarse de las herramientas digitales debe estar sujeta, en virtud del artículo 154 del TFUE, a la consulta a los interlocutores sociales de la Unión, que pueden decidir actuar mediante acuerdos.

Correlativamente, también es relevante hacer constar que el 22 de junio de 2020 los interlocutores europeos en el Acuerdo Marco Autónomo sobre la Digitalización en el trabajo, habían adoptado un compromiso compartido para hacer frente a los retos de la digitalización en el mundo laboral, fijando una serie de previsiones sobre “modalidades de conexión y desconexión”, que deberán desarrollarse por los agentes sociales, y cuyos resultados serán apoyados por la Comisión⁶. Más recientemente, en enero de 2023 Europa ha publicado la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital y hace referencia en las condiciones de trabajo justas y equitativas, a velar porque toda persona pueda desconectar y beneficiarse de salvaguardias para asegurar el equilibrio entre vida privada y laboral en un entorno digital, garantizado así mismo que las herramientas digitales no supongan ningún tipo de riesgo para la salud física y mental de los trabajadores en el entorno de trabajo. Asimismo, la propuesta de Directiva 2023/2378, de 2 de marzo 2023 que establece un paquete de medidas aplicadas al ámbito de la digitalización y enfocadas hacia el impulso del teletrabajo para la consolidación de una Europa adecuada a la Era Digital, reconoce también el derecho a la desconexión digital, haciendo referencia a la “libertad del trabajador de no tener que conectarse a dispositivos digitales o *software* corporativo durante períodos de descanso, vacaciones o fuera del horario laboral”.

En efecto, la necesidad de un reconocimiento expreso fue cuestionada en su origen, puesto que existían opiniones que entendían que el ejercicio del

⁶ Vid. sobre dicho Acuerdo marco europeo, el estudio de Goerlich Peset, J.M^a, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Digitalización”, Documentación Laboral, n° 122/ 2021, pp. 49 y ss.

derecho se podía deducir implícitamente del contenido de ciertas Directivas⁷. De modo particular, de la Directiva 2003/88/CEE sobre ordenación sobre el tiempo de trabajo y descanso, de la Directiva 2019/1152, sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que hacía referencia a la previsibilidad del horario y su información, y en su caso de la Directiva 89/391/CEE, sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo. Dichas normas comunitarias se refieren a la duración máxima de la jornada, a la fijación de los periodos mínimos de descanso, las modalidades de trabajo flexibles, las obligaciones de información a los trabajadores de sus tiempos de trabajo, pero, realmente la pregunta que se suscitaba es si dicho conjunto de previsiones son suficientes para que el trabajador pudiera ejercer de forma segura su derecho a la desconexión, cuando finaliza su jornada laboral diaria, y sin miedo a sufrir posibles perjuicios o represalias.

Pues bien, parece claro que la respuesta es claramente negativa, instándose cada vez con mayor urgencia a la adopción de una Directiva que regule específicamente este derecho a la desconexión, siendo que dicha ordenación se autocalifica como una ordenación *complementaria* de lo fijado en las Directivas mencionadas (art. 1.2), resultando necesario e ineludible una regulación con el fin de que los Estados internamente se vean obligados a trasponer su contenido en un plazo que debería ser breve. El Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 declaró que el derecho a desconectarse es un derecho nuclear que debe formar parte inseparable de los nuevos modelos de trabajo en la nueva era digital, convirtiéndose en un importante instrumento de política social a nivel de la Unión, para garantizar la protección de los derechos de todos los trabajadores. No obstante, ha transcurrido un período bien dilatado desde la aprobación de la resolución de 21 de enero de 2021, y no hay avances sobre la aprobación de una norma vinculante para los Estados miembros que debieran transponerla, ofreciendo un contenido y alcance del derecho que otorgará seguridad jurídica, tanto a las empresas como a las personas trabajadoras y terceros. Es fundamental poner límites a la realidad cada vez más pujante de una conexión permanente con el medio de trabajo a través de los recursos digitales, que viene a cuestionar los cimientos de nuestra disciplina al dejar sin efecto las normas de limitación máxima de la jornada ordinaria de trabajo.

Todo lo anterior pone al descubierto que resulta especialmente conveniente la adopción de una Directiva que imponga unos estándares homogéneos de carácter mínimo en el marco de la Unión Europea, si se tiene en cuenta que las

⁷ Vallecillo Gomez, L., “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, 2017 pp. 167 y ss. Altés Tarrega, J.A., “A vueltas con la desconexión digital: eficacia y garantías de *lege data*”, *Labos* Vol. 1, nº 2/2020.

relaciones laborales y con terceros clientes y proveedores, cada vez se dan más en dicho marco internacional, reclamando que tanto el mercado de trabajo este implicado, como también los terceros que demandan un servicio o una prestación. De este modo, resultaría crucial que dicho derecho y las garantías de su efectividad funcionarían en el ámbito de toda la Unión Europea. Y es que la configuración de este derecho hace referencia a la urgente necesidad de la creación de una *cultura europea de trabajo*, en la que el derecho a la desconexión digital a favor de los asalariados se convierta en un baluarte positivo de la misma, y un modelo a seguir en el mundo globalizado donde la expansión de la digitalización se muestra imparable, debiendo conocer límites seguros para la población trabajadora que garanticen su derecho al descanso y al bienestar personal y familiar.

2. EL CONTENIDO DEL DERECHO

2.1. La urgente necesidad de la definición por el legislador del derecho a la desconexión: Ley, convenio colectivo y política interna de la empresa

Desde el origen de su reglamentación por las reglas jurídico-laborales existió un cierto debate sobre si era necesario una intervención legal definitoria de este derecho, o se podía dejar su concreción a la negociación colectiva y en su caso a la política interna de la empresa, al haber unas claras diferencias en su materialización según el sector de actividad y la ocupación, la naturaleza del puesto de trabajo, y los dispositivos digitales utilizados. De modo particular, el interrogante no fácilmente resuelto late en la propia resolución de la Unión Europea, cuando se enfrenta a la propia regulación de este derecho, y constata la diversidad de situaciones “para regular por ley o por convenio colectivo -o ambos- el uso de herramientas digitales con fines laborales”. Dicho esto, en el articulado que propone la resolución de 21 de enero de 2021 se establece con claridad que los Estados miembros velarán porque se establezcan disposiciones detalladas, previa consulta a los interlocutores sociales al nivel adecuado, para que los trabajadores puedan ejercer su derecho a la desconexión y para que los empleadores apliquen este derecho de manera justa y transparente (art. 4.1). Asimismo, el Acuerdo Europeo de Digitalización otorga un papel fundamental a la negociación colectiva en la regulación de las modalidades de conexión y desconexión digital. Desde este enfoque, indudablemente, se destaca el papel crucial que desempeñan los agentes sociales en la identificación y la aplicación de las medidas vinculadas a desconectarse de las herramientas digitales, pero sin que se pueda obviar la necesaria intervención del Estado con el objetivo de velar

por la efectividad de este derecho, fijando un contenido mínimo en aras de dicho fin.

Si nos trasladamos a la ordenación estatal, la primera regulación legal en Francia atribuyó el papel estelar a la negociación colectiva, en la que se valorará “las modalidades de pleno ejercicio por la persona trabajadora de su derecho a la desconexión y la puesta en marcha por la empresa de dispositivos de regulación de la utilización de los dispositivos digitales a fin de asegurar el respeto al tiempo de descanso y de vacaciones, así como a su vida personal y familiar” (art. L 2242-8 Código de Trabajo). Nuestra legislación española de forma más ambigua, en su redacción original, define el derecho en función de los objetivos que persigue (art. 88.1 LO 3/2018), e inspirada por la disciplina francesa atribuye a la negociación colectiva la regulación de “las modalidades de ejercicio de este derecho”, puesto que se entiende que la fuente colectiva es la que puede contemplar en su reglamentación “la naturaleza y el objeto de la relación laboral” (art. 88.2 LO 3/2018). Asimismo, en nuestro sistema normativo del derecho a la desconexión el legislador otorga una trascendencia especialmente relevante a la política interna que ha de elaborar el propio empresario, previa audiencia de la representación de los trabajadores, -si los hubiera-, en la que de nuevo se vuelve a señalar que se definirán las “modalidades de ejercicio” del derecho, y “las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas” (art. 88. 2 LO 3/2018). Dicha disciplina no se puede obviar se ve completada con la necesidad de que los empleadores establezcan criterios de utilización de los dispositivos digitales puestos a disposición por los empleadores, participando los representantes de los trabajadores (art. 87. 3 LO 3/2018).

Con posterioridad, la Ley 10/2021 de trabajo a distancia, en su disciplina “ad hoc” del derecho a la desconexión digital, pese a que realiza una intervención legal más incisiva del contenido del derecho, implicando al empresario en su articulación (art. 18.1), vuelve a remitir a la política interna de la empresa como el instrumento esencial de regulación del derecho a la desconexión y de las acciones de formación del personal laboral, quedando la negociación colectiva en un imperativo secundario en la efectividad del derecho (art. 18. 2)⁸.

En cualquier caso, dichas previsiones normativas condujeron en nuestras fronteras a que desde su origen se suscitará cuál era el contenido del derecho, puesto que el texto legal español no lo establecía, dándolo, a nuestro juicio, por sobreentendido, y dejando implícitamente una amplia libertad regulatoria a los

⁸ Vid. Gorelli Hernández, J., “Teletrabajo, tiempo de trabajo y desconexión tras la Ley 10/2021”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 59/2021, y Pérez Campos, A., “Teletrabajo y derecho a la desconexión digital”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 9(1)/2021, pp. 497-528

agentes sociales y lo que es más grave a las empresas en las políticas de desconexión que adoptarán. Dicha premisa de partida resultaba fundamental a la hora de que los agentes sociales concretarán la dinámica de su ejercicio, y en su caso se adoptará la política interna de la empresa⁹. Indudablemente, el debate estaba servido, puesto que lejos de lo que pudiera pensarse el contenido que cubre el derecho a la desconexión digital *no es indiscutible*, ni mucho menos unánime entre todos aquellos que operan en el mundo laboral. De modo particular, no sólo no están claras las facultades que lo integran desde la perspectiva del trabajador, sino tampoco la otra cara de la moneda del derecho, que es el aspecto que resulta más controvertido relativo a los deberes empresariales que implica su aplicación. Como tuve la ocasión de advertir en su momento, la invisibilidad de la revolución tecnológica hasta hace bien poco en las reglas jurídico-laborales ha provocado que el ejercicio de estos derechos estuviera en una zona de nadie o limbo jurídico, lleno de silencios y sobreentendidos que en la mayoría de las ocasiones daba como resultado final la falta de respeto empresarial del derecho a la desconexión digital del trabajador, dentro de una cultura empresarial que no estaba prestando especial atención a los tiempos de ejecución de la actividad laboral. En definitiva, el tiempo de conexión del empleado al margen de la jornada laboral estaba escapando al control y regulación de las normas jurídico-laborales, y el contenido del derecho a la desconexión entraba dentro de estos conceptos de indeterminación normativa¹⁰.

Indudablemente, la ordenación de este derecho pasa por una colaboración necesaria e ineludible entre la Ley y el convenio colectivo, junto con la especial trascendencia de la política interna de la empresa a la que se atribuye un papel nuclear en su ordenación respecto a la utilización de los medios digitales, que en buena lógica se sujetará a las disposiciones convencionales que hubieran sido previstas, si las hubiera. Ahora bien, la pregunta que se suscita es la dimensión que ha de cubrir cada una de dichas fuentes reguladoras, habiéndose destacado el papel de la autonomía colectiva y de la política interna de la empresa en nuestro país, sin interpelarse sobre si el derecho a la desconexión digital *per se* tenía un contenido propio que había de respetarse, o su contenido quedaba a expensas de las facultades de ejercicio que se reglamentara por los interlocutores sociales, o,

⁹ Vid. sobre las políticas internas de empresa, Megino Fernández, D., “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, Revista Trabajo y Seguridad Social CEF, n° 466/2022, pp. 143 a 155.

¹⁰ En este sentido, Molero Marañón, M^a.L., “El derecho a la desconexión digital en el contexto tecnológico”, en AA.VV., (Durán Bernardino, M., Dir.), *Teletrabajo y conciliación de la vida laboral, familiar y personal en clave de género*, Madrid (Dyckinson), 2022, pp. 111 y ss.

en su caso, por el empresario, cuando elaborará la política interna referida a los protocolos de desconexión¹¹.

En este sentido, llama la atención las previsiones realizadas en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva suscrito el 10 de mayo de 2023 (en adelante, V AENC 2023), cuando en el capítulo XI relativo a la Desconexión digital, no sólo atribuye a los convenios colectivos un protagonismo indiscutible en su reglamentación, sino lo que es más relevante establece toda una serie de criterios que realmente son previsiones que vienen a cubrir la laguna legal que en el momento de la adopción del V AENC-2023 distingue el contenido que afecta a la disciplina del derecho de desconexión. Desde esta perspectiva, la regulación del artículo 88 LO 3/2018 diseña un derecho instrumental para el cumplimiento de toda una serie de derechos fundamentales referidos al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), y al derecho a la conciliación de la vida laboral y la vida personal y familiar de dimensión constitucional (arts. 14 y 39 CE), y el respeto a su tiempo de descanso, permisos y vacaciones que garantizan el derecho a la salud y a la integridad física y mental (art. 15 CE), pero no establece previsión alguna que llene su concreto contenido¹². Por el contrario, como se expondrá en el apartado siguiente, el V AENC-2023 establece toda una serie de pautas generales que definen de forma detallada el propio derecho en general y sus excepciones, y de modo particular, concreta las facultades que integran el propio derecho a la desconexión digital, sin que dicho acuerdo colectivo se vea limitado de ningún modo y manera por el legislador, fijando un contenido muy laxo del derecho, en función seguramente del consenso necesario que implica un Acuerdo de esta naturaleza.

En tal sentido, consideramos que el legislador al abstenerse de definir el derecho ha dejado excesivo campo de acción a la negociación colectiva, que parece a la vista del contenido del AENC-2023 no tiene limitación material en su

¹¹ Parece de esta última opinión el informe del CES, cuando indica que la llamada a la negociación colectiva, plantea una típica relación de complementariedad entre ley-convenio colectivo (Dictamen CES sobre el Anteproyecto de ley de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión, p. 14). Asimismo, Trujillo Pons, F., indica como "dicho derecho laboral configurado por el legislador nacional de forma indeterminada y laxa, da flexibilidad absoluta a los convenios colectivos y/o protocolos internos de las empresas" ("Unas notas al incipiente cuerpo de doctrina judicial sobre el derecho a la desconexión digital en el trabajo", Revista Derecho Social y Empresa, nº 18/2023, p. 138). En la misma dirección, Miñarro Yanini, M., "La desconexión digital en la práctica negocial: más forma que fondo en la configuración del derecho", Revista Trabajo y Seguridad Social CEF, nº 440/2019, p. 5.

¹² Cfr. Sánchez Trigueros, C., y Folgado Olmo, A., "En torno a la desconexión digital", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, Vol. 9/2021, nº 2, pp. 43 y ss; Toscani Giménez, D. y Trujillo Pons, F., Dirs, *La desconexión digital en el trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2020 y Trujillo Pons, F., *La desconexión digital en el ámbito laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021.

determinación, no pudiendo obviar que sus reglas ordenadoras no son vinculantes, sino que constituyen pautas meramente orientativas, pero de suma trascendencia y significación para la práctica negocial. Bajo nuestro punto de vista, la función del convenio colectivo, o en su caso el acuerdo de empresa, debe ser la de regular las modalidades de su ejercicio, concretando su ejecución en función del sector de actividad, el puesto de trabajo y los dispositivos digitales utilizados, al igual que la política interna de la empresa que se sujeta al convenio, si ha regulado de forma precisa el derecho y no de forma general, pero que por su especificidad puede reglamentar de manera más detallada su articulación en una concreta empresa.

Ahora bien, el legislador no debiera renunciar a regular el contenido del derecho, y los deberes, obligaciones y responsabilidades que implica su activación para ambas partes del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, siempre hemos defendido la necesidad de que el legislador abordará dicha tarea, al estar en juego derechos fundamentales o de dimensión constitucional de la población trabajadora, como son el derecho al descanso, la intimidad personal y familiar, su salud física y mental, y el equilibrio entre su vida privada y su vida profesional. Su falta de reglamentación, así como la ausencia de una tutela específica por una fuente legal, está poniendo en juego el bienestar personal de las personas trabajadoras, repercutiendo de modo especialmente grave en las mujeres y su desarrollo profesional¹³. El legislador cumple una función esencial para que ese derecho sea respetado, debiendo ordenar una regulación autosuficiente que identifique su contenido básico, la responsabilidad que asume tanto el empleado como la empresa en su ejecución, y las garantías para su aplicación, sin obviar los medios de tutela que activa su incumplimiento.

Es crucial la delimitación legal de su contenido, para que ni la negociación colectiva, en primera instancia, y la política interna de la empresa, en segundo lugar, puedan desvirtuar o desnaturalizar su contenido, cuando reglamentan sus modalidades de ejercicio, o cuando fijan las excepciones al ejercicio del derecho, tal y como está sucediendo en ocasiones en la práctica negocial o en los propios protocolos de desconexión que se incluyen en las políticas internas de la empresa¹⁴. El contenido legal del derecho debería ser autosuficiente para su ejecución, si se tiene en cuenta, no sólo el personal que no está cubierto por la negociación colectiva, que necesita poder invocar su existencia -de modo particular los altos directivos-, sino sobre todo por la insuficiencia o las escasas referencias del contenido

¹³ Molero Maraño, M^a.L., “El derecho a la desconexión digital en el marco de la Unión Europea con especial atención a la igualdad de género”, *cit.*, p. 147.

¹⁴ Vid. en este sentido, entre otros, Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización empresarial”, *cit.*, p. 131; Gil Pérez, M^a. E., “El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico”, *Lan Harremanak*, n^o 52/2024, p. 394; y Megino Fernández, D., “El derecho a la desconexión digital y las políticas de responsabilidad social empresarial: nuevos horizontes para la innovación en las relaciones laborales”, *cit.*, p. 142.

regulatorio del derecho a la desconexión que se está dando en la práctica de los convenios colectivos, y la generalidad o restricción que se produce en ocasiones (y dificultad de acceso) con la política interna de la empresa¹⁵. No es una práctica generalizada la referencia al derecho a la desconexión en los convenios, en los que no existe un deber de negociar su ejercicio, al modo de las medidas de igualdad (art. 85.1 ET), y lo que es más grave en ocasiones la reglamentación no configura un derecho real y efectivo de desconexión digital en la empresa, en una sociedad en la que la digitalización invade con excesiva facilidad la vida privada y personal del ciudadano/trabajador, reforzando o, incluso legitimando una conectividad ilimitada¹⁶. Por todo ello, a día de hoy, resulta imprescindible la definición legal del derecho, sin que deba ser imprescindible acudir a la negociación colectiva o a la política interna de empresa para llenarle de contenido, que en todo caso deberá respetar su contenido.

2.2. Contenido del derecho a la desconexión digital: La corresponsabilidad de trabajador y empresario

Llegados a la conclusión anterior es importante reflexionar sobre el contenido y alcance del derecho en todas sus dimensiones, puesto que lejos de lo que se pudiera pensar, no hay una convicción clara de las facultades que lo integran, y de la responsabilidad que tienen cada uno de los sujetos del contrato de trabajo en su propia efectividad. Defender que el derecho de desconexión *per se* tiene un contenido propio que es necesario delimitar legalmente resulta de suma trascendencia, puesto que a la vista de su experiencia aplicativa y del debate judicial y

¹⁵ Vid. en este sentido, Gil Perez, M^a. E., “El derecho a la desconexión digital y su tratamiento jurídico”, *Lan Harremanak*, nº 52/2024, p. 395, Velasco Portero, T., “El derecho a la desconexión digital”, *cit.*, p.... Con anterioridad, Terradillos Ormaetxea, E., «El derecho a la desconexión digital en la ley y en la incipiente negociación colectiva española: la importancia de su regulación jurídica», *Lan Harremanak*, 9, vol. 10, núm. 2/2019, p. 560

¹⁶ Por ejemplo, ello sucedió en el asunto resuelto por la Audiencia Nacional en la SAN 22 marzo 2022, Rec. 33/2022, en la que frente a una cláusula de negociación colectiva en la que se indicaba “el trabajador tendrá derecho a no atender dispositivos digitales, cuando su jornada laboral hubiese finalizado, salvo que concurren las circunstancias de urgencia justificada señaladas en esta cláusula. Se considerará que existen circunstancias de urgencia justificada en situaciones que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio, cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador”. La Audiencia Nacional declaró la nulidad de dicha cláusula convencional, porque “los límites al deRec.ho a la desconexión digital no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que, como indica el art. 88 LOPD, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

doctrinal es muy fácil que su contenido se desvirtúe al *albur* de su desarrollo por las distintas fuentes reguladoras, siendo su contenido altamente controvertido.

Desde nuestra perspectiva, se trata de un derecho subjetivo pleno, cuya definición se realiza con acierto por la resolución europea del 21 de enero 2021, configurando la desconexión, como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo” (art. 2). Ahora bien, de dicha definición que se formula de una manera impersonal, se deja sin resolver la cuestión nuclear que es la determinación de quienes son los sujetos responsables de “no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo”. Desde este enfoque es preciso distinguir en el análisis los deberes u obligaciones y responsabilidades que atañe a cada uno de los integrantes de la relación laboral en el ejercicio del derecho a la desconexión digital.

2.2.1. *La implicación del trabajador en el ejercicio del derecho a la desconexión*

Según dispone la resolución europea, el ejercicio del derecho a la desconexión por parte del asalariado implica el de “apagar las herramientas digitales con fines laborales”, incluido “cualquier instrumento de vigilancia relacionado con el trabajo” (art. 4.1 a). Incluso, se llega a indicar que los trabajadores se abstengan de ponerse en contacto con sus compañeros de trabajo, fuera de las horas de trabajo, imponiéndose una *autodisciplina* por parte de la plantilla que no debe conectarse con el empleador o persona en quien éste delegue -jefe superior, mandos intermedios etc- o sus compañeros de trabajo, si se pretende poner freno a la permanente conectividad.

Correlativamente, el AENC-2023 define el derecho del siguiente modo: “La desconexión digital se reconoce y formaliza como un derecho a no atender dispositivos digitales fuera de la jornada de trabajo”. Indudablemente, su enunciado no es tan taxativo como la disposición europea que es más imperativa y eficaz, al preconizar una obligación de “apagar”, o se podría decir, “desconectar” las herramientas digitales. Dicha obligación del trabajador que podría llevar a cabo el empresario para garantizar el derecho a la desconexión, con acciones como la imposibilidad de acceso a servidores, aplicaciones o dispositivos, después de una hora determinada no es una norma generalizada en nuestro tejido productivo, ni tampoco se deriva como obligatoria de los textos legales y convencionales, siendo son sólo algunas empresas las que la llevan a efecto, pero sin duda es la medida más eficaz para la desconexión digital.

Al margen de dicha previsión, la práctica más común es atribuir la responsabilidad de la desconexión al trabajador que es quien no tiene que atender a los dispositivos digitales que permiten conectarse con la empresa. Y en este sentido,

llama la atención la previsión del V AENC 2023 que indica, que “la conexión voluntaria de una persona trabajadora no conllevará responsabilidades de la empresa”. Por tanto, de su interpretación literal parece que el trabajador podrá decidir libre y voluntariamente conectarse o no a las herramientas digitales¹⁷. De ello se deduce, implícitamente, que el acuerdo colectivo permite o legitima al trabajador la posibilidad del incumplimiento del derecho a la desconexión digital, que simplemente no acarreará consecuencias para el empleador. Es muy ilustrativo dicho enunciado, fruto del contexto de auto adicción tecnológica y laboral de la sociedad¹⁸, que la propia norma contemple junto al reconocimiento del derecho, el incumplimiento voluntario, o lo que es lo mismo no provocado por el empresario, configurando prácticamente un *derecho de carácter potestativo o disponible* atribuido al trabajador.

En definitiva, se concibe la desconexión como un derecho o una mera alternativa, pero no como una obligación del trabajador frente a posibles envíos de comunicaciones empresariales, que podrán ser o no respondidas por los asalariados en su tiempo de descanso. En suma, la decisión queda en poder del asalariado, cuando el desequilibrio existente en la relación laboral condiciona significativamente su libertad en la capacidad de respuesta o reacción frente a los envíos empresariales, cuya situación se agrava cuanto más precaria es la posición de la persona trabajadora. En este sentido, no se puede desdeñar que el colectivo femenino con predominio de parcialidad e irregularidad en la jornada, trabajos marginales o de fin de semana, o de bajos salarios por su segregación ocupacional, implican que su derecho de resistencia a los requerimientos empresariales es sustancialmente débil.

Bajo nuestro punto de vista, dicha previsión convencional es ciertamente criticable, puesto que la configuración natural de este derecho no debería posibilitar su transgresión sin consecuencias para el propio asalariado que decida conectarse con las herramientas digitales. O lo que es lo mismo, el derecho a la desconexión digital debe ser diseñado jurídicamente como una *obligación*, si se tiene en cuenta las graves consecuencias jurídicas que puede producir en su salud y en su bienestar personal, y no como una mera facultad en manos del empleado. Es decir, el acto de renuncia del trabajador del derecho reconocido a su favor debería declararse nulo, al ir en contra de la consolidada prohibición de disponibilidad de derechos reconocida en el artículo 3.5 ET, salvo claro está que la norma que configure el derecho admita lo contrario. Admitir la disponibilidad

¹⁷ De esta opinión es Trujillo Pons, F. quien considera que tal y como está configurado por la norma en su redacción original (art. 20 bis ET) “es la voluntad del trabajador y de la trabajadora el ejercitarlo o no en el ámbito laboral” (“Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión digital en el trabajo”, *Iuslabor*, nº 1/2022, p. 153).

¹⁸ El País 2 febrero 2025.

del derecho a la desconexión puede implicar en la práctica vaciarle de contenido, generando agravios comparativos en la plantilla entre aquellos que se conectan y quienes, por el contrario, ejercen un derecho reconocido legalmente. Y así, resulta más que previsible que se vean favorecidos los asalariados “siempre disponibles” en todas aquellas decisiones empresariales más discrecionales o subjetivas, como son con cierta frecuencia la propia evaluación personal para la permanencia en el puesto o el pago de ciertas retribuciones, o la misma promoción profesional, pese a la prohibición de consecuencias estipuladas en el propio AENC2023, así como en nuevo proyecto de Ley de reducción de la jornada máxima.

Por todo lo anterior, resulta crucial la nueva redacción que incorpora el proyecto de la Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, cuando en el nuevo artículo 20 bis ET, establece que “el derecho a la desconexión es irrenunciable”. En efecto, dicho precepto estatutario no define expresamente en qué consiste el derecho, permaneciendo su contenido indeterminado legalmente, remitiendo a la negociación colectiva, “las modalidades de ejercicio, los medios y las medidas adecuadas para garantizar el derecho a la desconexión”, también en el trabajo a distancia si se modifica (art. 18 Ley 10/2021). No obstante, como se verá, pese a dicha indefinición, el nuevo texto normativo supone un avance muy significativo, al poner el acento en la responsabilidad del empresario como garante de la efectividad del derecho. Ahora bien, hubiera sido deseable que, aunque de forma genérica, se hubiera definido en positivo las facultades que integran el derecho a la desconexión a favor del asalariado, siendo actualmente deducibles de forma implícita, cuando se establece la garantía de indemnidad frente al ejercicio del derecho.

Sin embargo, su configuración como derecho irrenunciable que enuncia el proyecto adoptado resulta fundamental como presupuesto de partida para garantizar su efectividad. Por tanto, su previsión debe implicar la facultad del trabajador de negarse a atender de forma expresa o tácita las órdenes del empresario en el ejercicio de su poder de dirección, o persona en quien éste delegue, así como las peticiones de terceros o clientes que comprometan su prestación laboral, siendo la condición *sine qua non* que éstas se desarrollen fuera de su jornada laboral. Y es que el derecho a la desconexión legitima el derecho de resistencia del empleado a no contestar cualquier requerimiento que afecte a la esfera laboral, cuando este en tiempo de descanso. Bajo nuestro punto de vista, y a salvo de las excepciones que se mencionarán, el imperativo legal debe ser taxativo: ni teléfono, ni mensajes, ni correos electrónicos durante el tiempo de descanso.

Desde esta perspectiva, el AENC-2023 indica expresamente que “si se produce cualquier tipo de llamada o comunicado fuera de la jornada laboral, las personas trabajadoras no estarán obligadas a responder, ni los superiores

jerárquicos podrán requerir respuestas fuera de la misma”, salvo en los supuestos excepcionales en los que se permite incumplir el derecho a la desconexión digital. Implícitamente, dicha interpretación del contenido del derecho se admite, cuando en el artículo 20 bis) ET del proyecto se establece que el trabajador tiene “el derecho a no estar localizable fuera de su horario de trabajo” (art. 20 bis). 2 ET), y de manera más específica se dispone en el nuevo texto adoptado, que “rechazar o no atender la comunicación o la petición de prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral, no podrán generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora”. Sin embargo, hubiera sido más acertado que se estableciera expresamente por el texto legal, al igual que sucede en el AENC-2023, que el derecho a la desconexión digital legitima la falta de respuesta por parte del empleado, cuando el ejercicio de los poderes empresariales se lleven a cabo fuera del tiempo de trabajo.

Asimismo, se echa en falta una disposición expresa dentro del marco sancionador que hubiera previsto textualmente que la transgresión del derecho constituye una infracción administrativa grave o muy grave. En tal sentido, se pueden incluir dichos comportamientos dentro del cuadro de infracciones graves o muy graves que modifica el proyecto de Ley de reducción de jornada de trabajo, adscribiendo su transgresión al nuevo apartado 30 del artículo 12 LISOS, o al apartado 18 del artículo 13 como infracción muy grave, cuando establece “Los incumplimientos en materia de organización y ordenación del tiempo de trabajo que generen riesgo grave para la seguridad y salud de las personas trabajadoras por afectar al disfrute de los períodos mínimos de descanso diario y semanal, vacaciones anuales, duración máxima de la jornada de trabajo, pausas durante la jornada, así como a la regulación del trabajo nocturno, trabajo a turnos y ritmo de trabajo, salvo que proceda su calificación como infracción muy grave, de acuerdo con el artículo siguiente”. Parece claro que dicha previsión normativa puede incluir los comportamientos lesivos del derecho a la desconexión digital; no obstante, de la dicción literal de la norma parece derivarse que no cualquier conducta incumplidora será sancionable, sino la que genere “un riesgo *grave* para la seguridad y salud de las personas trabajadoras”.

El trabajador tiene el derecho/obligación de desconectarse del medio de trabajo, o lo que es lo mismo, tiene derecho a no estar conectado digitalmente con su empresa, manteniendo inactivos sus dispositivos o medios de comunicación. En aras del cumplimiento de ese objetivo se reglamenta en el texto vigente la necesidad de que las empresas lleven a cabo acciones de formación y de sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite especialmente el riesgo de fatiga informática (art. 88.3 LO 3/2018). Desde esta perspectiva, entendemos que dicha obligación de formación de los riesgos físicos y de salud mental que implica la conectividad permanente entra dentro del

deber de seguridad que debe garantizar el empresario (art. 14.2 LPRL), siendo el marco preventivo donde se ha de incorporar la obligación de formación sobre los riesgos que supone para la salud del trabajador el incumplimiento del derecho a la desconexión digital (art. 19 LPRL), debiendo evaluar los riesgos de forma previa (art. 16 LPRL).

Desde esta óptica, las actuaciones formativas han de darse a conocer al personal de las empresas, visibilizando de forma positiva el derecho a desconectarse del trabajo y las consecuencias que pueden producirse para la salud física y mental, el no respetar los tiempos de trabajo. Bajo nuestro punto de vista, dicha obligación debería incorporarse en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, y especialmente en el marco de los riesgos psicosociales, donde ha quedado acreditado que, de nuevo, la mujer es más vulnerable que el hombre a sufrir estrés o tecnoestrés, trastornos de salud mental como episodios de ansiedad o depresión, por la doble jornada que pesa sobre las mismas¹⁹. La presión y exigencia que la digitalización implica en el desempeño laboral se duplica por la carga de cuidados que asume en su vida personal y familiar; sin obviar las conductas de ciberacoso o cualquier comportamiento de violencia sexual que pueda estar padeciendo a través de los dispositivos electrónicos y/o digitales que están poniendo en riesgo grave su dignidad y su integridad física y moral con la ineludible necesidad de cortar en sus tiempos de descanso²⁰.

2.2.2. La implicación del empresario en el ejercicio del derecho a la desconexión digital:

2.2.2.1. Delimitación de los deberes empresariales vinculados a su aplicación

Desde la redacción original de la norma española, ya tuvimos la ocasión de advertir que la redacción legal del derecho a la desconexión ponía el foco de atención de forma predominante en la conducta del trabajador, puesto que aunque

¹⁹ Agencia Europea de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Las cuestiones de género en relación con la seguridad y salud en el trabajo*, disponible en: <https://osha.europa.eu/es/publications/report-gender-issues-safety-and-health-work/view>. Vid. también, Romeral Hernández, J. “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº 480/2024, pp. 61 -83.

²⁰ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, pp. 38-40. Vid. Estrategia española en la Seguridad y Salud Laboral 2023-2027. De esta forma, lo viene a indicar también la Resolución sobre desconexión digital de 2021: “Para los trabajadores con responsabilidades asistenciales no remuneradas, las herramientas digitales pueden dificultar especialmente la búsqueda de un equilibrio saludable entre la vida profesional y la vida privada. Las mujeres dedican más tiempo que los hombres a asumir estas responsabilidades asistenciales, trabajan menos horas en empleos remunerados y pueden llegar a abandonar el empleo por completo” (Res desconexión 21 enero 2021).

establecía previsiones a cargo del empresario, le dejaba una amplia libertad regulatoria en su contenido. Según el texto legal, el sujeto empresarial podía asumir el poder de acordar colectivamente las modalidades de ejercicio del derecho a través de la negociación colectiva o el acuerdo de empresa, y tenía la obligación de elaborar la política interna con los protocolos de desconexión digital, con audiencia de la representación, mencionando únicamente que debía incluir acciones de formación y sensibilización que evitarán el riesgo de fatiga informática (art. 88 LO 3/2018). Frente a dicha previsión legal, la Ley 10/2021 del trabajo a distancia, iba más allá, al imponer por primera vez una obligación empresarial en los siguientes términos: “el deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso (...)” (art. 18). Frente a esta divergencia de regulaciones entre el trabajo a distancia y el presencial, la cuestión fundamental que había que resolver era si bastaba con carácter general que el empresario o persona en quien éste delegue no pudiera ejercer su poder de dirección y organización fuera del tiempo de trabajo con requerimientos empresariales a la plantilla, sea cual fuera su contenido, o la implicación en su efectividad exigía un mayor número de deberes y obligaciones empresariales que debían ser concretadas en su contenido por el texto legal.

Para resolver dicha cuestión, resulta especialmente conveniente partir del Informe Mettling del año 2015, en el que se declaró que el derecho a la desconexión debe complementarse con un *deber de desconexión*, porque este derecho es “corresponsabilidad de trabajador y empleador”, y por tanto depende, tanto de la educación a nivel individual, como de la regulación de la empresa. Hay una responsabilidad principal y prioritaria del trabajador que debe concienciarse de los perjuicios que implica la hiperconectividad con su empresa para su salud física y mental, y de las ventajas que supone para un adecuado descanso y para su derecho a la conciliación. En aras del logro de dicho fin, las organizaciones empresariales deben promover programas de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas. Desde esta perspectiva, es interesante mencionar que el Acuerdo Marco europeo sobre Digitalización integra el reconocimiento de este derecho en el marco de la prevención de riesgos, y entre las medidas posibles a adoptar, destacan las que se refieren al compromiso de la dirección para crear una cultura que evite el contacto fuera de horario, y el establecimiento de procedimientos de alerta y apoyo de “una cultura de no culpabilidad” en los trabajadores, por no estar localizables.

Por otro lado, cabe destacar como la resolución del Parlamento europeo de 21 de enero 2021 atribuye la responsabilidad y el peso de la efectividad del derecho sin lugar a dudas en el *empresario*, fijando toda una serie de deberes y obligaciones que le incumben a él directamente. El empleador es el que tiene

que adoptar todas las medidas necesarias para proporcionar a los trabajadores los medios necesarios para ejercer su derecho a la desconexión, siendo *los empleadores los que tienen que aplicar el derecho a la desconexión* de manera justa, lícita y transparente (art. 3). Correlativamente, se establece como medidas de ejecución del derecho que ejerce el asalariado y que aplica el empresario, las siguientes: a) las modalidades prácticas para apagar las herramientas digitales con fines laborales, incluido cualquier instrumento de vigilancia relacionado con el trabajo; b) el sistema para computar el tiempo de trabajo; c) las evaluaciones de la salud y la seguridad, incluidas las evaluaciones de los riesgos psicosociales, en relación con el derecho a la desconexión; d) los criterios para establecer excepciones a la obligación de los empleadores de aplicar el derecho a la desconexión de los trabajadores; e) en el caso de una excepción en virtud de la letra d), los criterios para determinar cómo debe calcularse la compensación por el trabajo realizado fuera del tiempo de trabajo, de conformidad con las Directivas 89/391/CEE, 2003/88/CE, (UE 2019/1152 y (UE) 2019/1158, y con el Derecho y las prácticas nacionales; f) las medidas de concienciación, incluida la formación en el puesto de trabajo, que deben adoptar los empleadores con respecto a las condiciones de trabajo a que se refiere el presente apartado (art. 4). Disposiciones que se completan con la obligación de suma trascendencia que pesa sobre los empleadores de proporcionar información por escrito a cada trabajador “clara, suficiente y adecuada sobre su derecho a la desconexión”, incluida una declaración en la que figuren las cláusulas de cualesquiera convenios colectivos, o entendemos protocolos de desconexión (vid. art. 7).

A la vista de las previsiones anteriores, hubo un cierto consenso desde un principio de incluir el derecho de desconexión digital dentro de la política de prevención de riesgos laborales, en la que el empresario tiene la responsabilidad fundamental de garantizar la seguridad y salud del trabajador que es una obligación de resultado (art. 14 LPRL)²¹. Dicha responsabilidad empresarial se debe traducir en una obligación de evaluación de riesgos que derivan de dicha hiperconexión sin limitación, así como de unos deberes de información y formación hacia los trabajadores de los riesgos que derivan para la salud de la conectividad permanente, incidiendo de forma especial en los riesgos psicosociales que pueden implicar. Es de suma trascendencia el enfoque de concienciación o pedagogía

²¹ Vid. Mella Méndez, L., “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, Trabajo y Derecho, n° 16/2016, pp. 2 y ss. Purcalla Bonilla, M.A. “Seguridad, salud laboral y desconexión digital”, Temas Laborales, n° 155/2020, pp. 115 y ss. Más recientemente, Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial”, en Mercader Uguina, J., y Puebla Pinilla, A., *Cambio tecnológico y transformación de las fuentes laborales. Ley y convenio colectivo ante la disrupción digital*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2023, pp. 135 y ss; Ginés I Fabrellas, A., y Peña Moncho, J., “Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, *cit.*, pp. 136 a 145.

que se impone al empleador hacia los trabajadores y que se cumple con la doble función de informar y formar a los asalariados sobre el derecho a la desconexión.

En este sentido, la persona trabajadora debe responsabilizarse del uso que realiza de las herramientas digitales del trabajo, y debe saber “cortar” con las obligaciones laborales a través de su desconexión, una vez que conoce y se le forma sobre la atribución de este derecho. Asimismo, al empresario se le están imponiendo simultáneamente toda una serie de cargas u obligaciones para garantizar el ejercicio de este derecho a través de la imposición de toda una serie de deberes empresariales, *sin cuyo cumplimiento el ejercicio de la desconexión no sería posible*. Nos estamos refiriendo a un sistema de registro eficaz del tiempo de trabajo, a una política empresarial de uso de los dispositivos digitales, incluido el protocolo de desconexión, así como a las obligaciones de prevención sobre los riesgos vinculados a la conectividad permanente con el medio de trabajo.

2.2.2.2. Especial referencia al deber empresarial de abstención de no comunicación

Ahora bien, la cuestión de mayor relevancia que se planteó era si el empresario, no sólo tenía que cumplir dichas obligaciones que incidían en la prevención de riesgos laborales, sino que debía preconizarse en la gestión ordinaria y cotidiana de las relaciones laborales un *deber empresarial de abstención de comunicación con los empleados fuera de su jornada laboral*. Desde este enfoque, el alcance de este deber ya se discutió, cuando se aprobó la Ley de trabajo a distancia que lo estableció, fijando una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial durante los períodos de descanso, defendiéndose que dicha previsión legal no conllevaba necesariamente la prohibición de cualquier tipo de comunicación, sino en principio solamente aquellas que demanden algún tipo de respuestas, interacción o requerimiento para realizar una tarea específica fuera de las horas de la jornada ordinaria²². Textualmente, se entendía que “eliminar o prohibir radicalmente cualquier tipo de comunicación fuera de la jornada laboral puede resultar difícil de entender y puede ser contradictorio con la pretendida flexibilidad laboral que permite la adaptación a las necesidades de las personas trabajadoras”²³. Y ello, al considerar que lo que realmente protege este derecho a

²² En esta dirección, Trujillo Pons, F., entendía que “según la normativa vigente, no se prohíbe a la empresa el envío de mensajes o la realización de llamadas fuera del horario de trabajo pactado” (“Las personas trabajadoras que ocupan “puestos directivos” y su derecho a la desconexión...”, *cit.* p. 153). En contra, Ginés Fabrellas, A., y Peña Moncho, J., que indica que “el derecho a la desconexión digital debe interpretarse como una obligación empresarial de adoptar las medidas necesarias para garantizar tal derecho” (“Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, *cit.*, p. 137).

²³ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 16.

la desconexión es no atender tales comunicaciones, salvo situaciones excepcionales, sin recibir represalias de ningún tipo.

En efecto, el interrogante que precisamente resultaba más controvertido era si al empresario, su cadena de mando e incluso al cliente se le podía hacer todavía más corresponsable en la efectividad del derecho, al preceptuar legalmente un deber de abstención frente a la plantilla fuera de las horas de trabajo²⁴. Desde esta perspectiva, la Unión Europea tenía declarado en la resolución de enero de 2021 que “los empleadores no deben exigir que los trabajadores trabajen fuera del tiempo de trabajo. Los empleadores no deben promover una cultura de trabajo de “siempre en línea” en la que se favorezca claramente a los trabajadores que renuncian a su derecho frente a los que no lo hacen”. Desde esta visión, se defendía por las autoras indicadas que en el texto legal de la norma que regulará el derecho a la desconexión se recogiera el deber de abstención del empleador fuera del tiempo de trabajo, puesto que lo contrario podría implicar que el sujeto empresarial y/o terceros clientes sigan conectando con sus empleados, planificando sus actividades o gestionando el trabajo mismo, pese a que aquéllos les desatiendan en sus requerimientos -si los hubiera-, pero con la presión que ello puede suponer para el empleado.

Como se ha expuesto, dicha presión que deriva de la comunicación empresarial continua fuera de las horas de trabajo se manifiesta con una mayor agudeza en el caso de las mujeres por la doble carga y la doble presencia facilitada por el uso intensivo de las TIC, que puede suponer un incremento de las demandas laborales, personales y familiares, impactando muy negativamente en su salud²⁵. No es sólo que la persona trabajadora no tenga obligación alguna de leer los mensajes, ni atender las llamadas o prestar cualquier obligación laboral, es que el empresario debería tener la obligación de facilitar e impulsar su cumplimiento a través del deber de abstención de cualquier comunicación a través de medios tecnológicos, incluido el acceso a los dispositivos digitales de la empresa, y

²⁴ Dicha tesis fue defendida por Igartua Miró, M^a.T. (2019), “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de derechos digitales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n^o 432/2019, marzo 2019, p. 66. Y también me permito remitir a mi estudio, en Molero Marañón, M^a.L., “El derecho a la desconexión digital en el contexto tecnológico”, *cit.* Aragón Gómez, C., “El tiempo de trabajo ante las nuevas formas de organización empresarial”, *cit.*, p. y, Miñarro Yanini, M., “El valor de lo improductivo y sus impactos laborales: la protección del tiempo extralaboral por la norma laboral, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n^o 483/2024, p. 15.

²⁵ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 39.

por supuesto al móvil personal del asalariado, debiendo respetar su derecho al descanso sin ningún tipo de interferencias²⁶.

Dicha falta de comunicación empresarial sólo podría excusarse, si hay algún sistema automático de apagado de las herramientas digitales o un sistema de “envío retardado”, para que las comunicaciones se realicen dentro del horario laboral, o en su caso se programen respuestas automáticas durante los períodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible y designando el correo o los datos de contacto de las personas a quienes se hayan asignado las tareas durante su ausencia²⁷. Ahora bien, en defecto de dichas previsiones, resulta crucial, atendiendo al contexto actual en el que la conectividad es constante, que *el cambio de orientación sea radical*, sin dejar el poder de decisión de la desconexión al trabajador, en lugar de involucrar firmemente al empresario en su aplicación. En suma, la garantía real y efectiva de este derecho pasa las más de las veces por invertir o revertir la situación actual que promueve la digitalización sin limitaciones temporales. De esta forma, se haría realidad la disposición adoptada en el Acuerdo Marco Europeo de Digitalización de 2020, en el que se declara que deberá activarse: “El compromiso de la dirección para crear una cultura que evite el contacto fuera de horario”. El empresario debe ser el primer responsable y promotor de dicha *cultura empresarial de la desconexión* que no es la imperante en la actualidad.

Desde esta perspectiva, que se obvia en el capítulo XI del V AENC-2023, al poner el foco en el trabajador como titular de este derecho, resulta muy positiva la redacción del proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada, que reconduce el contenido del derecho a la desconexión a través de la fijación de un deber empresarial que se erige en el principal garante de su efectividad. En particular, la modificación del artículo 20 bis) ET concreta dicho deber en un doble contenido. Por una parte, dicho deber se materializa “en la ausencia de toda solicitud de realizar una prestación laboral”, y por otra, lo que es más relevante, en “la ausencia de comunicación de la empresa o persona en quien delegue, así como de terceros con relación comercial con la empresa, con la persona trabajadora por cualquier dispositivo, herramienta o medios digitales” (apartado 2º). Dicha disposición se enfoca acertadamente en el sujeto empresarial para el cumplimiento del derecho de desconexión, en lugar de centrar su atención en el trabajador. De esta forma, se le impone la obligación, no sólo de no requerirle ninguna prestación laboral, sino de forma especialmente trascendente de no comunicarse con los empleados. Dicho deber de no comunicación

²⁶ Como declara la SAN 44/2022, de 15 de marzo: “este derecho conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los períodos de descanso”.

²⁷ Estas son Buenas Prácticas que se reconocen en el V AENC-2023.

es absolutamente esencial para que pueda funcionar eficazmente el derecho a la desconexión digital. Y, además, la norma legal no se conforma con dicha atribución del deber al empresario, sino que incluye a los posibles clientes, proveedores o terceros con los que mantenga la empresa relaciones comerciales.

De esta forma, el proyecto de Ley para la reducción de la jornada insiste en la configuración del derecho a la desconexión, concibiéndolo como un “derecho irrenunciable para evitar que pueda exigirse el desarrollo de la prestación fuera de los horarios pactados”. Dicho carácter viene acompañado de la articulación de una garantía de indemnidad a favor del trabajador, que no podrá sufrir ningún tipo de perjuicio, por “rechazar o no atender la comunicación o la petición de la prestación laboral por medios digitales fuera de la jornada laboral, no podrá generar consecuencias negativas, represalias o trato menos favorable para la persona trabajadora”. Por tanto, se trata de una intervención legal mucho más incisiva y efectiva que la del texto legal anterior, que pone el foco de atención en el sujeto empresarial que es realmente a quien se le responsabiliza del cumplimiento del derecho.

También es importante mencionar que en el texto del proyecto se prevé como novedad frente a la ordenación legal anterior, que “la negociación colectiva podrá establecer las excepciones a la prohibición de comunicación con las personas trabajadoras, cuando concurren circunstancias excepcionales justificadas que puedan constituir un riesgo grave para aquellas o un potencial perjuicio empresarial grave, que requiera la adopción de medidas urgentes e inmediatas” (art. 20 bis) 3 ET). Disposición que hay que destacar es prácticamente idéntica a la prevista en el AENC-2023, salvo la eliminación de las circunstancias vinculadas a la fuerza mayor.

Hay que llamar la atención que dicha norma que reproduce el texto de algunos convenios colectivos puede llegar a desnaturalizar por completo la efectividad del derecho²⁸, sino se establecen dichas excepciones con las debidas garantías, al modo en que lo estipula la resolución europea sobre desconexión digital de 2021²⁹. Desde este enfoque, es importante transcribir el contenido de la resolución que es mucho más garantista que la normativa española. En concreto,

²⁸ Miñarro Yanini, M., “La desconexión digital en la práctica negocial: Más forma que fondo en la configuración del derecho”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, n° 440/2019, p. 8.

²⁹ Así fue reconocido por la Audiencia Nacional en la SAN 44/2022, de 15 de marzo, en que declaró nula la cláusula del contrato de teletrabajo, en la que se reconocía como circunstancia excepcional para la quiebra del derecho a la desconexión: “situaciones de que puedan suponer un perjuicio empresarial o del negocio cuya urgencia temporal requiera una respuesta o atención inmediata por parte del trabajador”, puesto que “los límites al derecho a la desconexión digital en el teletrabajo no los puede establecer unilateralmente el empresario, sino que como indica el art. 88 LOPD se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores”.

dispone lo siguiente: “sólo se establecerán excepciones (...) en circunstancias excepcionales, como casos de fuerza mayor u otras emergencias, y a condición de que el empleador informe por escrito a cada trabajador de los motivos, justificando la necesidad de la excepción cada vez que se recurra a ella” (art. 4 f)), fijándose asimismo “los criterios para determinar cómo debe calcularse la compensación por el trabajo realizado fuera del tiempo de trabajo” (art. 4 e)). De dichas previsiones se desprende que la causa que provoca la excepción en el ejercicio del derecho debe guiarse por *el criterio de la excepcionalidad*: noción asimilada con la fuerza mayor u otras emergencias que aluden a un acontecimiento externo y extraordinario que repercute gravemente en la actividad empresarial o productiva o en la persona/s trabajadora/s. Por tanto, su enunciado debe ser más restrictivo que el que se establece en el Anteproyecto, que alude simplemente a un “riesgo grave” para los trabajadores o “un perjuicio empresarial grave”, siendo lo fundamental la exigencia de una causa externa, extraordinaria y urgente que lo provoca.

Ahora bien, lo que es más perjudicial para la efectividad del derecho es dejar tan abierta la posibilidad de la excepción, puesto que parece que ello obligará al empleado a prestar atención a cualquiera de los mensajes enviados por la empresa para dirimir si se encuentra en una de dichas situaciones excepcionales que reclaman su colaboración ineludible. Por ello, a nuestro juicio, se debería reglamentar por el convenio colectivo o en su caso la política interna de la empresa, las concretas circunstancias que permiten la quiebra del derecho, bajo un criterio de excepcionalidad asimilado a la fuerza mayor, y sobre todo se debería regular un *canal especial de comunicación* para estos supuestos que se separe del canal ordinario, y que requiere una doble garantía. Por una parte, el empresario es al sujeto al que incumbe la carga de la prueba de *justificar la causa excepcional*, debiendo informar anticipadamente al asalariado, y, por otro lado, es importante que se le compense al trabajador debidamente por no respetarle el ejercicio del derecho.

3. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

3.1. El alcance subjetivo del derecho

Una vez delimitado el contenido del derecho, se ha de plantear el alcance del mismo, fijándonos en la dimensión subjetiva y temporal del mismo. En primera instancia, se ha de reflexionar sobre quiénes son los sujetos potencialmente afectados por el derecho, o dicho de forma más precisa, quienes son los titulares del derecho. A este respecto, se ha producido una cierta confusión de que sólo se debe reconocer a aquellas personas trabajadoras que utilizan o disponen de elementos tecnológicos para la prestación de servicios, a diferencia del derecho al

descanso que es un derecho genérico³⁰. Asimismo, y con la terminología europea se indica que “La presente Directiva establece requisitos mínimos para que los trabajadores que utilizan herramientas digitales, incluidas las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) con fines laborales puedan ejercer su derecho a la desconexión”, cuando lo cierto es que la atribución de este derecho debe tener un alcance *universal*. El ejercicio de este derecho, no incide sólo y exclusivamente en los trabajos que dependen del uso de la tecnología para su realización, sino que afecta potencialmente a cualquier persona trabajadora que tiene una cuenta de correo electrónico profesional o un teléfono móvil ya sea personal y/o de empresa, a través del cual se convierte en un sujeto fácilmente accesible a través del WhatsApp, email, o llamadas telefónicas³¹.

En efecto, el más grave desafío para ejercer el derecho a la desconexión digital se encuentra en el *uso y generalización del teléfono móvil o smartphone* personal por la población trabajadora en la interacción con la empresa, que le convierte en un sujeto extremadamente vulnerable a la conexión sistemática con su empleador. En particular, la irrupción desmedida de la aplicación de mensajería WhatsApp ha provocado la dependencia tecno-digital del ciudadano a estar interconectado e interrelacionado permanentemente, puesto que es la aplicación principal para el envío de mensajes y video llamadas³². En el medio laboral, dicha aplicación se ha convertido en un recurso habitual, fácil, ágil y de gran inmediatez para la gestión ordinaria de las relaciones laborales, sirviendo de herramienta digital para la organización, gestión y comunicación de las decisiones empresariales. Por ello, debería ser importante que se regulará en el convenio colectivo aplicable o más propiamente en la política interna de la empresa, el uso y utilización no sólo de los dispositivos digitales de la empresa, sino también de las *directrices de uso y funcionamiento del móvil personal*, atendiendo de modo particular al canal de mensajería de WhatsApp tan común en la interacción social, incluidas las relaciones laborales³³. Indudablemente, si dicho personal teletrabaja en su domicilio, con el apoyo de todas las herramientas tecnológicas a su disposición, el riesgo de hiper conexión se agrava todavía más, pero sin que desaparezca en mayor o menor medida en el resto de casos. La diferencia es que

³⁰ Ginés I Fabrellas, A., Peña Moncho, J., “Derecho a la desconexión y prevención de riesgos laborales derivados del uso de la tecnología”, Foro de Labos, Vol 4, nº 1/2023, p. 138.

³¹ En esta dirección, Velasco Portero, M.T., “Derecho a la desconexión digital”, Temas Laborales, nº 168/2023, p. 404. Y sobre la cuestión, Goñi Sein, J.L., “Uso de los dispositivos digitales en el ámbito laboral”, en Trabajo y Derecho, nº Extra 11/2020, pp. 6 y ss.

³² Estudio del Panel de Hogares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (IV Trimestre 2022).

³³ Montesdeoca Suarez, A., “WhatsApp como medio de comunicación entre la empresa y las personas trabajadoras: los conflictos que plantea esta herramienta”, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 12 nº 1/2024, p. 323.

los dispositivos digitales para su trabajo debe proporcionarlas la empresa, y, por tanto, también las reglas de su utilización (art. 11 Ley 10/2021).

Como se ha expuesto, el derecho a la desconexión digital no sólo opera con respecto a los dispositivos digitales que pone la empresa a disposición del empleado -portátiles, tabletas digitales o teléfono móvil de empresa- y las aplicaciones vinculadas, sino que incide en el propio móvil personal del trabajador, cuyo número de contacto en muchas ocasiones pone el propio empleado voluntariamente a disposición de la empresa, como canal de comunicación, pero no para cualquier finalidad u objetivo (art. 6.1 LO 3/2018)³⁴. El trabajador otorga normalmente su consentimiento para su utilización para fines laborales, expresamente o por la vía *de facto*, pero su consentimiento no puede considerarse tácitamente otorgado para contactar con el empleado libremente y en cualquier momento, puesto que existe un claro desequilibrio de poder entre el titular de los datos y

³⁴ Son numerosos los pronunciamientos que el derecho a la desconexión se lesiona a través del WhatsApp que ha sido proporcionado previamente por el propio trabajador. Ante su invocación, se declara por el juzgador lo siguiente: “Debe desecharse también la alegación de se ha atentado contra el derecho a la desconexión digital de los trabajadores cuando se han realizado los requerimientos a través de llamadas y WhatsApp a los teléfonos personales de los trabajadores. En el acto de juicio uno de los testigos (bombero del parque de VIVEIRO) manifiesta que siempre que se ha requerido la presencia de un efectivo en la guardia por cualquier incidencia se hacía al móvil personal; de modo que los requerimientos se efectúan de la misma manera que antes de la declaración de la huelga. Además, llama la atención que se alegue el derecho a la desconexión digital de los trabajadores cuando son los propios operarios los que utilizan el WhatsApp de su teléfono personal y el correo electrónico personal a altas horas de la madrugada para comunicar a los jefes del parque que no acudirán al día siguiente a trabajar porque se encuentran mal o porque han acudido a urgencias (carpeta incidencias). No se entiende cómo se recrimina al CONSORCIO la comunicación telefónica o vía WhatsApp, cuando son los propios trabajadores los que utilizan esos medios para comunicar cualquier incidencia y en horarios intempestivos, es decir, son los propios trabajadores los que atentan contra su propia desconexión digital y la del jefe del parque que de madrugada no está prestando servicios” (SJS nº 4 Lugo sentencia 156/2024, de 23 mayo 2024, Rec. 465/23).

En la misma dirección, el Juzgado de lo Social nº 3 de Gijón, sentencia 346/2021, de 4 noviembre 2021, Rec. 605/2021: “La comunicación vía WhatsApp de la empresa con los trabajadores no vulnera ningún derecho fundamental, ni el derecho a la intimidad, ni el derecho a la protección de datos de carácter personal, al constar el consentimiento tácito del trabajador, al haber venido empleando desde hace años el móvil personal para comunicarse con la empresa, entendiendo que comprende, a aquellos jefes, superiores o personas que actúan en el ejercicio de sus funciones en su nombre, art. 6 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. La ausencia de información completa sobre el tratamiento de datos es una cuestión administrativa que no tiene por qué conllevar necesariamente vulneración de derechos fundamentales, si dichos datos no se han aplicado a fines ajenos a los que suponen la práctica habitual, ni se han entregado a personas o entidades no relacionadas con el ámbito laboral, entre otras STC 94/1998, de 4 de mayo o 292/2000, de 30 de noviembre, en cuanto al control personal de los datos”. En el mismo sentido, SJS nº 1 Oviedo, sentencia 468/2021, de 12 de noviembre 2021, Rec. 776/2021, y Juzgado de lo Social Nº. 1 de Avilés, Sentencia 386/2021 de 12 Nov. 2021, Rec.. 782/2021.

el responsable de su tratamiento (art. 6.2 LO 3/2018). Desde esta perspectiva, la utilización del trabajador de su teléfono móvil, vía WhatsApp, se entiende como un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su móvil, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo, pero ello no puede dar vía libre para que se envíen en su tiempo de descanso³⁵.

La utilización fuera del estricto marco laboral pone en juego el derecho fundamental a su privacidad (art. 18.1 CE), y a la protección de sus datos personales (art. 18.4 CE), debiendo quedar inaccesible dichos medios de comunicación durante los tiempos ajenos a la jornada laboral. No se puede obviar que se trata de un dato personal del asalariado que como tal está protegido específicamente frente a su utilización privada, operando, no sólo con respecto a su empresario, sino frente a cualquier tercero que lo utilice para su conexión fuera del ámbito de trabajo que requerirá igualmente el propio consentimiento del empleado (art. 6.3 LO 3/2018)³⁶. Por ello, no puede defenderse que la invocación del derecho a la desconexión deba contemplarse exclusivamente en los trabajos que han de ser ejecutados con herramientas o dispositivos digitales, o de manera especialmente relevante en el teletrabajo, puesto que lo cierto y verdad es que cualquier trabajo presencial o en remoto puede estar expuesto al riesgo de la hiper conectividad a través de la generalización de este medio de conexión universal o generalizado, generando una disponibilidad del empleado sin precedentes.

Desde esta perspectiva, resulta de especial interés la dimensión expansiva que acoge el AENC-2023, haciendo alusión a que el derecho a la desconexión “operará en relación con *todos los dispositivos y herramientas* susceptibles de mantener la jornada laboral más allá de los límites de la legal o convencionalmente establecida (...)”. De igual modo, la redacción del artículo 20 bis ET que fija el Anteproyecto hace referencia a “cualquier dispositivo, herramienta o medios digitales”, integrando, tanto los dispositivos proporcionados por la empresa,

³⁵ En este sentido, la STSJ Asturias 29 marzo 2022, Rec. 374/2022 se pronuncia en los siguientes términos: “La aplicación WhatsApp desde la terminal del trabajador es un medio habitual utilizado tanto por el trabajador como por la empresa para tratar asuntos relacionados con el trabajo. Ello constituye un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su teléfono móvil, vía WhatsApp, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo. La aplicación WhatsApp desde la terminal del trabajador es un medio habitual utilizado tanto por el trabajador como por la empresa para tratar asuntos relacionados con el trabajo. Ello constituye un “acto afirmativo claro” de su consentimiento a recibir en su teléfono móvil, vía WhatsApp, la comunicación de asuntos relacionados con el trabajo”.

³⁶ Sobre que el número del móvil personal es un dato, véase AEPD, *Número de teléfono y concepto de dato personal*, Informe 2006. Vid. también, Serrano García, J.M., *La protección de datos y la regulación de las tecnologías en la negociación colectiva y en la jurisprudencia*, Albacete (Bomarzo), 2019.

como los personales del trabajador que se hayan autorizado expresa o tácitamente como vía de comunicación empresarial.

Del mismo modo, la tipología del trabajador o su concreta modalidad contractual no deben neutralizar el ejercicio del derecho: la resolución de la futura Directiva declara, que “se aplica a todos los sectores, tanto públicos como privados, y a todos los trabajadores, independientemente de su condición y de sus modalidades de trabajo” (art. 1.1). Por tanto, el modo de organización del trabajo, la naturaleza del puesto y en su caso la modalidad contractual modularán su ejercicio, pero no condicionarán la propia existencia del derecho. El derecho operará, tanto para los trabajadores temporales en todas sus modalidades incluidas las de duración determinada y las formativas, como los indefinidos, los fijos discontinuos en los periodos de interrupción, y los indefinido no fijos, los trabajadores a tiempo parcial, los a distancia, los de plataformas, y las relaciones laborales especiales. Desde este enfoque, resulta de especial interés destacar su reconocimiento legal para las fórmulas contractuales más precarias donde la dificultad de su invocación viene provocada por su posición de debilidad contractual.

Dicha orientación es la que subyace en la originaria regulación legal del artículo 88.1 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, reconociendo el derecho de forma genérica “a los trabajadores y empleados públicos”. Sin embargo, de una forma más precisa se indica en el propio AENC 2023, cuando establece en el capítulo XI relativo a este derecho, que “se garantizará el derecho a la desconexión digital tanto a las personas trabajadoras que realizan su jornada de forma presencial, como a las que prestan servicios mediante nuevas formas de organización del trabajo (trabajo a distancia, flexibilidad horaria u otras)”, adscribiéndose a esa dimensión totalizadora que ha de preconizarse de este derecho en el mundo del trabajo.

Del mismo modo, resultaría realmente relevante que se incluyera *ex lege* expresamente dentro del campo subjetivo del derecho al *personal directivo* y a todos aquellos trabajadores que ocupan posiciones de responsabilidad, de los que en ocasiones se exige plena disponibilidad durante los 7 días de la semana y las 24 horas del día. La evidencia revela que las personas que tienen más responsabilidades en la escala jerárquica son más propensas a no desconectar y a prolongar las jornadas de trabajo³⁷. En este sentido, es importante destacar que nuestra legislación los incluye, cuando hace referencia expresa dentro de la política interna de la empresa a los trabajadores que ocupen puestos directivos en la empresa (art. 88.3 LO 3/2018), cuyo derecho debe ser respetado no sólo

³⁷ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, *Desconexión digital. Guía Básica. Propuestas de Seguridad y Salud*, noviembre 2024, p. 16.

por el empresario o persona en quien éste delegue, sino también por los propios empleados con sus jefes superiores o personal directivo³⁸.

En tal sentido, hay que llamar la atención sobre el efecto reflejo que produce dicha dinámica de conectividad permanente sobre el colectivo femenino, puesto que el alargamiento temporal *sine die* de la jornada del personal directivo tiene consecuencias directas sobre el mismo, al producir implícitamente su *autoexclusión*. Y es que las trabajadoras no pueden, o no quieren, asumir dichos puestos de las esferas de poder, por esa disponibilidad sin límites, siendo un factor especialmente relevante para no romper el techo de cristal inherente a la condición de mujer³⁹. Hay una premisa que ha de estar clara, y que, a día de hoy no lo está, y es que sea cual la posición que ocupa el trabajador en el escalafón, y sea cual sea la modalidad contractual que tenga, o su estatus profesional, su disponibilidad para la organización productiva no es ilimitada, sino que tiene conocer límites claros y seguros. En este sentido, los pluses o complementos salariales que retribuyen una mayor disponibilidad del empleado no implican la desaparición del derecho de desconexión, y la permanente posibilidad de su localización, sino una mayor flexibilización en la fijación de su tiempo de trabajo, pero sin que desaparezca su derecho al descanso, cuya garantía esencial es el derecho a la desconexión digital. Y es que nos encontramos ante un derecho universal y de aplicación a todas las personas trabajadoras, pero que requiere de un refrendo legal expreso en su alcance subjetivo.

3.2. El alcance temporal del derecho de desconexión: tiempo de descanso y tiempo de cuidados

Por otro lado, la delimitación de su alcance pasa por determinar el período de duración en el que se ha de ejercitar el derecho a la desconexión digital. Como se sabe, el empleado carece de ese derecho en los tiempos de trabajo y, por el contrario, se le atribuye en los períodos de descanso, entendidos conforme a la Directiva 2003/88, como “todo período que no sea tiempo de trabajo” (art. 2). Por ello, su efectividad viene ligada inescindiblemente a la necesidad de un registro horario efectivo que garantice con seguridad el tiempo de ejecución de la prestación laboral, y a la propia reglamentación del tiempo de trabajo que define en negativo el de descanso. La medición del tiempo de conectividad laboral es una garantía decisiva para que pueda funcionar este derecho, siendo imprescindible

³⁸ STSJ Madrid 28 septiembre 2023, Rec. 391/2023.

³⁹ Una Unión de la Igualdad: Estrategia Europea de Igualdad de Género 2020-2025

que el empresario establezca un sistema de registro “objetivo, fiable y accesible”⁴⁰, que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador.

La revolución tecnológica ha contribuido enormemente a eliminar la frontera entre ambos espacios temporales, haciéndola cada vez más porosa e insegura, permitiendo la filtración del trabajo en un ámbito temporal que no es el suyo. La flexibilidad laboral proporcionada por el uso y utilización de las tecnologías digitales, así como el desarrollo de las nuevas formas de trabajo se presentan como presupuesto de dicha transformación, puesto que el propio proceso de digitalización se ha desarrollado sin atender a los parámetros legales de limitación del tiempo de trabajo⁴¹. Dicho proceso es uno de los factores que más están promoviendo el incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral que resultan muchas veces invisibles y, consecuentemente, no son remuneradas. Se alarga la jornada laboral, ya sea antes de su inicio o lo que es más habitual sobrepasando el momento de fin de la prestación laboral, al surgir necesidades inesperadas o situaciones extraordinarias que pueden ser atendidas al disponer de tecnología laboral en el tiempo de descanso. Asimismo, la globalización del mercado y de las empresas que operan en el mismo puede demandar los servicios del empleado desde áreas geográficas con distintos husos horarios, que pueden ser satisfechas por el empleado gracias a las herramientas tecnológicas desde, incluso, su propio domicilio. Por ello, no es casual que la reforma legal del derecho a la desconexión digital se produzca en el seno de la reforma de la reducción de la jornada, y sobre todo de la modificación del registro de jornada que pretende garantizar de acuerdo a las directrices europeas, la objetividad, fiabilidad y accesibilidad del mismo (nuevo artículo 34 bis ET). Indudablemente, el funcionamiento eficaz y certero del registro diario de la jornada de trabajo es una garantía esencial para la fijación del tiempo de trabajo del empleado, y por ende del tiempo de descanso, que se ha de salvaguardar a través del ejercicio del derecho a la desconexión.

Por otro lado, es preciso destacar como la progresiva complejidad de la ordenación del tiempo de trabajo repercute directamente en la propia materialización del derecho digital: la distribución irregular de la jornada, las horas extraordinarias/complementarias, la flexibilidad horaria y por supuesto, los tiempos de disponibilidad o localización no facilitan el ejercicio del derecho⁴². Sin poder

⁴⁰ STJUE 14 mayo 2019, asunto C-55/18, CC.OO y Deutsche Bank

⁴¹ López Ahumada, E., “Transformaciones laborales y innovación tecnológica desde la perspectiva del tiempo de trabajo”, Noticias Cielo nº 1/2025

⁴² Desde esta perspectiva, la Sala de lo Social del TSJ Madrid en la sentencia 17 julio 2023, Rec. 136/23 ampara el llamamiento de los trabajadores en el tiempo de descanso entre jornadas, al abonárseles un plus de disponibilidad: “El plus de disponibilidad, con carácter de complemento salarial no consolidable, retribuye la aceptación expresa por parte del trabajador de realizar la jornada indicada, así como de incorporarse a su puesto de trabajo o permanecer en él fuera de esa jornada, cuando las necesidades del servicio así lo requieran”. “*Si la empresa está facultada a*

entrar ahora en ese terreno en profundidad, lo relevante a los efectos del ejercicio de este derecho es subrayar que su invocación por los empleados sólo adquiere sentido si se realiza en los tiempos de descanso o asimilados. Por tanto, es crucial que la persona trabajadora sepa con certeza cuál es su concreto horario de trabajo, cuya finalización le posibilita la desconexión; de ahí que el funcionamiento fiable del registro de jornada se convierte en un instrumento esencial para su efectividad. Las alternativas actuales que posibilitan una ampliación temporal de la jornada no prevista o planificada de antemano no promueven el ejercicio del derecho a la desconexión⁴³. Por todo ello, el empresario es el máximo responsable de garantizar la existencia de la desconexión, puesto que su efectividad es una garantía esencial para que fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido se respete el tiempo de descanso.

Asimismo, es preciso defender con claridad que el período temporal de descanso ha de entenderse en todo su alcance y no de manera restrictiva, que incluye el descanso intra-jornada, entre jornadas, el semanal y las vacaciones anuales. De esta forma, los pronunciamientos judiciales ya han venido a reconocer que la invocación de este derecho se ha de producir en esas secuencias temporales, que no se puede obviar tiene que acreditar el trabajador, si invoca la protección del derecho a la desconexión: la persona trabajadora es quien tiene que justificar que la comunicación empresarial se ha producido durante ese lapso temporal, sin cuya prueba no se estima su vulneración⁴⁴. Sin embargo, el reconocimiento del derecho no implica que se considere siempre lesionado por nuestros tribunales, cuando se prueba que las comunicaciones empresariales se han realizado en los tiempos de descanso, puesto que realmente suele depender de las circunstancias que concurran, y de modo principal del número de mensajes enviados, y de su concreto contenido.

Con carácter general, los tribunales son más proclives a no darle relevancia, si a través del correo o el WhatsApp enviados al margen de su jornada no existe obligación de lectura, ni de respuesta fuera de su horario laboral⁴⁵, o no se solicita

poder llamar a los trabajadores para llevar a cabo cambios de jornada las doce horas previas a tener que realizar un servicio, esto implica que en ocasiones tendrá que hacerlo en los tiempos de descanso, y si el trabajador cobra Disponibilidad deberá estar disponible. Cuestión diferente es que el trabajador opte por la no disponibilidad”.

⁴³ De este modo, cláusulas de este tenor no facilitan el derecho a la desconexión: “En cualquier caso, el horario previsto de una jornada de trabajo podrá verse modificado en función de las necesidades que surjan durante su ejecución” (art. 17 c) II Convenio colectivo de la Industria de Producción Audiovisual).

⁴⁴ En este sentido, en el período vacacional, se pronuncia la SSTSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 202/22 y 28 septiembre 2023, Rec. 391/2023; en el descanso entre jornadas: STSJ Madrid 17 julio 2023, Rec. 136/23.

⁴⁵ SJS nº 4 Vigo 357/2023, de 25 de septiembre, Rec. 517/2023. También, STSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 20/2022.

ningún requerimiento, orden de mantenerse conectada⁴⁶, u obligación laboral, aunque se hayan producido en el período vacacional⁴⁷, o, igualmente, cuando no hay represalia, ni amonestación alguna⁴⁸. Algunos pronunciamientos judiciales de carácter excepcional entienden vulnerado el derecho de desconexión digital, cuando se acredita que las llamadas telefónicas o envío de correos se realizan fuera del horario laboral, sin que la empresa haya presentado razón justificativa de tal envío de correos fuera del horario laboral, pero condenándose al pago de 300 euros por el escaso perjuicio y daño moral sufrido por el asalariado, “dado el escaso número de correos electrónicos enviados fuera del horario laboral”⁴⁹.

Al margen de los tiempos de descanso *strictu sensu*, se asimilan los períodos de suspensión de la actividad laboral, ya sea por el ejercicio del derecho de huelga, los que provoca la incapacidad temporal, o el que incide en las suspensiones, permisos y reducciones relacionadas con el cuidado o cualquier otra causa prevista en el artículo 45 ET, incluidas las excedencias. Se trata de períodos temporales en los que la persona trabajadora queda exonerada de prestar sus servicios para la empresa, o, lo que es lo mismo, se encuentra en un tiempo que no es de trabajo. Son numerosos los pronunciamientos en los que se invoca el derecho a la desconexión digital durante este ámbito temporal suspensivo generalmente desestimatorios⁵⁰. En principio, se ha de defender su virtualidad jurídica, salvo que la conexión se justifique de forma razonable y proporcionada con el estado de la situación suspensiva, al tener en cuenta que el deber de buena fe contractual rige durante dicha secuencia temporal⁵¹. Por tanto, el empresario deberá acreditar la necesidad y justificación de la reconexión con el empleado

⁴⁶ STSJ Galicia 22 noviembre 2022, Rec. 4175/22.

⁴⁷ STSJ Madrid 21 febrero 2022, Rec. 202/2022: “Correos electrónicos enviados al trabajador en vacaciones, que no pueden equipararse a una orden empresarial cuyo incumplimiento justifique el despido, pues no tenía ninguna obligación de responder por no ser acorde al derecho a la desconexión digital”

⁴⁸ SJS nº 4 Vigo 357/2023, de 25 de septiembre, Rec. 517/2023.

⁴⁹ STSJ Galicia 4 marzo 2024, Rec. 5647/2023.

⁵⁰ Durante el período de baja por incapacidad temporal: SSTSJ Cataluña 2843/2023, de 5 de mayo 2023, Rec. 7704/2022; TSJ Galicia 1407/2024, de 19 de marzo 2024, Rec. 167/2024; TSJ Castilla-La Mancha 15 febrero 2024, Rec. 7/2024 y TSJ Madrid 26 junio 2024, Rec. 267/2024. Durante el ejercicio del derecho de huelga: STSJ Asturias 29 marzo 2022, Rec. 374/2022 y SJZ nº 1 Oviedo, sentencia 467/2021, de 18 de noviembre 2021, Rec. 782/2021.

⁵¹ Dicha justificación en situación de incapacidad temporal se produce en la STSJ Galicia 11 abril 2024, Rec. 10/2024, en estos términos: “Llamar a los trabajadores que están en situación de IT para saber cómo están no vulnera el derecho a la intimidad ni tampoco el de la desconexión digital. No se exige que esté conectado a ningún software de la empresa y tampoco es obligatorio atender la llamada porque no tienen por objeto coaccionar o pedir al trabajador que se reincorpore. Tiene intención de crear un buen ambiente laboral”.

durante los períodos suspensivos, puesto que se encuentra plenamente vigente el derecho a la desconexión digital.

Dicha interpretación es de suma trascendencia para el *enfoque de género* que ha de contemplarse en la reglamentación del derecho a la desconexión, puesto que, como se sabe, las responsabilidades de cuidado interpelan de forma predominante a las mujeres. Ellas son quienes utilizan dichos permisos, precisamente, porque necesitan tiempo de trabajo para desplazarlo al tiempo de cuidado, y en ese espacio temporal el empresario debería abstenerse de cualquier comunicación empresarial con la empleada, puesto que se convierte en un período hábil para que ejerza el derecho a la desconexión digital. Y es que es importante que la disciplina normativa del derecho a la desconexión digital haga suya la previsión comunitaria que declara que el descanso para ser “adecuado” debe ser “regular”, y “suficientemente largo y continuo” (art. 2.9 Directiva 2003/88), o, lo que es lo mismo, no sólo importa su dimensión cuantitativa sino cualitativa. Es decir, no se puede normalizar que el tiempo de descanso pueda ser comúnmente interrumpido a través de comunicaciones del empresario, o persona en quien éste delegue, por medio de los dispositivos digitales a través de envío de emails, WhatsApp, audios o llamadas telefónicas que invaden su esfera privada y personal, y rompen su derecho al descanso, generando una intensa presión en quien lo recibe. Como se ha indicado, dicha presión genera un elevado estrés provocando riesgos de carácter psicosocial que se incrementan en el caso de las mujeres, que con frecuencia en su tiempo de descanso están implicadas en la tarea del cuidado que reclama una predisposición personal que no se concilia con el contacto con su empresario, sino que ha de ser estrictamente respetado. Desde esta perspectiva, se ha de llamar la atención que la mujer asume las más de las veces gratuitamente, o a su costa el trabajo del cuidado, al reducir sus horas de trabajo; por ello, no se le debe exigir, además, en ese tiempo dedicado al cuidado, la atención a la vida profesional de ningún modo y manera, porque su penalización sería doble.

En conclusión, resulta crucial un reconocimiento en firme de este derecho de desconexión digital que exige una intervención legal mucho más garantista, que ponga especial énfasis en la responsabilidad del empleador *en su aplicación*, fijando legalmente los deberes empresariales implicados. La falta de un reconocimiento legal sólido de ese derecho que no promueva al empresario como su principal garante afectará de forma más grave en las mujeres, repercutiendo en la posición que ocupan en el trabajo asalariado, agravando la desigualdad entre hombres y mujeres en el mundo laboral digitalizado.

4. CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es necesario e, incluso urgente, que el legislador defina el contenido del derecho a la desconexión digital, de tal forma que limite y condicione a

la negociación colectiva, y la política interna de la empresa que reglamentará los protocolos de desconexión. La práctica negocial ha mostrado la escasez de previsiones respecto al contenido del derecho a la desconexión, y lo que es más grave en ocasiones una reglamentación que no configura un derecho real y efectivo de la desconexión con la empresa, reforzando o incluso legitimando una conectividad permanente (SAN 22 marzo 2022, Rec. 33/2022), así como una política interna excesivamente generalista o ambigua del derecho, cuya dificultad de acceso es evidente. Bajo nuestro punto de vista, debe existir una relación de colaboración necesaria entre la Ley y el convenio colectivo, siendo la función del convenio la de regular las modalidades de ejercicio, concretando su ejecución en función del sector de actividad, el puesto de trabajo, y los dispositivos digitales utilizados, al igual que la política interna de la empresa, que se sujeta al convenio, pero que por su especificidad, puede reglamentar de forma más detallada su articulación en una concreta empresa.

Dicho margen de actuación ha sido utilizado por los interlocutores sociales en el VAENC para pactar el capítulo XI relativo a la Desconexión digital, fijando toda una serie de criterios que definen el propio derecho en general y sus excepciones, con disposiciones fundamentales pero con criterios en algunos casos discutibles. Y es que, realmente, debe ser el legislador quien efectúe una reforma del derecho, definiendo su contenido, tal y como se realiza por el Anteproyecto de Ley de reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, el registro de jornada y el derecho a la desconexión.

SEGUNDA.- El legislador no debe renunciar a regular el contenido del derecho, ordenando una regulación autosuficiente que identifique su contenido básico, y los deberes, obligaciones y responsabilidades que implica su activación para ambas partes del contrato de trabajo, las garantías para su aplicación, sin obviar los medios de tutela que activa su incumplimiento. En nuestra opinión, ese contenido legal debería tener muy en cuenta las orientaciones adoptadas por el Parlamento europeo en la resolución de 21 de enero de 2021 sobre la Propuesta de Directiva sobre el derecho a la desconexión, debiendo ser conscientes de la incidencia decisiva que puede tener su aplicación en la posición que ocupa la mujer en el medio de trabajo. El tiempo de conexión del empleado al margen de la jornada laboral está escapando al control y regulación de las normas jurídico-laborales dentro de una cultura empresarial que no está prestando especial atención a los tiempos de ejecución de la actividad laboral facilitada por la digitalización. Renunciar a dicha tarea legislativa implica la pérdida de efectividad del derecho a la desconexión cuestionando los cimientos de nuestra disciplina, al dejar sin efecto por la vía de *facto* las normas de limitación máxima de la jornada de trabajo. Lo más conveniente sería la adopción de una Directiva que estableciera unos estándares homogéneos en el marco de la Unión Europea, funcionando

dicho derecho y las garantías de su efectividad en dicha región geográfica, configurando el derecho a la desconexión como uno de los pilares de la cultura europea del trabajo, en el que la digitalización se muestra imparable.

TERCERA.- A la vista de la resolución europea, la noción de desconexión se define como “el hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo” (art. 2). La pregunta nuclear que se ha de contestar es la determinación de los sujetos responsables de “no realizar dichas actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo”. Desde la perspectiva del trabajador, en el V AENC-2023 se concibe la desconexión como un derecho de carácter potestativo o disponible por parte del empleado que podrá decidir conectarse o no a las herramientas digitales. La decisión queda en poder del asalariado, cuando el desequilibrio existente en la relación laboral condiciona significativamente su libertad en la capacidad de respuesta o reacción frente a la comunicación empresarial. Por ello, resulta mucho más acertada la redacción empleada por el Anteproyecto de Ley para la reducción de la jornada que cambia la orientación de la norma, proclamando su carácter “irrenunciable”. El nuevo artículo 20 bis ET incorpora dos previsiones nucleares que implican el reconocimiento del derecho de resistencia del empleado a no contestar cualquier requerimiento que afecte a la esfera laboral en tiempo de descanso, fijando la garantía de indemnidad a favor del asalariado cuando ejerza dicho derecho. Y es que el derecho a la desconexión debe ser diseñado jurídicamente como un derecho/obligación que no admite la renuncia, si se tiene en cuenta las graves consecuencias que puede producir la conectividad *sine die* en su salud, y en su bienestar personal.

A este respecto, y ante el riesgo de que se vean favorecidos los asalariados “siempre disponibles” frente a los que ejercitan dicho derecho, es fundamental configurar el derecho como una obligación, y prever dentro del marco sancionador una infracción administrativa grave o muy grave que especifique como tal, el incumplimiento del derecho a la desconexión, puesto que “per se” genera un riesgo grave para la seguridad y salud de las personas trabajadoras.

Es crucial que las empresas lleven a cabo acciones de formación y sensibilización sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas, incorporando dicha obligación de información, formación y evaluación de riesgos en el deber de seguridad que debe garantizar el empresario (art. 14.2 LPRL), y especialmente en el marco de los riesgos psicosociales, donde está acreditado que la mujer es más vulnerable que el hombre a sufrir estrés o tecno-estrés, trastornos de salud mental, por la doble jornada que pesa sobre las mujeres. La presión y exigencia

que la digitalización implica en el desempeño laboral se duplica por la carga de cuidados que asume en su vida personal y familiar.

CUARTA.- Siguiendo las orientaciones europeas, la efectividad del derecho se materializa a través del cumplimiento de un conjunto de obligaciones que incumben al empresario: un sistema de registro eficaz del tiempo de trabajo, una política de uso de dispositivos digitales, incluido el protocolo de desconexión, así como los deberes empresariales de prevención que atiendan específicamente a los riesgos que implica la hiper conexión, sin cuyo cumplimiento el ejercicio de la desconexión no tendría sentido.

Al margen de lo anterior, la cuestión de mayor relevancia que se plantea con respecto al contenido del derecho, es si al empresario se le debe exigir un deber de abstención de comunicación con los empleados fuera de su jornada laboral. Se debate si el alcance de este deber implica la prohibición de cualquier comunicación, o, por el contrario, solamente aquéllas que demanden algún tipo de respuestas, interacción o requerimiento fuera de las horas de trabajo. Para aquellos que defienden esta última tesis, el derecho a la desconexión no se puede traducir en un deber empresarial de abstención, ni en una prohibición, implicando sólo el derecho de la persona trabajadora a no atender tales comunicaciones, salvo situaciones excepcionales sin recibir represalias de ningún tipo.

Por el contrario, la tesis que defiende nuestro estudio, a salvo que haya un sistema automático de apagado de herramientas digitales o de un sistema de “envío retardado” que programe respuestas automáticas, es que se involucre firmemente al empresario como el máximo garante de la efectividad de este derecho. Consecuentemente, resulta crucial la reforma del art. 20 bis) ET que se propone por el Anteproyecto de Ley, que se concreta en un deber empresarial de doble contenido: la obligación no sólo de no requerirle ninguna prestación laboral, sino lo que es más trascendente la prohibición de no comunicarse con los empleados. A nuestro juicio, dicho deber es absolutamente esencial para que pueda funcionar eficazmente el derecho. Y, además, la norma legal no se conforma con implicar al empresario, sino que incluye a los posibles clientes, proveedores o terceros con los que mantenga la empresa relaciones comerciales.

QUINTA.- El Anteproyecto de Ley legitima a la negociación colectiva para que establezca excepciones a la prohibición de comunicación con las personas trabajadoras, cuando concurren circunstancias excepcionales que puedan constituir un riesgo grave para el personal o un perjuicio empresarial grave, requiriendo medidas urgentes e inmediatas. Dicha previsión recogida en algunos convenios colectivos puede llegar a desnaturalizar el derecho, sino se articula con las debidas garantías que establece la resolución europea sobre desconexión digital de 2021. De este modo, el texto legal debería reconducir la causa que provoca la excepción,

guiándose por el criterio de la excepcionalidad, asimilándose a una fuerza mayor u otras emergencias, que aluden a un acontecimiento externo y extraordinario que repercute gravemente en la actividad empresarial o en la/s persona/s trabajador/a/s. Asimismo, se debería articular un canal especial de comunicación para estos supuestos que se separe del canal ordinario, y que requiere una doble garantía: el empresario es a quien incumbe la carga de la prueba de justificar la causa excepcional, debiendo informar anticipadamente al trabajador, y por otro lado, se ha de compensar debidamente por no respetarle el ejercicio del derecho.

SEXTA.- La activación de este derecho ha de reconocerse con un alcance universal. El ejercicio de este derecho incide no sólo en los trabajos que han de ser ejecutados con herramientas o dispositivos digitales, y de modo especial en el teletrabajo, sino que cualquier actividad laboral presencial o en remoto puede estar expuesta al riesgo de hiperconectividad por el uso generalizado del teléfono móvil o *smartphone* personal. La irrupción desmedida de la aplicación de mensajería WhatsApp ha provocado la dependencia tecno-digital del ciudadano a estar interconectado e interrelacionado permanentemente, puesto que es la aplicación principal para el envío de mensajes y video llamadas. En el medio laboral, dicha aplicación se ha convertido en un recurso habitual, ágil y de gran inmediatez para la gestión ordinaria de las relaciones laborales, sirviendo dicha herramienta digital para la organización, gestión y comunicación de las decisiones empresariales. Por ello, es importante que se regule en el convenio colectivo aplicable, o en la política interna de la empresa, el uso y utilización no sólo de los dispositivos digitales de la empresa, sino también de las *directrices de uso y funcionamiento del móvil personal*, atendiendo de modo particular al canal de mensajería de WhatsApp.

SÉPTIMA.- El derecho ha de ser reconocido a todas las personas trabajadoras, con independencia de su modalidad contractual, temporales como fijas, a tiempo completo o a tiempo parcial, incluyendo los períodos de interrupción en los fijos discontinuos, el personal de plataformas, las relaciones laborales especiales, sin obviar una disciplina *ad hoc* para el trabajo a distancia (art. 18 Ley 10/2021). Resulta de especial interés destacar su reconocimiento legal para las fórmulas contractuales más precarias donde la dificultad de su invocación viene provocada por su posición de debilidad contractual.

Asimismo, resulta especialmente relevante que se incluya *ex lege* dentro del campo subjetivo del derecho al *personal directivo* y a todos aquellos trabajadores que ocupan posiciones de responsabilidad, a quienes se exige plena disponibilidad durante los 7 días de la semana y las 24 horas del día. La evidencia revela que las personas que tienen más responsabilidades en la escala jerárquica son más propensas a no desconectar y a prolongar las jornadas de trabajo. Hay que llamar la atención sobre el efecto reflejo que produce dicha dinámica de conectividad

permanente sobre el colectivo femenino, puesto que el alargamiento temporal *sine die* de la jornada del personal directivo tiene consecuencias directas sobre el mismo, al producir implícitamente su *autoexclusión*.

OCTAVA.- El proceso de digitalización se ha desarrollado con excesiva frecuencia sin atender a los parámetros legales de limitación del tiempo de trabajo, promoviendo el incremento de las horas de trabajo fuera de la jornada laboral que resultan muchas veces invisibles, y no remuneradas. Asimismo, las alternativas actuales que posibilitan una ampliación temporal no prevista o no planificada -entre otras la distribución irregular, las horas complementarias etc- no promueven el ejercicio del derecho a la desconexión. Por ello, para que pueda ser correctamente ejercido este derecho es necesario que funcione eficazmente y con certeza el sistema de registro diario de la jornada de trabajo que también promueve la reforma de la reducción de la jornada, garantizando de acuerdo a las directrices europeas, la objetividad, fiabilidad y accesibilidad del mismo (nuevo artículo 34 bis ET). Es una garantía esencial para la fijación del tiempo de trabajo del empleado, y por ende del tiempo de descanso, que ha de ser salvaguardado a través del ejercicio del derecho a la desconexión.

NOVENA.- La interpretación del período de descanso en que se ejerce el derecho a la desconexión ha de entenderse en todo su alcance y no de manera restrictiva, que incluye el descanso intra-jornada, entre jornadas, el semanal y las vacaciones anuales. Hasta la fecha, la tutela judicial de la lesión de este derecho es bien restrictiva, aun cuando se pruebe que las comunicaciones empresariales se han realizado en los tiempos de descanso, dependiendo de las circunstancias que concurran, y de modo principal del número de mensajes enviados, y de su concreto contenido, siendo bien limitados los pronunciamientos estimatorios que sólo se dan en circunstancias de especial intensidad.

DÉCIMA.- Junto a los tiempos de descanso *stricto sensu*, se deben asimilar los períodos de suspensión de la actividad laboral, ya sea por el ejercicio del derecho de huelga, la incapacidad temporal, así como los que inciden en los tiempos de cuidados identificados con los permisos, reducciones o suspensiones. Se trata de períodos temporales en los que la persona trabajadora queda exonerada de prestar sus servicios, o, lo que es lo mismo, se encuentra en un tiempo que no es de trabajo, siendo numerosos los pronunciamientos judiciales en los que se invoca el derecho a la desconexión, generalmente, desestimatorios. El empresario es quien deberá acreditar la necesidad y justificación de la reconexión con el empleado durante dichos períodos suspensivos, puesto que se encuentra plenamente vigente el derecho a la desconexión, salvo que la conexión se justifique de

forma razonable y proporcionada con el estado de la situación suspensiva, al regir el deber de buena fe contractual durante dicha secuencia temporal.

Dicha interpretación es de suma trascendencia para el *enfoque de género* del derecho a la desconexión, puesto que las responsabilidades de cuidado interpelan de forma predominante a las mujeres. La presión que supone la comunicación empresarial en el tiempo de cuidado genera un elevado estrés provocando riesgos de carácter psicosocial, puesto que los períodos dedicados al cuidado reclaman una predisposición personal que no se concilia con el contacto con su empresario, sino que ha de ser estrictamente respetado. La mujer es la que asume las más de las veces gratuitamente, o a su costa el trabajo del cuidado, al reducir sus horas de trabajo; por ello, no se le debe exigir, además, en ese tiempo dedicado al cuidado, la atención a la vida profesional de ningún modo y manera, porque su penalización sería doble.

GARANTÍA DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR: ANÁLISIS CRÍTICO DEL RD 893/2024, DE 10 DE SEPTIEMBRE

GUARANTEEING SAFETY AND HEALTH IN THE FAMILY HOME SERVICE: CRITICAL ANALYSIS OF RD 893/2024, OF SEPTEMBER 10

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

ORCID: 0000-0002-4614-6270

EXTRACTO

Palabras clave: hogar familiar, salud y seguridad, acoso,
evaluación de riesgos, formación

El reciente RD 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar, viene a cubrir la laguna sostenida durante casi treinta años a raíz de su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales. Siendo innegable la necesidad de protección de esta prestación ante factores que no han de infravalorarse, la norma plantea una tutela “en diferido”, quedando aspectos cruciales a la concreción por las pertinentes herramientas informáticas. Exhibe, además, un carácter muy estético, con ciertos olvidos y dificultades exegeticas y alguna solución alejada de la realidad del domicilio y las particularidades de las personas trabajadoras domésticas y de quien aprovecha su prestación.

ABSTRACT

Key words: family home services, health and safety,
harassment, risk assessment, training

The recent Royal Decree 893/2024, of 10 September, which regulates health and safety protection in the field of family home services, fills the gap that has existed for almost thirty years as a result of its exclusion from the scope of application of Law 31/1995, of 8 November, on the prevention of occupational hazards. Although there is an undeniable need to protect this benefit in the face of factors that should not be underestimated, the regulation proposes ‘deferred’ protection, leaving crucial aspects to be specified by the pertinent IT tools. It also has a very aesthetic character, with certain omissions and exegetical difficulties and some solutions that are far removed from the reality of the home and the particularities of domestic workers and of those who take benefit from their services.

ÍNDICE

1. EL RD 893/2024, DE 10 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR: UNA NORMA DE “VANGUARDIA” CON UNA TUTELA DEL DERECHO EN “DIFERIDO”
2. SUJETOS INCLUIDOS Y APLICACIÓN EXCLUSIVA
 - 2.1. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar
 - 2.2. Aplicación exclusiva
3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EFICAZ EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR
 - 3.1. Deber general de protección y obligaciones específicas
 - 3.2. La evaluación de riesgos laborales
 - 3.3. El documento de adopción de medidas preventivas
 - 3.4. Equipos de trabajo y equipos de protección individual
 - 3.5. Derechos de información y participación
 - 3.6. La relevancia de la formación preventiva: dificultades prácticas de cumplimiento
 - 3.7. Obligaciones y derechos en situaciones de riesgo grave e inminente
 - 3.8. Vigilancia de la salud
 - 3.9. Obligaciones de la persona trabajadora al servicio del hogar familiar
4. LA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA
 - 4.1. Algunas dudas sobre la necesidad de organizar la actividad preventiva y su configuración
 - 4.2. La asunción personal y la designación de trabajadores
 - 4.3. La externalización del servicio
5. PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL EMPLEO DOMÉSTICO
6. MODIFICACIÓN RESPECTO AL TRABAJO DE AYUDA A DOMICILIO
7. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS
8. CONCLUSIONES

1. EL RD 893/2024, DE 10 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE REGULA LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR: UNA NORMA DE “VANGUARDIA” CON UNA TUTELA DEL DERECHO EN “DIFERIDO”

La redacción originaria de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL)¹ excluyó expresamente de su ámbito de aplicación la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, pero asignaba una obligación “de cuidado” a su titular a fin de que el trabajo de sus empleados se realice en las “debidas” condiciones de seguridad e higiene

¹ BOE 10 de noviembre.

(art. 3.4 LPRL)². Pese a las críticas doctrinales, la aparente contradicción³ y la necesidad de una mayor concreción⁴, la situación se ha sostenido en el tiempo, probablemente por la inexistente voluntad real de proteger a este colectivo⁵.

Con posterioridad, pese al manifestado objetivo de “dignificar” las condiciones de los empleados de hogar, el art. 7 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁶ no altera demasiado el panorama, reconociendo los derechos y deberes laborales, también en relación con la seguridad y salud, contenidos en los arts. 4 y 5 del ET, reiterando el deber de cuidado, con “medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico”, siendo su incumplimiento grave “justa causa de dimisión del empleado”. Esta remisión, considerada afortunada⁷, podía llevar a una aplicación tácita de la normativa común en tanto no resultara incompatible, pero en la práctica era insuficiente y sumamente compleja, llevando a la inacción de los empleadores y trabajadores en este ámbito.

Habrá que esperar hasta el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar⁸, que deroga la histórica exclusión. No obstante,

² Para los primeros comentaristas de la norma no era un concepto vacío, aunque tuviera un contenido variable, determinable de acuerdo con las circunstancias de modo y lugar de desarrollo de la prestación, enlazándolo con el propio concepto de dignidad humana, GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J., *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996, p. 64.

³ Por todos, FERNÁNDEZ MARCOS, L. “Artículo 3. Ámbito de aplicación”, en SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2010, p. 73.

⁴ Así VIÑAS ARMADA, J.M., “Alcance general del ámbito subjetivo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dirs.), *Tratado de Prevención de Riesgos Laborales*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 192.

⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 130.

⁶ BOE 17 de noviembre. Entre otros, CORDERO GORDILLO, V., *La Relación Laboral Especial del Servicio del Hogar Familiar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. LLANO SÁNCHEZ, M. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Actualidad Laboral* n° 6, 2012, pp. 1 ss (ejemplar consultado en laleydigital.es); PALOMINO SAURA, P., “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Revista de Información Laboral* n° 5, 2012, pp. 23 ss; VELA DÍAZ, R., *El nuevo Régimen de las Personas Empleadas de Hogar: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012.

⁷ MIÑARRO YANINI, M., “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable” (II), *Relaciones Laborales* n° 5, 2012, p. 7 (versión digital).

⁸ BOE 8 de septiembre. Sobre los notorios avances de la norma hacia la tutela de quien presta los servicios y su aproximación al régimen común, que llevan incluso a cuestionar el pleno sentido de mantenerla como relación laboral especial, aunque persisten diferencias al no tratarse

el tortuoso camino no finaliza aquí pues la garantía y su alcance se remiten al pertinente desarrollo reglamentario, incluyendo una DA 18ª en el texto de la LPRL (art. 1 RDL 16/2022), con mención a la prevención de la violencia contra las mujeres y a las “características específicas del trabajo doméstico”. Pese a las dudas de este llamamiento, defendiendo algunos que el pleno reconocimiento de la titularidad del derecho no debía impedir la aplicación de la normativa en toda su amplitud⁹, la situación se ha mantenido igual debido a la escasa virtualidad del ejercicio sin las pertinentes adaptaciones, pautas de aplicación y normas específicas.

El 28 de febrero de 2023, con notable retraso, España procedió a la ratificación del Convenio 189 OIT sobre el trabajo doméstico¹⁰, cuyo art. 13 contiene también un régimen bastante genérico de tutela de la seguridad y salud, reconociendo el “derecho a un entorno seguro y saludable”, encomendando al Estado miembro la adopción de medidas eficaces, teniendo en cuenta las características

de una actividad productiva en el sentido tradicional del término, muchas de las cuales deberían desaparecer, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MINCULEASA COPCEA, A., “El nuevo estatuto jurídico del personal al servicio del hogar”, en MARTÍNEZ MORENO, C. (Dir.), *El Derecho del Trabajo que viene*, Colex-Gobierno del Principado de Asturias, A Coruña, 2023, pp. 198-199. También CUADROS GARRIDO, M.E. y SELMA PENALVA, A., *El nuevo régimen jurídico de las empleadas de hogar*, Colex, A Coruña, 2023; ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Nuevo rumbo en las relaciones laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. VII, nº 2, 2022, pp. 31 ss; QUINTERO LIMA, M.G., “La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 473, 2023, sobre la cuestión que nos ocupa, pp. 112 ss; QUESADA SEGURA, R., “Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y seguridad social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 63, 2022, pp. 190 ss. Más específicamente, AYALA DEL PINO, C., “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar tras la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre”, *Lex Social. Revista de Derechos Sociales* 12 (2), 2022, pp. 1 ss. ELICHE MORAL, D., “La Prevención de Riesgos Laborales de las personas trabajadoras al servicio del hogar”, en GUERRERO PADRÓN, T., *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Aspectos críticos de su regulación*, Laborum-UCA, Murcia, 2024, pp. 219 ss.

⁹ Por todos, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 152.

¹⁰ Instrumento de adhesión al Convenio sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, hecho en Ginebra el 16 de junio de 2011 (BOE 3 de abril de 2023). La doctrina venía demandando esta ratificación, por todos, FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y GARCÍA TESTAL, E., “La prevención de riesgos en el trabajo doméstico y de cuidados en España”, *Lex Social* vol. 11, núm 2, 2021, pp. 628 ss; CORREA CARRASCO, M., “Los riesgos psicosociales en el trabajo doméstico y de cuidados”, *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, 11 (1), 2020, p. 444. Con más detalle sobre el Convenio, GRAU PINEDA, C., “El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos”, *Documentación Laboral* nº 116, 2019-Vol. 1, pp. 57 ss. Vid. asimismo el Informe realizado por GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Hacia la transposición integral del Convenio 189 de la OIT de trabajo decente para trabajadoras del hogar*, Intermon Oxfam, 2024.

específicas del trabajo doméstico, a fin de asegurar la seguridad y salud, que podrán aplicarse progresivamente en consulta con los agentes sociales¹¹.

El 11 de septiembre de 2024 se publicó el RD 893/2024, de 10 de septiembre, por el que se regula la protección de la seguridad y la salud en el ámbito del servicio del hogar familiar (RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar); norma que afirma situar a nuestro país en la “vanguardia” normativa¹² en materia de prevención de riesgos laborales de las empleadas de hogar¹³. Otra cosa será su eficacia práctica, pues la aplicación no va a ser inmediata sino en diferido, pendiente de otras disposiciones normativas y la creación y puesta en marcha de herramientas informáticas que pueden demorarse aún.

Aunque resulta sencillo compartir tanto las principales objeciones doctrinales a la exclusión, deficiente y no explícitamente justificada¹⁴, trasunto de la Directiva Marco (DM)¹⁵, sea por el lugar de trabajo -el domicilio-, la actividad desarrollada, la relación de confianza y la inexistencia de un “empresario” propiamente dicho, como la necesidad de protección, es más difícil superar el escepticismo sobre la adecuación y eficacia de la normativa aprobada. No arroja

¹¹ Para un sector doctrinal el Convenio no exigía un cambio tan profundo ni una solución definitiva en este ámbito de la seguridad y salud, al permitir su aplicación progresiva, por tanto, sin una trascendencia excesivamente relevante en la modificación normativa, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., pp. 145-6.

¹² Declaraciones similares se encuentran en otras normas recientes, así a modo de ejemplo el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales (BOE 12 de mayo) también aludía al avance de nuestro país “de forma pionera”.

¹³ En otros países de nuestro entorno también se analiza la necesidad de una tutela específica en este sector, dadas sus particularidades, habiendo sido tradicionalmente excluida de la normativa preventiva, laguna que sería preciso remediar, destacando también las “nuevas” oportunidades cuando los servicios domésticos se prestan a través de plataformas, vid. MOSTARDA, A., “Domestic worker’s occupational safety and health in Italy: From legal gaps to platform-mediated work”, *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, Fascicolo n.1/2024, pp. 1 ss.

¹⁴ *In extenso*, SANZ SÁEZ, C., “La exclusión de la Prevención de Riesgos Laborales de la relación laboral especial del trabajo doméstico: análisis crítico de las posibles razones”, *Lan Harremanak* 44, 2020, pp. 79 ss; también AYALA DEL PINO, C., “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar”, *SABERES. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales* vol 5, 2007, pp. 3 ss. La gran mayoría de la doctrina la ha entendido injustificada, por todos, PÉREZ CAMPOS, A.I., “Ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 53, 2004, p. 73.

¹⁵ Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (DOCE 183, 29 de junio). El art. 3 a) define al trabajador como cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices, con exclusión de los trabajadores al servicio del hogar familiar.

dudas la existencia de riesgos, entre los más significativos las caídas, cortes o golpes, exposición a sustancias y productos químicos, de tipo ergonómico y psicosociales¹⁶, con frecuencia minusvalorados, rasgo característico de otros sectores altamente feminizados, al decir de la propia Comisión Europea¹⁷, pero sí el alcance de las propias obligaciones y el grado de separación respecto al modelo común para dotarlo de un esquema más simplificado, capaz de garantizar la seguridad y salud, sin costes excesivos para la empleadora. Pese a que el RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar afirma atender a los factores característicos de esta relación al delimitar los términos y garantías de reconocimiento del derecho, otorgando la necesaria seguridad jurídica para su efectividad, no es patente el pleno ajuste a las necesidades concretas ni la superación de escollos y formalismos innecesarios, con cierta tendencia a olvidar la falta de entidad empresarial de la empleadora, el ámbito privado de la prestación o la pluralidad de empleadoras, sin respuesta alguna a las tradicionales dificultades de control. Algunas sombras derivan de su carácter marcadamente “estético”, con ciertas soluciones escasamente realistas, con posibles efectos indeseados, con el riesgo de desplazamiento hacia la irregularidad.

2. SUJETOS INCLUIDOS Y APLICACIÓN EXCLUSIVA

2.1. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar

Aunque se parte de las particularidades enunciadas, se echa en falta una mayor atención al propio lugar de desarrollo de la prestación, más allá de su carácter privado, limitándose a centrar la protección en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (art. 1 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar) imponiendo el recurso a la definición del art. 1 RD 1620/2011, regulador de la relación, identificada con la concertada entre la persona titular del hogar familiar y quien, por cuenta ajena y dependiente, presta servicios retribuidos en dicho ámbito. No resulta infrecuente que el contrato se suscriba por un familiar, residenciando la condición de empleadora en

¹⁶ Con mayor amplitud, por todos, AYALA DEL PINO, C. (2022), “La prevención de riesgos laborales...”, op. cit., pp. 23 ss; GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., pp. 180 ss.

¹⁷ Así en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Trabajo más seguro y saludable para todos -Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo*, Bruselas 10.1.2017, COM (2017) 12 final advierte de la existencia de “indicios de que se han infravalorado los riesgos profesionales para la salud y seguridad de las mujeres” y que el enfoque neutro -desde la perspectiva de género- ha contribuido “a que se dedique menos atención y menos recursos a prevenir los riesgos laborales específicos de las mujeres”.

quien recibe efectivamente la prestación¹⁸. Las tareas desempeñadas son cualesquiera domésticas, incluyendo las de cuidado y otros trabajos dentro del conjunto de estas (guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos), que igual hubieran merecido algunas reglas específicas en la norma preventiva. En negativo se excluyen (art. 2 RD 1690/2011) las prestadas por personas jurídicas, las concertadas a través de ETT, las de los cuidadores sean profesionales o no, o las prestadas entre familiares, salvo que se demuestre el carácter retribuido, o realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad y las relaciones a la par.

Pese a la rúbrica de la norma y este primer precepto, conviene llamar la atención sobre la referencia explícita en el preámbulo a la regulación también de las obligaciones recogidas en la LPRL para especificar el alcance de la acción preventiva e introducir aquellas precisiones necesarias en el sector de la ayuda a domicilio, en especial acerca de las visitas presenciales a los domicilios en cumplimiento de la mentada norma. Regulación que, sin alterar el ámbito de aplicación, se desplaza a la DF primera, que modifica el RD 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención -en adelante, RSP-¹⁹, aspecto que se abordará en el apartado correspondiente.

2.2. Aplicación exclusiva

Dado el objetivo del RD analizado de garantizar la protección eficaz de las personas al servicio del hogar familiar, adecuando la regulación a las especiales características de este trabajo, la norma determina su aplicación exclusiva. Confirma la línea marcada por el RDL 16/2022 apostando por una regulación reglamentaria del derecho a la salud y seguridad en este ámbito, apuntando quizás a la “segunda división” en que se juega. Este imposible recurso a la LPRL en aspectos comunes deja algunos vacíos y plantea problemas ante conceptos que se muestran complementarios en dicho texto.

A modo meramente ejemplificativo, el art. 1 del propio RD de seguridad y salud en el servicio del hogar considera aplicables las definiciones de prevención, riesgo laboral, daños derivados del trabajo y riesgo laboral grave e inminente contenidas en el art. 4 de la LPRL. Por consiguiente, no lo son las contempladas a partir de su punto 5º y, en lo que más interesa, la de “condición de trabajo” con su amplia portada y su enumeración no exhaustiva, empleada para complementar disposiciones concretas y para avanzar en la exégesis omnicomprendensiva de las obligaciones legales. La justificación de esta maniobra no aparece diáfana; si se basa en la referencia a las instalaciones, a los equipos o a determinados riesgos

¹⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MINCULEASA COPCEA, A., “El nuevo estatuto jurídico del personal al servicio del hogar”, op. cit., p. 200.

¹⁹ BOE 31 de enero.

que aquí no comparecen, podría haber apostado por una definición propia ajustada a las características del lugar de trabajo -el domicilio- y a la prestación, centrándola en sus aspectos diferenciados, incluyendo también una cláusula de cierre, en lugar de eliminarla, sin más, de la ecuación. Algo más sorprendente aún dada la alusión expresa en la DF primera para el servicio de ayuda a domicilio, como se comentará *infra*.

Las fuentes reguladoras de la propia relación laboral vienen constituidas por el propio RD 1620/2011, la voluntad de las partes, los usos y costumbres y los convenios colectivos que, en la práctica, es una llamada vacía de contenido. El posible recurso supletorio a la legislación común, por derivación del art. 3 b) RD 1620/2011, parece quedar conjurado con la declaración de exclusividad, extensible también al RSP salvo llamada expresa.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN EFICAZ EN EL ÁMBITO DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

3.1. Deber general de protección y obligaciones específicas

El art. 2 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar reconoce el derecho a una protección “eficaz” en materia de seguridad y salud en el trabajo que supone la existencia de un “correlativo” deber de la persona empleadora de protección de las personas trabajadoras frente a los riesgos laborales, en una redacción coincidente con el art. 14 LPRL que debe aplicarse en los términos previstos en la propia norma reglamentaria y no en los comunes. El parecido finaliza aquí, pues frente a las amplias referencias de aquel texto, empleadas para completar prescripciones más concretas y para una exégesis omnicomprensiva de la norma, esta funcionalidad se diluye en la norma reglamentaria. Ni rastro de las alocuciones relativas a “todos los aspectos relacionados con el trabajo”, “cuantas medidas sean necesarias”, desarrollo de una “acción permanente” y “perfeccionamiento” de los niveles de protección existentes, ni siquiera la atención a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo. Las ausencias son significativas, seguramente apuntando a que estas connotaciones de amplitud y dinamismo son inherentes a la condición de “empresario” del deudor de seguridad, justificadas por la complejidad de las actividades productivas y los lugares de trabajo, en buena parte inexistentes en el caso concreto. Desafortunada parece la desaparición en bloque de los principios de la acción preventiva enumerados en el art. 15 LPRL, de reconocido valor didáctico y con cierta utilidad a la hora de “individualizar” las medidas pertinentes.

A la formulación general se añade una enumeración de derechos (información, formación y participación, paralización de la actividad en caso de riesgo

grave e inminente y vigilancia de su estado de salud) como integrantes del derecho a la protección eficaz, en los términos reglamentarios, sin recurso al auxilio de la LPRL. Con ciertas adaptaciones se mantienen otras reglas delimitadoras del alcance de la obligación empresarial, en concreto, el carácter complementario de las obligaciones de las personas trabajadoras o de quienes asuman, en los términos reglamentarios, la realización de las actividades de prevención, sin que eximan a la empleadora del cumplimiento de su deber en esta materia; la prohibición de hacer recaer el coste de las medidas sobre las personas trabajadoras y la posibilidad de concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo doméstico. Pese a su carácter potestativo, esta mención, unida a las previsibles incertezas del empleador doméstico sobre el cumplimiento adecuado y a un probable, aunque desmesurado, recurso a una entidad especializada, puede llevar a sobredimensionar el coste de la prestación con un posible efecto “rebote” y mayor tendencia a la “fuga”²⁰, favoreciendo nuevos nichos de irregularidad.

3.2. La evaluación de riesgos laborales

Dada la aplicación exclusiva, la evaluación de riesgos se rige plenamente por el artículo 3 que suscita algunas interrogantes. Se obliga a la empleadora a realizar una evaluación inicial de los riesgos, teniendo en cuenta, con carácter general, “las características de la actividad y de las personas empleadas”, sin especificar la forma de realización, la metodología o si debe documentarse, aparentemente con plena libertad, sin ningún género de condicionante, pues se ventila con la remisión en bloque a la herramienta informática, de empleo vinculante. En cuanto a la forma, nada se exige, mientras que se impone expresamente para las medidas preventivas a adoptar si los resultados de la evaluación ponen de manifiesto la existencia de riesgos, que deben figurar por escrito con expresión de la fecha concreta de adopción. Resulta bastante positivo que no se haya extendido, sin más, la obligación de realizar un plan de prevención propiamente dicho, aún en su modalidad simplificada, pese a las consideraciones doctrinales sobre su viabilidad y facilidad de traslado a esta relación²¹. Lo más operativo sería que la propia herramienta informática tuviera opciones avanzadas para ayudar a decidir sobre la adopción de medidas y su elección, generando el correspondiente documento.

Se ha desaprovechado la ocasión para incluir una mención explícita a la evaluación de los riesgos psicosociales, más allá del tratamiento de la violencia

²⁰ No faltan análisis que sitúan los crecientes derechos laborales entre las posibles causas de descenso en la afiliación en la seguridad social, así puede verse <http://uso.es/la-afiliacion-de-trabajadoras-del-hogar-lleva-seis-anos-en-descenso>, post del 17 de abril de 2024.

²¹ Así, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 162.

y el acoso, que se analiza *infra*. La literatura científica avala la existencia de una serie de particularidades que propician la prevalencia de este tipo de riesgos, atinentes tanto al lugar de la prestación, la naturaleza de los servicios, las propias condiciones de trabajo, las altas dosis de precariedad y la especial vulnerabilidad de quienes los prestan²², acentuada en el caso de las migrantes²³, unido a sus propias dificultades para equilibrar trabajo y familia que acentúan la sobrecarga mental y la “doble” presencia²⁴. Por tanto, se hubiera agradecido una referencia explícita a la necesidad de evaluar los factores psicosociales, ergonómicos y organizativos y de accesibilidad del entorno laboral efectivo; en particular, teniendo en cuenta la distribución de la jornada, los tiempos de disponibilidad y los descansos, al estilo de la regulación contenida en el art. 16.1 de la Ley 10/2021, 9 de julio, de Trabajo a distancia (LTD)²⁵, inclusive la posible realización de trabajo nocturno²⁶.

Poca atención se presta, asimismo, tanto a la perspectiva de género como a los concretos riesgos relativos a las lesiones osteomusculares, que hubiera sido aconsejable, dada la preocupación a nivel de la Unión. La Resolución del Parlamento de 10 de marzo de 2022 sobre el Marco Estratégico de Seguridad y Salud en el Trabajo²⁷ pone de manifiesto que las mujeres trabajadoras se enfrentan a mayores retos para la salud y bienestar en el trabajo, especialmente en los sectores sanitarios y de asistencia y celebra que la Comisión esté reforzando el enfoque

²² CORREA CARRASCO, M., “Los riesgos psicosociales...”, op. cit., p. 433; CASANOVA MARTÍN, L., “Riesgos psicosociales y trabajo de cuidados”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (Dir.), *La redimensión de la salud laboral con perspectiva de género*, Atelier, Barcelona, 2024, pp. 311. Sobre la relevancia de estos riesgos y que sean adecuadamente evaluados también en este caso, por todos, QUINTERO LIMA, M.G., “La desprecariación de un colectivo discriminado...”, op. cit., p. 116.

²³ Por todos, GONZÁLEZ COBALEDA, E., “Los riesgos psicosociales de la mujer, trabajadora e inmigrante: la discriminación múltiple a considerar en el entorno laboral”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 50, 2019, pp. 1 ss (ejemplar consultado en la base de datos Aranzadi Instituciones); GÓMEZ GARCÍA, F.X., “La influencia de las variables “mujer” e “inmigrante” en el servicio doméstico”, en AA. VV, *Reflexiones sobre el empleo doméstico*. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos, Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz 2020, pp. 141 ss.

²⁴ Vid. AYALA DEL PINO, C., “La conciliación de la empleada de hogar: inexistente e invisible”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, LVI (2023), pp. 73 ss.

²⁵ BOE 10 de julio.

²⁶ Algunas de las cuestiones sobre la ordenación del tiempo de trabajo en este sector pueden verse en MARTÍN RODRÍGUEZ, O., “Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar”, en AA. VV, *Reflexiones sobre el empleo doméstico...*, op. cit., pp. 157 ss.

²⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, sobre un nuevo marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo posterior a 2020 (incluida una mejor protección de los trabajadores frente a la exposición a sustancias nocivas, el estrés laboral y las lesiones por movimientos repetitivos (2021/2165 (INI)). Comunicación sobre *Trabajo más seguro y saludable para todos...* citada.

con perspectiva de género en la seguridad y la salud laboral, aunque en realidad aparece algo descafeinado bajo la cobertura de la atención a la diversidad²⁸. Por otra parte, llama a tener en cuenta las diferencias de género en todas las medidas en materia de salud y seguridad en el trabajo, instando a garantizar que se incluyan en una futura Directiva sobre prevención y gestión de trastornos musculoesqueléticos y las enfermedades reumáticas relacionados con el trabajo, todos los riesgos relacionados con el trabajo que puedan provocar enfermedades inflamatorias reumáticas/crónicas y musculoesqueléticas, como las cargas pesadas, los movimientos repetitivos, las vibraciones o los largos períodos de tiempo de pie o sentado; recuerda que las trabajadoras tienen más probabilidades de verse afectadas por tales trastornos e insiste en la necesidad de incluir firmemente la dimensión de género en la evaluación, la prevención y el tratamiento de estas enfermedades, incluyendo opciones de horarios de trabajo flexibles.

En cuanto a la actualización de la evaluación, procede con “la periodicidad que en ella se determine” y, en todo caso, “cuando se produzcan cambios en las condiciones de trabajo o con ocasión de los daños que se hayan producido”, ligándola a una noción que, como se vio, ha quedado huérfana de definición legal. Debería aludirse también a los cambios en la persona trabajadora o la especial sensibilidad “sobrevenida” o desconocida con anterioridad que deriva de la propia obligación de atender a las características de las personas empleadas y de la tortuosa remisión al art. 25 LPRL.

Las dudas y las posibles dificultades prácticas aparentemente quedan resueltas en la DA Primera que concede un plazo de diez meses desde la publicación del RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar para elaborar y poner a disposición de todas las personas empleadoras, a través de la página web del Ministerio de Trabajo y Economía Social, una herramienta que facilite el cumplimiento de las obligaciones referidas en los artículos 3, 4 y 5, cuando las personas empleadoras asuman directamente la actividad preventiva, la deleguen (ar. 7.2) u opten por la designación de personas trabajadoras (art. 7.3).

Se opta por facilitar el cumplimiento con una herramienta ágil y fácil de utilizar, al estilo de la vigente “prevencion10”, que debería incluir todos los riesgos apuntados, dando cabida a la participación de las personas trabajadoras,

²⁸ La doctrina se muestra bastante crítica con la evolución de la integración de la perspectiva de género en las políticas y legislación sobre seguridad y salud de la UE, estimando que el propósito se ha ido desvaneciendo a raíz de la crisis de 2008 y que de un firme propósito se ha ido pasando a asumirlo de forma no prioritaria y sesgada, A. GARRIGUES GIMÉNEZ, A., “La dimensión preventiva de la COVID-19 y su impacto en la salud laboral de las mujeres. La inclusión -o no- de la perspectiva de género en las medidas de seguridad y salud en el trabajo durante la pandemia”, en J.L. MONEREO PÉREZ et altri (Dirs.), *Salud y asistencia sanitaria en España en tiempos de pandemia COVID-19*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021, pp. 589 ss.

por ejemplo, cumplimentando algún tipo de cuestionario u otro instrumento útil, en especial para los riesgos psicosociales. No obstante, resultará insuficiente cuando se den desajustes entre las capacidades exigidas, aunque su manejo sea sencillo, y las competencias digitales de las personas empleadoras, sobre todo debido a la edad o cuando por circunstancias económicas, sociales y/o culturales no dispongan de acceso a las nuevas tecnologías. Pese a su utilidad y la valoración positiva, se echa en falta un servicio de asesoramiento y asistencia para su empleo, a fin de garantizar y reforzar el cumplimiento y la eficacia de las obligaciones preventivas, que podría canalizarse a través de los centros provinciales de los órganos especializados de las CCAA, evitando el coste de la externalización preventiva. La preceptiva guía técnica, debería completarse con las instrucciones necesarias para facilitar a las empleadoras el cumplimiento de la norma y a las personas trabajadoras el conocimiento y ejercicio de sus derechos²⁹.

En definitiva las previsiones exigen perfeccionarse, en línea con la Estrategia Española de Seguridad y Salud³⁰ que en su Objetivo 04 dedicado a reforzar la protección de las personas trabajadoras en situación de mayor riesgo o vulnerabilidad, prevé “la aprobación de criterios orientativos para gestión de los riesgos en los servicios de asistencia a domicilio y personas trabajadoras del servicio del hogar, especialmente en lo relativo a los aspectos ergonómicos y psicosociales”. De forma más concreta alude al desarrollo de actuaciones en consonancia con el Convenio 189 OIT, elaboración de criterios prácticos para la gestión sobre los riesgos, teniendo en cuenta las particularidades del lugar de trabajo y las dificultades de vigilancia y control, así como la realización por parte del INSST de actuaciones de promoción de la prevención de riesgos en este ámbito, entre ellas el desarrollo de apoyo a la gestión.

Sentado lo anterior, no debe perderse de vista que el RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar familiar si bien en teoría entró en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE (DF quinta), queda diferido en su aplicación efectiva, sin que las obligaciones resulten exigibles hasta transcurridos seis meses de la puesta a disposición de la herramienta comentada, para la que se

²⁹ Más allá de las *Buenas prácticas preventivas en el servicio doméstico dirigidas a la persona titular del hogar y del servicio doméstico*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, que aunque pueda ser útil en especial por su sistematización de los riesgos más frecuentes de la actividad, resulta claramente insuficiente. Otras instituciones como OSALAN también ha facilitado instrumentos de este tipo, puede consultarse <https://www.osalan.euskadi.eus/libro/guia-basica-de-prevencion-de-riesgos-laborales-para-personas-trabajadoras-del-hogar-2019/s94-contpub/es/>.

³⁰ Resolución de 20 de abril de 2023, de la Secretaría de Estado de Empleo y Economía Social, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de ministros de 14 de marzo de 2023, por el que se aprueba la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 (BOE 28 de abril).

dispone de un plazo de diez meses, inclusive si se opta por el concierto con un servicio ajeno. Este último inciso es difícil de entender, pues del precepto legal parece extraerse que si se acude al concierto con una entidad especializada, la evaluación de riesgos la realizará ésta y debería conllevar, aunque nada especifique la norma, la pertinente visita al domicilio del técnico encargado de su realización. Sin embargo, como se verá, el análisis de las referencias al concierto y el lapso de espera deja entrever una solución diversa, bastante incierta y donde se devalúa el derecho a la protección de la seguridad y salud.

La postergación se reitera respecto a la formación y la vigilancia de la salud, en este segundo caso sin plazo concreto, con relevantes dudas sobre la puesta en marcha de las herramientas informáticas y la efectiva asunción de la vigilancia, a la vista de las previsiones de la DA séptima y su cláusula de salvaguarda del “no incremento del gasto público” que contraría la evidente necesidad de una mayor implicación de los poderes públicos en las políticas, a través del asesoramiento, la difusión u otras medidas de promoción preventiva. La laxitud demostrada en el cumplimiento, dos años en lugar de los seis meses previstos para aprobar la norma preventiva específica, que prevé un plazo de “espera” de al menos otros dieciséis para su puesta en marcha, reafirma la impresión de una remodelación más estética que una actuación decidida de garantía plena del derecho a la seguridad y salud del colectivo.

3.3. El documento de adopción de medidas preventivas

De conformidad con el art. 3.3 RD de seguridad y salud en el servicio del hogar la detección de situaciones de riesgo por parte de la evaluación impone la adopción de medidas preventivas necesarias para su eliminación, reducción y control, documentándose por escrito con la fecha concreta de adopción, con copia a la persona trabajadora, satisfaciendo así el deber de informarla. La obligación se configura de forma dinámica, debiendo modificarlas cuando se aprecie por la persona empleadora, como consecuencia de los controles periódicos o de la información que le traslade la persona trabajadora, su inadecuación a los fines de protección requeridos. El papel de esta información en ningún caso traslada la responsabilidad ni exime a la empleadora de sus obligaciones, formando parte del deber de colaboración de la trabajadora, en los términos previstos en el art. 29 LPRL por remisión en bloque del art. 3.4, que se tratarán con algo más de detalle *infra*.

Este mismo apartado considera plenamente aplicables, sin matiz alguno, los arts. 25, 26, 27, 28.1 y 2 LPRL³¹. Respecto al primero de ellos, con relevantes

³¹ Así lo había entendido también un sector de la doctrina, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 171.

dificultades de delimitación conceptual y concreción de las medidas a adoptar³², precisado de un inexistente desarrollo reglamentario (art. 6 f) LPRL), el traslado es más complejo que otros que son objeto de redefinición (así el art. 17 LPRL sobre equipos de trabajo y EPIs) aun sin grandes novedades, dificultando la visualización del criterio imperante en la selección de lo directamente aplicable y lo que exige adaptación a las particularidades de la relación. Se acerca más a un “brindis al sol”, pues la previsión legal de adopción de medidas necesarias y que “no serán empleados” en aquellos puestos de trabajo que los pongan o a terceros en situación de peligro o cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo, se ha reconducido a dos obligaciones legales de adopción progresiva, en una exégesis que se nutre de la redacción más diáfana del art. 26 LPRL (protección de la maternidad): la adaptación de las condiciones o el tiempo de trabajo y el cambio de puesto³³. Para el caso concreto, esta segunda posibilidad es casi un supuesto de laboratorio, pues lo normal será un único puesto de trabajo. Limitadamente será posible la adaptación si consiente la realización de la mayor parte de las tareas integrantes del servicio contratado, pues ir más allá supone una exigencia desproporcionada. Si lo pretendido es que se atienda a las condiciones personales, la capacidad o las situaciones biológicas de la persona trabajadora en la evaluación de riesgos y un limitado deber de “ajuste razonable”, esto es lo que debería figurar en el RD de seguridad y salud en el servicio del hogar en lugar de una ineficaz remisión en bloque al art. 25 LPRL³⁴.

Las consideraciones son en parte extensibles al art. 26 LPRL, con la gran diferencia del fin del recorrido, si el cumplimiento no es posible o razonablemente exigible, en la situación de riesgo durante el embarazo con la pertinente

³² Por todos, MORENO SOLANA, A., *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A. y LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., *Trabajadores especialmente sensibles: concepto y obligaciones empresariales en materia preventiva*, CEOE-Fundación para la PRL, Madrid, 2016, sobre el concepto pp. 53 ss; LÓPEZ AHUMADA, J.E., *Los trabajadores sensibles a los riesgos laborales. Protección jurídico-laboral*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 135. Su patente ambigüedad, lleva a algún autor a reclamar una nueva redacción al precepto, así GARCÍA GONZÁLEZ, G., “El marco jurídico de la seguridad y salud en el trabajo: lagunas, imperfecciones y propuestas de reforma (y II)”, *Trabajo y Derecho* nº 30, 2017, p. 7 (versión digital).

³³ Con mayor grado de detalle, IGARTUA MIRÓ, M.T., “El derecho de adaptación de la jornada por motivos de salud”, *Trabajo y Derecho* nº 58, 2019, LALEY 115888/2019, pp. 1 ss (versión digital).

³⁴ No obstante, alguna autora considera que debe garantizarse la protección, sin que esté justificado un trato distinto en esta relación especial, MÉNDEZ ÚBEDA, M.C., “Algunas consideraciones en materia de prevención...”, op. cit., p. 210.

prestación de la Seguridad Social. Otra muestra del carácter estético de la norma y el desiderátum de “equiparación” con la relación común, con escasa fortuna.

Similar sensación respecto al art. 27 LPRL (protección de los menores), con pocas obligaciones concretas, salvo la evaluación de riesgos antes de la incorporación y con carácter previo a cualquier modificación y obligaciones de información al trabajador y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, además de una aplicación concreta del principio de adecuación del trabajo a la persona. El art. 27.2 LPRL remite al Gobierno la regulación de las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos con riesgos específicos, dejando un amplio margen de decisión en esta materia, sin criterios indicadores de los trabajos a prohibir. Llamamiento desatendido y relegado al olvido hasta que la DF 5ª del RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo³⁵, incluyó una referencia al mismo con un plazo de tres meses desde su entrada en vigor para presentar por el Ministerio de Trabajo y Economía Social a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas un análisis de la normativa de seguridad y salud aplicable a los menores, en base a las conclusiones alcanzadas en el ámbito de la Estrategia Nacional de Seguridad y Salud, que será tenido en cuenta en la elaboración de un reglamento sobre las peculiaridades aplicables a la contratación de personas jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos, que debía aprobar el Gobierno, no producido hasta la fecha, siguiendo en vigor el Decreto de 26 de julio de 1957³⁶.

Cabría plantearse si debiera limitarse este tipo de prestación para los menores, para dar mejor satisfacción al principio anunciado en el preámbulo del propio RD estudiado con objeto de poner fin a todas las formas de discriminación contra todas las mujeres y niñas del mundo. Aunque el Convenio 189 de la OIT no avanza en esta dirección, sí impone a los Estados la adopción de medidas para asegurar que el trabajo efectuado por los trabajadores domésticos menores de 18 años pero mayores de la edad mínima para el empleo no los prive de la escolaridad obligatoria, ni comprometa sus oportunidades para acceder a la enseñanza superior o a una formación profesional, que puede ser difícil debido a las jornadas y los tiempos a disposición que suele acarrear, aunque resultan aplicables (art. 8 RD 1620/2011) los límites relativos al tiempo de trabajo previstos en el ET (jornada máxima de ocho horas, también en caso de trabajar para varios empleadores, prohibición de horas extraordinarias y de trabajo en período nocturno o el descanso semanal de dos días consecutivos). Reglas y límites de jornada que son

³⁵ BOE 31 de diciembre.

³⁶ Decreto de 26 de julio de 1957 sobre industrias y trabajos prohibidos a mujeres y mejores por peligrosos o insalubres (BOE 26 de agosto), derogado respecto a las mujeres.

bastante más permisivos para las personas mayores de edad, admitiendo hasta sesenta horas semanales, aspectos a revisar³⁷ a fin de garantizar la seguridad y salud, además de evaluar, como se ha apuntado anteriormente.

En relación con el art. 28.1 y 2 LPRL (relaciones de trabajo temporales, de duración determinada y en empresas de trabajo temporal), son lógicas las remisiones a fin de garantizar el principio de igualdad de trato, con derecho a un mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud, aunque no respecto a los demás trabajadores de la empresa donde presta servicios, sino al dimanante del propio RD de seguridad y salud en el servicio del hogar, así como el recordatorio del cabal cumplimiento de las obligaciones de información, formación y vigilancia de la salud, con el alcance derivado de la propia norma reglamentaria.

3.4. Equipos de trabajo y equipos de protección individual

Nuevos defectos de técnica legislativa se plantean aquí, pues entre los conceptos definidos en el art. 4 LPRL “extendidos” a la relación laboral del servicio del hogar no figuran ni los de equipo de trabajo ni de equipo de protección individual, que tampoco se abordan en la regulación específica, dándolos por sabidos. La persona empleadora viene obligada a proporcionar los equipos de trabajo “adecuados” al desempeño de las funciones y a la adopción de “las medidas necesarias para que la utilización pueda efectuarse de forma segura”, por tanto, de elección y, en su caso, formación de los trabajadores en su manejo. No se imponen otras cautelas respecto al cumplimiento de determinados requisitos por parte de los equipos, que igual hubieran sido convenientes o a trabajos como el mantenimiento, conservación o reparación, que en la LPRL se asignan a trabajadores específicamente capacitados (art. 17.1 b) LPRL) que quizás debiera haberse reservado a la persona empleadora, directamente o a través de un tercero especializado, a fin de evitar posibles exposiciones accidentales a riesgos perfectamente evitables. Por su parte, sorprende la ausencia de una mínima mención al uso de productos y sustancias químicas ni a la información sobre los riesgos de un uso seguro pero también inadecuado, como figura en el art. 41 LPRL (obligaciones de fabricantes, importadores y suministradores), que resulta inaplicable. En definitiva, incurre en los errores que dice conjurar de infravaloración de los riesgos, pues muchos productos de limpieza y desinfección de uso doméstico

³⁷ Téngase en cuenta, además, la reciente STJUE de 19 de diciembre de 2024 (Asunto C-531/23, Loredas) que estima que es aplicable a la relación laboral especial el registro de jornada aunque podrían preverse ajustes y particularidades, en atención a las especificidades del empleador, algo que sería conveniente acometer, en especial a la vista de la previsible reforma del registro horario hacia uno exclusivamente digital y con determinadas características, difíciles de cumplir en el caso del servicio del hogar familiar.

mezclados pueden provocar reacciones que ponen en peligro la salud, incluso intoxicaciones graves.

Respecto a los equipos de protección individual, sin definición legal expresa, se recoge el principio de utilización subsidiaria también característico de la LPRL, condicionando su empleo a que los riesgos no se puedan evitar o limitar suficientemente por medios técnicos de protección colectiva o mediante medidas, métodos o procedimientos de organización del trabajo. Equipos que han de ser adecuados, según se determine en la evaluación de riesgos, que debe concretar las tareas donde procede su empleo, precisando las características de los equipos y los riesgos que motivan su utilización.

Para concluir, se recuerda la gratuidad de la entrega, concretando nuevamente la regla contenida en el art. 14.5 LPRL sobre el coste de las medidas, que no debe recaer en modo alguno sobre los trabajadores; la obligación empresarial de reponerlos cuando resulte preciso y la adopción de las medidas necesarias para que su utilización pueda efectuarse de forma segura, velando por su efectivo uso.

3.5. Derechos de información y participación

La información se configura primeramente en su faceta de instrumento necesario para dar cumplimiento al deber de protección de la persona empleadora (art. 5 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar), asegurándose de que las personas trabajadoras tienen a su disposición “toda la información necesaria en relación con los riesgos para la seguridad y salud del trabajo que desempeñan y las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos”; información ya incluida en la regulación de la evaluación de riesgos y, más en concreto, en la relación -documentada- de las medidas a adoptar, tal como se ha visto en un epígrafe anterior.

Es verdad que el centro de trabajo -el domicilio- presenta unas peculiaridades que probablemente hacen innecesaria la referencia (contenida en el art. 18.1 a) LPRL) a los riesgos que afecten a la empresa en su conjunto y las medidas de emergencia del art. 20 LPRL -que no se aplica-³⁸, pero quizás no hubiera estado de más cierta información respecto a situaciones y medidas básicas en caso de emergencia que afecten a la seguridad del edificio de viviendas, por ejemplo, la ubicación de los extintores, el punto de reunión, las posibles salidas previstas al efecto y otras análogas que la persona trabajadora no tiene por qué conocer. De especial trascendencia para evitar retrasos o agravación de riesgos o daños ante posibles situaciones de evacuación o, lo contrario, de necesario aislamiento en el domicilio si la salida no es viable, sobre todo cuando las tareas incluyen

³⁸ Aunque la doctrina no veía ningún problema para su aplicación a los empleados de hogar, por todos, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 168.

el cuidado de personas mayores o de bebés o niños pequeños. Sin necesidad de apelar al innecesario nombramiento de la persona como responsable de las medidas, en los términos del art. 20 LPRL, sí que serían precisas ciertas cautelas y una mínima formación en este ámbito concreto, evitando agravar situaciones de peligro debido al desconocimiento sobre la forma de actuar en una emergencia.

Por su parte, se esboza también un derecho de participación de las personas trabajadoras en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y la salud en el servicio del hogar familiar, cuyo alcance y puesta en práctica son difíciles de concretar. En este punto la norma se muestra bastante realista, dadas las dificultades para la representación en el sector, aunque gocen de derechos colectivos³⁹. Pese a todo, se podría haber alentado más la participación sindical, que ya cuenta con alguna organización que agrupa a personas trabajadoras del hogar (SINTRAHOCU)⁴⁰ y también haber reconocido expresamente el derecho-deber de consulta, que no presentaría excesivas dificultades. A favor de la aplicación estaría su carácter esencial en la configuración de la participación (directa e indirecta) en el texto de la LPRL⁴¹ que debería primar sobre la ausencia de mención expresa y la aplicación exclusiva comentada. La norma opta por la participación directa⁴², con un derecho algo más específico consistente en efectuar “propuestas dirigidas a la mejora de los niveles de protección de la seguridad y la salud” (art. 5.2 RD seguridad y salud en el servicio del hogar), bastante desvaído al no especificarse nada sobre la motivación de la decisión negativa, al estilo de lo regulado en el art. 36.2.4 LPRL, que hubiera podido trasladarse sin mayores problemas, ni una posible incidencia, llegado el caso, en la cuantía de una improbable sanción administrativa, como dispone el art. 39.3 g) LISOS. Aunque puede sorprender la inexistencia de llamada a la negociación colectiva, sí presente en el RD 1620/2011, resulta lógica dadas sus graves dificultades en este ámbito,

³⁹ Puede verse SÁNZ SÁEZ, C., “Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores”, *Lan Harremanak* 2021, 45, pp. 147 ss.

⁴⁰ Sindicato de Trabajadoras del hogar y los cuidados fundado el 15 de octubre de 2020 (<https://sintrahocu.org>).

⁴¹ Antes de la norma reglamentaria, la opinión doctrinal era favorable al deber de consulta individual a los empleados, permitiendo su participación, así GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 167.

⁴² Con lógica exclusión de la vía del capítulo V, como así se ha señalado, por todos, MÉNDEZ ÚBEDA, M.C., “Algunas consideraciones en materia de prevención...”, op. cit., p. 211.

aunque resultaría deseable⁴³, unida a la pobreza de resultados innovadores de los convenios en el ámbito preventivo, con poca eficacia práctica.

3.6. La relevancia de la formación preventiva: dificultades prácticas de cumplimiento

La formación es una herramienta clave en prevención de riesgos laborales⁴⁴ llamada a contribuir a mejorar tanto la aptitud como la actitud de la persona trabajadora, modificando su comportamiento hacia los riesgos y la forma de enfrentarlos, sensibilizando y concienciando de los valores primarios a tutelar y del carácter irreparable de la pérdida de la vida, la salud o la integridad física o psíquica. Por tanto, resulta crucial el estudio del tratamiento dado por el RD de seguridad y salud en el servicio del hogar a esta temática en el art. 5.3 que, sin embargo, plantea algunas dudas sobre su suficiencia, adecuación y eficacia, confiada por entero a una plataforma formativa de previsible puesta en marcha en un plazo determinado. Repitiendo el esquema de la LPRL, no aparece ni rastro de la obligación formativa de la propia persona empleadora, para quien resulta suficiente la capacidad para manejar la herramienta de evaluación.

Tras el reconocimiento del derecho a recibir una formación en materia preventiva en el momento de la contratación, se le dota de dos notas especiales: su carácter “único”, aun cuando se presten servicios por cuenta de varias personas empleadoras y, en una adaptación de lo previsto en el art. 19 LPRL, venir “centrada” en los riesgos asociados a la realización de las tareas del hogar. Podría pensarse que, dado que el cumplimiento se canaliza a través de la plataforma y será gratuita, no precisa más aclaraciones aunque existan varios empleadores pero surge la duda de quién habría de asumir la posible responsabilidad en caso de incumplimiento o quién ha de asumir el tiempo -de trabajo- dedicado a la misma. Un error de bulto se aprecia también en el “olvido” del dinamismo que debe inspirar todas las obligaciones preventivas, sin previsión expresa sobre su

⁴³ MENÉNDEZ CALVO, R., “Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos”, en AA.VV., *Reflexiones sobre el empleo doméstico...*, op. cit., pp. 33 ss.

⁴⁴ Por todos, FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, S., “Reflexiones sobre la formación en materia preventiva: especial referencia a los nuevos riesgos laborales”; *Trabajo y Derecho* nº 96, 2022, pp. 1 ss (versión digital); ALEGRE NUENO, M., “La importancia de la formación en la prevención de riesgos laborales”, *Gestión Práctica de riesgos laborales: integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, nº 209, 2022; POQUET CATALÁ, R., “A vueltas con la formación en materia de prevención de riesgos laborales de las personas trabajadoras: aspectos críticos”, *Lan Harremanak* nº 49, 2023, pp. 67 ss.

actualización ante nuevas necesidades formativas (cambios en las condiciones de trabajo, evolución de los riesgos o aparición de otros nuevos, entre otros).

Mayores incógnitas derivan de la alusión a la concurrencia de “riesgos excepcionales” en alguno de los domicilios en los que se trabaje que activa la necesidad de impartir formación “complementaria”, a cargo de la persona empleadora. No se aclara qué debe entenderse por tales, ni quién y en qué forma debe determinarlos ni siquiera cómo se concretan tales exigencias formativas específicas. La parquedad de la norma lleva a suponer que la empleadora del domicilio donde concorra tal circunstancia habrá de especificarla en su evaluación de riesgos, aspecto que debería facilitarse con una funcionalidad específica de la herramienta informática y en el correspondiente documento de medidas preventivas, pues de otra forma resultará “indetectable” dadas las propias carencias formativas de la deudora de seguridad. Nada se especifica tampoco acerca de su contenido, ni si ha de impartirse con medios propios o ajenos o su carácter presencial o virtual, aunque queda excluida expresamente de la plataforma formativa regulada en la DA Quinta. El grado de imprecisión es mayúsculo, tratándose de una obligación cuyo cumplimiento encontrará dificultades prácticamente insalvables, con el riesgo de generar un “sobrecoste” en la prestación por parte de servicios ajenos o entidades formativas, sin que se aclare tampoco la fecha de aplicación.

Con la anterior salvedad, el cumplimiento de la obligación formativa queda diferido a la puesta en marcha de la pertinente plataforma. Aun cuando en apariencia se trata de la forma más ágil y eficiente de satisfacer las necesidades formativas, sin sobrecargar de costes a las personas empleadoras, a nadie escapan sus dificultades aplicativas, pues es difícil ignorar la realización del trabajo doméstico por mujeres predominantemente, el elevado porcentaje de migrantes⁴⁵ o su perfil escasamente cualificado, provocando dificultades de ajuste entre el contenido y el nivel de comprensión y la capacidad de las trabajadoras, pero también debidas a las propias carencias de competencias digitales mínimas necesarias para enfrentarse a la formación *on line*, mayor en el caso de trabajadoras de más edad.

En cuanto a la impartición, la experiencia acumulada en la aplicación de la LPRL y la interpretación del aserto legal por el TS, han permitido una redacción más adecuada, que no deja sombra de duda, al señalar expresamente que “se impartirá, siempre que sea posible, dentro de la jornada de trabajo o, en su defecto, fuera de ella y compensándolo con tiempo de descanso equivalente al empleado”, desapareciendo la desafortunada referencia al descuento del tiempo invertido en la misma de la correspondiente jornada laboral. Queda así explicitada

⁴⁵ In extenso, GARCÍA VALVERDE, M.D., “La trabajadora extranjera y el empleo en el hogar”, *Revista internacional de estudios migratorios* vol. 12 (2), pp. 1-30.

la compensación con días (u horas) libres, en función del tiempo empleado, tal como afirmara la STS 12 de febrero de 2008⁴⁶. No obstante, puede plantearse alguna dificultad cuando se trate de una formación única si se prestan servicios para varios empleadores. En tal caso cabría defender un reparto entre todos ellos en proporción a las horas de servicio prestadas para cada uno.

La regulación legal se complementa con las previsiones contenidas en la DA Quinta que la fija con cargo al Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), a excepción de la referida a actividades que entrañen riesgos excepcionales. La plataforma formativa será gestionada por la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo (FUNDAE). La Disposición se caracteriza por su frugalidad, con escasos requisitos que se limitan a dos: existencia de un proceso de autoevaluación y carácter certificable, conforme a la resolución que ha de dictar en el plazo de seis meses el SPE. La primera cuestión que llama la atención es que quede excluida la formación “complementaria”, bastante imprecisa, para supuestos de riesgos “excepcionales”, esto es, cuando la necesidad resulta más imperiosa, en lugar de plantear procesos formativos del mismo carácter a cargo de las propias entidades públicas. Por otra parte, aunque la formación *on line* es una vía útil para parte de las personas trabajadoras, habría que prever fórmulas alternativas, presenciales, para quienes carezcan de las cualificaciones, los medios o las competencias digitales necesarias para formarse.

Cierto recelo despierta la “autoevaluación” con los consiguientes riesgos derivados de la falta de garantía sobre la identidad de quien sigue la formación, a no ser mediante el uso de sistemas de control específicos o cámaras, con las consecuentes dificultades técnicas y conflictos con los derechos a la intimidad o a la protección de datos. Más preocupante es la “acreditación” que puede conducir a un mayor énfasis en la “certificación” que en el proceso formativo propiamente dicho y en su eficiencia, capaz de cambiar las aptitudes del trabajador y su cualificación en orden a identificar los riesgos laborales, los procedimientos de trabajo más seguros y las medidas preventivas que la empresa debe adoptar. Se delega completamente el diseño de los programas formativos y su alcance en la entidad encargada de la puesta en marcha de la plataforma, echándose en falta algunos mínimos legales sobre el contenido o la duración, debiendo prestarse especial atención a los factores psicosociales, incluyendo la prevención del acoso y la violencia, para dar satisfacción a los mandatos contenidos en el Convenio 190 OIT.

En caso de que la persona trabajadora no dispusiera de la capacidad suficiente para formarse a través de la plataforma, sería deseable otra alternativa o bien los pertinentes sistemas de apoyo, siendo llamativa la ausencia de implicación

⁴⁶ R. 6/2007. vid. SAN 27 de octubre de 2017, P. 246/2017.

de los sindicatos en este ámbito⁴⁷, que podrían impartir formación presencial, al menos en tales supuestos. La Recomendación 201 sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos (2001) en su apartado 19 insta a los Estados miembros a prestar asesoramiento en materia de seguridad y salud, inclusive sobre aspectos ergonómicos y equipos de protección, así como desarrollar programas de formación y difundir orientaciones relativas a los requisitos en materia de seguridad y salud que son específicos de trabajo doméstico. Este segundo aspecto seguramente queda satisfecho con la elaboración de la Guía específica, pero debería darse mejor cobertura al primero, extendiendo las posibilidades formativas más allá de la virtual que puede resultar insuficiente o inadecuada en determinadas circunstancias. Respecto a los medios para acceder a la plataforma han de ser puestos a disposición en todo caso por la empleadora.

3.7. Obligaciones y derechos en situaciones de riesgo grave e inminente

La norma reglamentaria, como se vio, acoge expresamente el concepto de riesgo laboral grave e inminente en los términos del art. 4 LPRL (aquel que “resulte probable que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores”). Sin descartar estas situaciones y el derecho a “interrumpir” la prestación de servicios, antes de llegar a la misma, hubiera sido razonable prever algunas obligaciones -al menos informativas- de la persona empleadora respecto a posibles situaciones de emergencia o medidas de primeros auxilios, para garantizar la capacidad de respuesta de la persona trabajadora, con frecuencia con personas bajo su cuidado, cuestión ignorada por la norma. Se repite el esquema del art. 21 LPRL, fijando un primer escalón obligatorio respecto a las personas trabajadoras que estén o “puedan estar expuestas” a situaciones de riesgo grave e inminente, consistente en informar, adoptar medidas y dar las instrucciones necesarias, lógicas en el ámbito de una organización empresarial, pero no tanto en el domicilio donde será habitual que no esté la empleadora o se trate de personas que por razones de edad o enfermedad requiere atención o cuidados, con graves dificultades de cumplimiento. La referencia a situaciones a las que las personas “puedan estar expuestas” apunta también a estados probables y no manifestados, que igual aconsejaría su ubicación sistemática en el precepto dedicado a la información (art. 5).

Sin más condicionante, se especifica que en caso de interrupción “no podrá exigirse a las personas trabajadoras que reanuden su actividad mientras persista el peligro” (art. 6.1 b) *in fine* RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar) y se añade el derecho de interrupción individual propiamente dicho, incluido

⁴⁷ La doctrina ha venido reclamando su papel en este ámbito concreto, insistiendo en la necesidad de que asuman mayor protagonismo en la defensa y representación de los intereses del colectivo, por todos, CORREA CARRASCO, M., “Los riesgos psicosociales...”, op. cit., p. 445.

el abandono del domicilio si fuera necesario, con comunicación inmediata a la persona empleadora así como la indemnidad frente a perjuicios derivados de la adopción de estas medidas, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave. Si desde el plano teórico no se suscitan dudas y podrían trasladarse los criterios exegéticos de la LPRL, la efectiva puesta en práctica planteará dificultades si hay personas “vulnerables” en el domicilio “a cargo” de la persona trabajadora. Igual se debería haber centrado la atención más en la previsión en la evaluación, información y formación específicas y otros posibles mecanismos de salvaguarda en tales casos. Por razones obvias se omite cualquier referencia a la paralización colectiva de las actividades.

3.8. Vigilancia de la salud

El art. 8 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar reconoce el derecho de la persona trabajadora a la vigilancia de su estado de salud que será responsabilidad de la persona empleadora; vigilancia que “podrá”, señala la norma, incluir la realización de un reconocimiento médico adecuado que tenga en cuenta todos los riesgos a los que la persona trabajadora pueda quedar expuesta, según se hayan identificado en la evaluación de riesgos. La redacción en términos potestativos, en lugar de emplear “deberá”, abre el portillo a otras fórmulas de vigilancia aunque no se acierte a averiguar cuáles, dada la falta de virtualidad de las técnicas colectivas. Pero también podría dar entrada a vías más simples como cuestionarios sobre el estado de salud o similares (consultas telefónicas o telemáticas) que en ningún caso deberían sustituir a los reconocimientos, al ser poco efectivas para la prevención de riesgos, en su vertiente de detección precoz de problemas de salud relacionados con el trabajo y de determinación de aptitud psico-física de adecuación a la prestación, aun cuando pudieran resultar atractivas a fin de no saturar los maltrechos servicios públicos de salud.

Son dos los requisitos que debe cumplir el reconocimiento: adecuación y voluntariedad. Respecto a la primera, se supone que debe ser ajustada a los riesgos de la prestación y las características de la persona trabajadora, pues de otra forma carecería de sentido y no pasaría de una vigilancia genérica, siendo por definición en el ámbito de la prevención de riesgos específica. Una interpretación distinta perpetuaría la infravaloración de los riesgos del trabajo doméstico y la deficitaria tutela que viene caracterizando la prestación. En relación con la voluntariedad, viene reforzada en el art. 8.3 cuando afirma que “sólo podrá llevarse a cabo cuando la persona trabajadora preste su consentimiento”. Por tanto, dada la falta de aplicación del art 22 LPRL⁴⁸ este carácter no queda excep-

⁴⁸ La doctrina sobre el precepto legal es profusa y exhaustiva, como muestra entre los trabajados más recientes, véase ARETA MARTÍNEZ, M., “Las distintas finalidades de los reconocimientos médicos practicados a los trabajadores. Un apunte desde el derecho comparado

cionado en ningún caso, sin excesiva justificación. Volviendo la mirada a aquel precepto legal, excluida la existencia de una actividad de especial peligrosidad y de alguna disposición en relación con riesgos específicos, probablemente hubiera sido pertinente mantener la salvedad, al menos, para los casos en que la realización de los reconocimientos sea imprescindible para verificar si el estado de salud del trabajador puede constituir un peligro para terceros, en concreto, para la empleadora o las personas que viven en el domicilio familiar, siempre sujeto a una interpretación restrictiva y con las máximas cautelas⁴⁹.

Al igual que respecto a la formación, se prevé la posibilidad de un reconocimiento único por cada persona trabajadora, aun cuando preste servicio por cuenta de varias empleadoras, correspondiendo a éstas acreditar que cuentan con dicho reconocimiento. La presente previsión ignora los riesgos inherentes a las concretas condiciones del domicilio en el que se preste el servicio o a las distintas tareas realizadas en cada caso y plantea la incógnita ya mencionada respecto a la formación sobre quién ha de asumir el tiempo y, en su caso, los gastos derivados de acudir al reconocimiento.

La periodicidad mínima prevista se sitúa en tres años, a no ser que por decisión facultativa se establezca una inferior o sea necesario actualizar el reconocimiento por la modificación de las condiciones de trabajo, definición no aplicable, aun cuando no existían demasiados inconvenientes para trasladar lo dispuesto en el art. 4.7º LPRL o para la inclusión de todas las características del domicilio en el concepto, tal y como explícitamente señala la DA Séptima del propio RD sobre seguridad y salud que analizamos respecto a los servicios de ayuda a domicilio. Por su parte, se echa en falta una referencia a las características personales o el estado biológico de la persona trabajadora a fin de actualizar el reconocimiento, algo bastante factible, que de todas formas deriva de la remisión a la plena aplicación del complejo art. 25 LPRL (trabajadores especialmente sensibles).

La voluntariedad se acompaña de una garantía referente a la realización “con las debidas garantías de respeto a su intimidad”. Aun cuando hubiera sido más ilustrativo trasladar las concretas cautelas del art. 22 LPRL (limitaciones de acceso a la información, comunicación de resultados, realización de las pruebas que causen menos molestias a la persona trabajadora, su proporcionalidad al

español y francés”, *Revista de Jurisprudencia Laboral* nº 5, 2020, pp. 1 ss; GARCÍA SALAS, A.I., *La vigilancia inicial de la salud laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; GÓMEZ ARBÓS, J., “Alcance y responsabilidades de la vigilancia de la salud en el ámbito de la prevención de riesgos laborales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 253, 2020; LÓPEZ FERNÁNDEZ, R., “La vigilancia de la salud y el derecho a la confidencialidad de los datos personales del trabajador”, *Lan Harremanak* nº 48, 2022, pp. 92 ss;

⁴⁹ La doctrina optaba por trasladar sin más las circunstancias del art. 22 LPRL en cuanto a las excepciones a la voluntariedad, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 170.

riesgo o el veto a su utilización con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador), pueden entenderse incluidas en la genérica formulación empleada⁵⁰.

La DA Sexta añade la promoción por parte del Ministerio de Sanidad de la inclusión de la realización gratuita de los reconocimientos médicos previstos en el art. 8 en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud (SNS), en los términos del artículo 8 del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del SNS y el procedimiento para su actualización. Por tanto, de nuevo la efectividad de esta medida queda diferida, en este caso “*sine die*”, pues no va a resultar exigible en tanto no se desarrollen tales previsiones normativas. Esta asignación a la sanidad pública debería, por sí misma, permitir un control adecuado del cumplimiento por parte de la empleadora de la obligación así como de la debida protección de los derechos a la intimidad y a la protección de datos, a fin de prevenir discriminaciones, exigencia de pruebas innecesarias o de detección de VIH, embarazo o revelar su estado, como contempla la Recomendación 201 OIT.

Dudas suscita la efectiva contribución a visibilizar las enfermedades profesionales del colectivo que dependerá de su concreta puesta en marcha y los protocolos sanitarios elaborados. No cabe ignorar que aún no se ha operado la integración de la perspectiva de género⁵¹ en el cuadro de enfermedades profesionales, como se anunciaba el RDL 16/2022 (DA Cuarta), sin que le preste mayor atención en el RD objeto de este comentario. Aquí cabe destacar la labor encomiable del TS en el enjuiciamiento con perspectiva de género en relación con dolencias concretas muy ligadas a las tareas domésticas, aun no incluidas en la lista de enfermedades profesionales, como el síndrome del túnel carpiano o la rotura del manguito rotador, reconocidas a las limpiadoras, que no deben

⁵⁰ El TS ha extendido algunas de ellas, en especial respecto al tratamiento de la información, a los reconocimientos médicos derivados de la facultad de control empresarial reconocida en el art. 20.4 ET, así en STS 5 de junio de 2021 (R. 57/2020).

⁵¹ Aunque la apuesta del ejecutivo por este enfoque es evidente, y se aprecian ciertos avances en su tratamiento en la Estrategia española, faltan actuaciones decididas y es preciso acometer ya las reformas en la LPRL y su normativa de desarrollo para conseguir que se traslade a las políticas preventivas de las empresas. Puede verse PÉREZ CAMPOS, A.I., “La perspectiva de género en la Estrategia de seguridad y salud en el trabajo. Un avance necesario”, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (Dir.), *La Prevención de Riesgos Laborales a propósito de la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral 2023-2027*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 137 ss; ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 desde la perspectiva de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* n° 480, 2024, pp. 61 ss. En doctrina el planteamiento es fuertemente defendido, por todas, RICO CASAL, M., “La urgente necesidad de una Ley de Prevención de Riesgos Laborales con perspectiva de género”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (Dir.), *La redimensión de la salud laboral...*, op. cit., pp. 105 ss; CASTRO TRANCÓN, N., “Intervención normativa ante los riesgos psicosociales laborales con perspectiva de género”, *Lan Harremanak*, 2020, 44, pp. 278 ss.

infravalorarse⁵². Pese a todo, persisten brechas de género, con enfermedades con clara preeminencia femenina, altamente incapacitantes y que en este sector concreto quedan bastante desprotegidas, por las propias dificultades para las ausencias por enfermedad, situaciones escasamente comprendidas socialmente⁵³.

3.9. Obligaciones de la persona trabajadora al servicio del hogar familiar

Mientras en otras materias el RD que tratamos ha adaptado la regulación legal, aquí se remite a la aplicación íntegra del art. 29 LPRL, sin mayores precisiones. (art. 3.4 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar) que gira sobre el establecimiento de una obligación general (aptdo 1) y una enumeración ejemplificativa (aptdo 2). La primera consiste en “velar por su propia seguridad y la de terceros que puedan verse afectados por su actividad”. Habida cuenta de la posible relevancia de las tareas de “cuidado” integrantes del servicio prestado, hubiera sido conveniente reformular el deber y concretarlo en relación con estas personas atendidas por la persona trabajadora, aunque la fórmula de la LPRL es deliberadamente abierta, con un alcance difícil de concretar. Ahora bien, se puede reconducir a la diligencia en el desempeño de las tareas y viene condicionada por sus “posibilidades”, la formación e instrucciones del empresario, articulándose mediante el cumplimiento de las medidas de prevención adoptadas en cada caso -por la empleadora-. En definitiva, se trata de un trasunto del deber de obediencia del ET en relación con los mecanismos de seguridad dispuestos por el empresario. En definitiva es la persona empleadora quien pone en marcha el entramado preventivo, diseñando el papel concreto a desempeñar por la persona trabajadora.

Las obligaciones específicas giran en torno al uso adecuado y correcto de los equipos, las protecciones técnicas y los EPIS, el deber de informar al superior jerárquico, cuya redacción se ajusta mal a las peculiaridades de la relación aquí tratada; deberes de cooperación y colaboración con el empresario y contribuir al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la autoridad competente. Probablemente, y dadas las particularidades en materia de participación, debiera

⁵² *In extenso*, IGARTUA MIRÓ, M.T., “El enfoque de género y la enfermedad profesional: reflexiones desde el ordenamiento español”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 11, nº 2, 2023, pp. 19 ss. También MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., “Enfermedades profesionales y salud de las mujeres en el trabajo”, en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. (Dir.), *La redimensión de la salud laboral...*, op. cit., pp. 137 ss.

⁵³ La situación se ha resaltado por la doctrina respecto a las incapacidades debidas a algunas de estas dolencias, así MOLINA NAVARRETE, C., “La diferencia (invisible) que duele: sobrerrepresentación femenina en las fibromialgias y migrañas, subestimación judicial de su incapacitación laboral. A propósito de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia 3751/2021, de 8 de octubre y de Castilla-La Mancha 1512/2021, de 8 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* nº 466, 2022, pp. 433 ss. Vid. también el estudio de RAMOS QUINTANA, M., “La salud de las mujeres en las relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 100, pp. 115 ss.

haberse incidido específicamente en estos deberes, dotándolos de un contenido más concreto, más aún ante la necesidad de suplir el papel del convenio, aunque sus resultados en esta parcela tampoco son muy satisfactorios⁵⁴.

4. LA ORGANIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD PREVENTIVA

4.1. Algunas dudas sobre la necesidad de organizar la actividad preventiva y su configuración

El modelo asumido suscita una primera duda que atañe a su propia necesidad, esto es, a la obligación en el caso concreto de “organizar” la actividad preventiva, teniendo en cuenta que igual bastaba con la exigencia de la capacidad suficiente para utilizar la herramienta informática que debiera generar la planificación de las medidas, completado con la obligación de recibir cierta formación preventiva y articulando un adecuado servicio de asesoría gratuito, a cargo de la Administración, con colaboración sindical. La carga inherente a la organización preventiva, por mínima que sea, o la externalización, con el consiguiente desembolso económico, aconsejaría una revisión y la sustitución por un sistema menos protocolizado y más eficaz y eficiente.

Sentado lo anterior, el art. 7.1 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar omite la referencia al servicio de prevención propio, a todas luces desproporcionado, limitando a tres las modalidades organizativas: asunción personal, designación de trabajadores o recurso a un servicio ajeno. Aunque ésta pueda parecer más simple y cómoda⁵⁵, especialmente en el supuesto nada infrecuente de que la empleadora no reúna la cualificación necesaria para desarrollar la tarea, plantea objeciones debido a su coste económico.

4.2. La asunción personal y la designación de trabajadores

Respecto a la asunción personal, el requisito de la capacitación se deprecia bastante en el propio art. 7.2 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar desde el momento en que se equipara la correspondiente a las funciones a desarrollar conforme al capítulo VI del RSP y la capacidad suficiente para utilizar

⁵⁴ Con detalle, IGARTUA MIRÓ, M.T., “Las obligaciones en materia de riesgos laborales y el deber preventivo de la persona trabajadora”, en MIÑARRO YANINI, M. y MOLINA NAVARRETE, C., *La negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo*, Informes y Estudios Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2024, pp. 167 ss.

⁵⁵ Un sector de la doctrina venía defendiendo el servicio de prevención ajeno como la más adecuada por razones de comodidad, simplicidad y coste, con muchas limitaciones para la asunción personal y la designación de trabajadores, aunque sin ignorar su posible efecto incentivador de la informalidad en el trabajo doméstico, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 159. En la misma dirección, MÉNDEZ ÚBEDA, M.C., “Algunas consideraciones en materia de prevención...”, op. cit., p. 211.

correctamente la herramienta informática prevista en la DA Primera. Además, contempla un subtipo por “delegación”, desconocido en la regulación común, para la persona empleadora que “por sus características personales o estado biológico conocido, incluida aquella que tenga reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial”, en un enunciado calcado del art. 25 LPRL, no pueda asumir directamente las obligaciones, permitiendo que las “delegue” en una persona de su entorno personal o familiar directo que bien podría ser quien ha firmado el contrato con la persona trabajadora.

Se emplea una redacción deliberadamente amplia, de forma que frente a la mención del grado de parentesco o el requisito de convivencia, se extiende al entorno -familiar o personal- directo, de difícil concreción, dando entrada a relaciones más o menos informales, como los vecinos. Se imponen una serie de requisitos a la delegación: capacidad suficiente conforme a los requisitos anteriores; justificación y aceptación expresa, que deben constar por escrito, ausencia de contraprestación económica e información a las personas trabajadoras.

La designación de personas trabajadoras, llamada a ocupar un papel poco relevante, exige también capacidad necesaria, es de suponer que en los términos analizados, disponer del tiempo y los medios precisos y ser suficientes en número, teniendo en cuenta las características del domicilio así como los riesgos a que están expuestas las personas trabajadoras y su distribución. Si tales previsiones pueden resultar algo excesivas, la necesidad de que colaboren entre sí y, en su caso, con los servicios de prevención apunta a una “realidad paralela” ajena a las características de los servicios prestados.

Se añade la obligación empresarial de facilitar a las personas trabajadoras designadas el acceso a la información y documentación resultante de las obligaciones establecidas en los arts. 3 a 6, esto es, evaluación de riesgos, equipos de trabajo y equipos de protección individual, información, participación y formación y riesgo grave e inminente. Aun cuando la redacción es coherente con las previsiones sobre la herramienta informática ya analizadas, de uso tanto en la asunción personal como en la designación, hace tambalear la necesidad de la designación y cuál es su cometido exacto. Vista así la cuestión, si la persona empleadora ya ha cumplido, se aproximaría más a una “auditoría” que a una verdadera organización preventiva.

Como se sabe, cualquier fórmula organizativa, por equiparación con el servicio de prevención, asume un papel de asesoramiento y apoyo en el cumplimiento de las distintas obligaciones legales, en especial, evaluación de riesgos, planificación preventiva, información y formación o vigilancia de la salud (art. 31.3 LPRL) resultando bastante superfluo si ya se han realizado, con un previsible aumento de costes y cargas de las tareas preventivas. Esta desafortunada

redacción puede responder a una concepción errónea pero también a un intento de suplir la falta de participación o la ausencia de controles, con la designación de un tercero que asume una suerte de supervisión del cumplimiento, que recuerda al apdo 4 del art. 22 bis RSP (recurso preventivo) cuando indica que la presencia es una medida preventiva “complementaria” que tiene como finalidad “vigilar el cumplimiento de las actividades preventivas” que no se corresponde con el papel otorgado a la designación. De acuerdo con el art. 19 RSP las funciones son de asesoramiento y apoyo, inclusive de realización directa (evaluación de riesgo), dado que se nombran “para ocuparse de la actividad preventiva en la empresa” (art. 12 RSP), papel del que parece alejarlos el RD objeto de análisis.

En un traslado mimético de las previsiones de la LPRL se establece una garantía frente a perjuicios derivados de su actuación y se le otorgan las previstas en los artículos 68 a), b) y c) y 56.4 ET, reincidiendo en la simplista equiparación entre designación y representación⁵⁶, con mayor desajuste incluso en este caso concreto.

En primer lugar se traslada la apertura de expediente contradictorio (art. 68 a) ET) con la notoria dificultad de desentrañar con quién debe realizarse la audiencia si con la “inexistente” representación unitaria como manda el precepto estatutario o con el resto de los trabajadores designados, supuesto también harto improbable, con poca operatividad práctica, aunque deberá respetarse el derecho a ser oída de la propia persona designada. Más inusual se muestra la prioridad de permanencia en la empresa (art. 68 b) ET), extensible a los supuestos previstos en los arts. 40.5, 51.7 y 52 c) ET⁵⁷, al ser lo más habitual que exista una sola persona al servicio del hogar familiar. La aplicación de la garantía prevista en la letra c) del art. 68 ET relativa a “no ser sancionado ni despedido por la acción del trabajador en el ejercicio de su representación”, plantea idénticas dificultades que la previsión de la LPRL, pues frente a la relativa simplicidad de demarcación entre la actividad objeto de la prestación laboral y las funciones representativas, aquí las dificultades son mayores, requiriendo una exégesis adaptada, quedando prohibido no el despido por el incumplimiento o negligente desarrollo de las tareas asumidas sino por su mero desempeño. *En último lugar, la opción entre*

⁵⁶ Opción cuestionada en sede doctrinal no por la necesidad de las garantías sino por su falta de especificidad. Por todos, MORENO MÁRQUEZ, A., “Servicios de Prevención”, en SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Prevención...*, op. cit., p. 543. *In extenso*, LARRAZABAL ASTIGARRAGA y URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M., “Garantías de los trabajadores designados para las labores preventivas”, *Lan Harremanak* nº 30, 2014, pp. 120 ss.

⁵⁷ STS 29 de abril de 2016 (R. 1337/2014), STSJ Madrid 31 de marzo de 2016 (R. 226/2016), cuyo incumplimiento acarrea la improcedencia (SSTSJ Andalucía -Málaga- 31 de octubre de 2012 (R. 1257/2012), y Madrid 25 de abril de 2014 (R. 123/2014).

readmisión⁵⁸ e indemnización en los supuestos de despido improcedente (art. 56.4 ET) entrará en juego cuando el juez no considere acreditada la causa disciplinaria ajena al ejercicio de sus funciones. Hubieran sido más adecuadas unas garantías específicas ajustadas al supuesto concreto e, inclusive, prescindir de la obligación misma de organización preventiva. Igual de excesiva parece la obligación de sigilo profesional sobre las informaciones relativas al hogar familiar a las que tuvieran acceso como consecuencia del desempeño de sus funciones, que no parecen responder a la idea de información de carácter reservado subyacente en el Estatuto.

4.3. La externalización del servicio

Al margen de las dudas manifestadas sobre la necesidad de externalización, cabe hacer alguna objeción a la regulación contenida en el apartado 4 del art. 7 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar acerca del servicio de prevención ajeno, con remisión plena a los requisitos establecidos en la LPRL y su normativa de desarrollo (RSP y disposiciones complementarias), de forma que la empleadora podría optar por una entidad debidamente acreditada de su elección, algo que seguramente procedería de no disponer de la capacidad necesaria o no contar con alguien para la delegación. No obstante, se le exige facilitar la información y documentación resultante del cumplimiento de las principales obligaciones preventivas de los arts. 3 a 6 en los términos analizados, poniendo en entredicho la verdadera funcionalidad del servicio. Regla que tampoco se corresponde con lo prescrito en la DA 1ª reguladora de la herramienta informática de evaluación que prevé su utilización en los supuestos de asunción personal y de designación exclusivamente. Su uso por la propia empleadora en caso de externalización no tiene demasiado sentido, en tanto sería más lógico que la entidad especializada se encargara directamente de la evaluación y la planificación preventivas, que probablemente exceden de la capacidad de la persona empleadora, con su propia metodología e instrumentos, incluyendo visitas al domicilio, como se prevé para los servicios de ayuda (DF 1ª), que igual es lo que se ha buscado sortear, sentando una diferenciación con escasa justificación.

Una vez que se articula un sistema donde las obligaciones de garantía descansan en una herramienta de fácil manejo, lo más adecuado hubiera sido diseñar instrumentos complementarios de asesoramiento y apoyo público y gratuito, como he apuntado y, en su caso, determinados supuestos de auditoría, a

⁵⁸ Con las notorias dificultades manifestadas por doctrina y jurisprudencia, en atención sobre todo a la especial confianza sobre la que se basa la relación, aunque se ha admitido en situaciones de embarazo, con más detalle, GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 43 ss; GALLEGU MOYA, F., *La extinción del contrato de trabajo doméstico*, BOE, Madrid, 2023, en especial, pp. 109 ss.

cargo también de entidades especializadas públicas, evitando cargas excesivas e injustificadas a los empleadores domésticos.

5. PREVENCIÓN DE LA VIOLENCIA Y EL ACOSO EN EL EMPLEO DOMÉSTICO

Tanto el art. 5 del Convenio 189 OIT como específicamente el Convenio 190 OIT sobre la violencia y el acoso ratificado por España⁵⁹, tratan de garantizar la prevención⁶⁰ frente a la violencia y el acoso en el servicio doméstico⁶¹. Pese a la trascendencia de esta cuestión, no se regula en el articulado del RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar, aséptico respecto a los riesgos psicosociales, sino que queda relegada a la DA Segunda, con una declaración de corte general relativa al derecho a la protección frente a la violencia y el acoso, incluida la violencia, el acoso sexual y el acoso por razón de origen racial o étnico, nacionalidad, sexo, identidad u orientación sexual o expresión de género y unas mínimas medidas preventivas, de desigual relevancia.

Las previsiones probablemente son insuficientes para dar cumplimiento al art. 9 del Convenio 190 OIT que impone a los Miembros la adopción de “una legislación de prevención que concretamente tenga en cuenta la violencia y el acoso, así como los riesgos psicosociales asociados, en la gestión de la seguridad y salud en el trabajo”, consciente además de la desproporcionada afectación de las mujeres frente a los hombres. Elemento esencial es la identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos de violencia y acoso, con participación de los trabajadores y sus representantes y la adopción de medidas para prevenirlos y controlarlos. La Recomendación 206 incluye el trabajo doméstico entre los

⁵⁹ En general, sobre la adhesión al Convenio 190 OIT y sus implicaciones, vid. MORENO MÁRQUEZ, A., “El convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo y sus implicaciones en el ordenamiento laboral español”, *Temas Laborales* n° 166/2023, pp. 93 ss; SIRVENT HERNÁNDEZ, N., “El derecho a un entorno de trabajo libre de violencia y acoso. Nuevos desafíos a la luz del Convenio 190 OIT”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n° 269, 2023, pp. 1 ss (versión digital consultada en la base de datos Aranzadi Instituciones).

⁶⁰ El enfoque es claramente preventivo en el Convenio, por todos, SERRANO ARGÜELLO, N., “La adhesión de España al Convenio de la OIT núm. 190, sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo”, en FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. (Dir.), *La Prevención de Riesgos Laborales a propósito de la Estrategia de Seguridad y Salud Laboral 2023-2027*, Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193 ss; IGARTUA MIRO, M.T., “Medidas preventivas frente a la violencia y el acoso: Convenio 190 OIT, regulación interna y aplicación práctica”, en ALTÉS TÁRREGA, J.A. y YAGÜE BLANCO, S., *Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 363 ss.

⁶¹ Sobre el particular, OLARTE ENCABO, S., “Los principios fundamentales del Convenio 190 OIT: Un análisis desde la perspectiva de género. La novedosa inclusión del trabajo de servicio doméstico”, en QUINTERO LIMA, M.G. y CORREA CARRASCO, M., *Violencia y acoso en el trabajo. Significado y alcance del Convenio n° 190 OIT en el marco del trabajo decente (ODS 3,5,8 de la Agenda 2030)*, Dykinson, Madrid, 2021, pp. 61 ss.

grupos más expuestos o vulnerables a la violencia y el acoso (párrafo 9), aún más en el caso de las migrantes (párrafo 10).

La medida “estrella” de la mentada DA consiste en un mandato al INSSST de elaborar un protocolo de actuación frente a las situaciones de acoso que debe publicarse, estar a disposición de las empleadoras y trabajadoras en las sedes de las inspecciones provinciales de trabajo y formar parte de la información debida por el empresario conforme al art. 5 RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar. Se echan en falta las obligaciones formativas para ambas partes de la relación (art. 9 del Convenio 190) y el enfoque integrado dentro de la gestión preventiva característico del instrumento internacional. Es de suponer que el protocolo⁶² tendrá en cuenta tales principios, incluyendo estrictas medidas preventivas, más allá de la protección y el sistema de quejas y denuncias sencillo, ágil y que proteja al denunciante, normalmente la persona afectada⁶³.

Se prevé, asimismo, el abandono del domicilio ante una situación de violencia o acoso sufrida, que no podrá considerarse dimisión ni ser causa de despido, aunque sí justificativa de la solicitud de extinción del contrato de conformidad con el art. 50 ET o la adopción de medidas cautelares. Otra muestra de la falta de sistemática de la norma es la inclusión de esta remisión en relación con el acoso, mientras no se contempla en general, a tenor de lo previsto en el RD 1620/2011. Como es sabido, la doctrina⁶⁴ concluye la imposibilidad de recurrir a esta medida en tanto el art. 7.2 RD 1620/2011 solamente lo contempla como causa de dimisión en supuestos de deficiencias graves, aunque aboga por la necesidad de esta vía dada la relevancia del bien jurídico tutelado. Su origen se sitúa en la perpetuación de una incorrección técnica proveniente de la norma anterior (art. 13 RD 1424/1985), pues tales incumplimientos fundamentarían la extinción causal del contrato⁶⁵. Pese a este defecto regulatorio, este reconocimiento refuerza la exégesis favorable a su ejercicio también respecto a otras transgresiones graves del derecho a la salud y seguridad en el trabajo.

⁶² Sobre los protocolos en general, LÓPEZ RUBIA, E., “Los protocolos de acoso sexual y acoso por razón de sexo tras las novedades normativas de 2022”, en ALTÉS TÁRREGA, J.A. y YAGÜE BLANCO, S., *Convenio 190 de la OIT...*, op. cit., pp. 473 ss.

⁶³ Con más detalle sobre las violencias sexuales, a las que también son extremadamente vulnerables estas trabajadoras, vid. MINCULEASA COPCEA, A., “Impacto de la normativa de la OIT en la protección de las empleadas de hogar frente a las violencias sexuales”, en ALTÉS TÁRREGA, J.A. y YAGÜE BLANCO, S., *Convenio 190 de la OIT...*, op. cit., pp. 315 ss.

⁶⁴ Entre otros, FERNÁNDEZ ARTIACH, P. y GARCÍA TESTAL, E., “La prevención de riesgos en el trabajo doméstico...”, op. cit., p. 634. También, SANZ SÁEZ, C., “La exclusión de la Prevención de Riesgos Laborales...”, op. cit., p. 91.

⁶⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 134.

6. MODIFICACIÓN RESPECTO AL TRABAJO DE AYUDA A DOMICILIO

El preámbulo del RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar familiar sostiene que las especiales características de esta actividad, que implica su desarrollo en domicilios privados, requiere una especificación del alcance de la acción preventiva y, en particular, del modo en que ésta debe recoger todas las condiciones de trabajo de los servicios de ayuda a domicilio. Pese a que la aplicación de la LPRL no suscita dudas, en la práctica las empresas no evalúan los riesgos en los domicilios particulares donde los trabajadores han de acudir por razón de su trabajo⁶⁶. Una más de las múltiples dificultades aplicativas de la LPRL, con una exégesis desviada de su art. 16, que exige soluciones adecuadas y no una reforma desubicada, pudiendo además pasar inadvertida dada la rúbrica de la disposición y la delimitación de su ámbito de aplicación en el art. 1 analizada. Estas fugas al cumplimiento aconsejarían modernizar la LPRL, con mayor concreción y unas exigencias mínimas más estrictas de la evaluación de riesgos laborales, situando en el centro la tutela de la persona trabajadora, con independencia del lugar de trabajo concreto, asumiendo la necesidad de individualizar tutelas capaces de “seguir” a los trabajadores, evolucionando de la seguridad en los lugares de trabajo a la seguridad de los “trabajadores”⁶⁷.

Además, continúa el preámbulo afirmando que “el hecho de que los diferentes domicilios donde se prestan los servicios constituyan una esfera aparentemente alejada del control empresarial requiere un desarrollo normativo para determinar el alcance de las obligaciones preventivas”. El centro de atención lo sitúa en las visitas presenciales de los encargados de la realización a tales domicilios, en cumplimiento de la DM y la LPRL, al ser “inherentes” a las evaluaciones, separándose del régimen previsto para el teletrabajo en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de Trabajo a Distancia (LTD)⁶⁸ donde quedan relegadas a un segundo plano, con una doctrina sumamente laxa de la Audiencia Nacional sobre el carácter

⁶⁶ SANZ SÁEZ, C., “La exclusión de la Prevención de Riesgos Laborales...”, op. cit., pp. 85-6

⁶⁷ Buscando soluciones específicas, más allá de una extensión indiscriminada, para las formas “no estándar” de trabajo, que lleven a equiparar los niveles de protección, PASCUCI, L., “Dieci anni di applicazione del d.lgs. n.81/2008”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* 2018-1, pp. 5 y 7; DELOGU, A., “Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell’industria 4.0”, *Diritto della Sicurezza sul Lavoro* 2018-2, p. 70.

⁶⁸ BOE 10 de julio.

prescindible de las visitas y las evaluaciones centradas en “autoevaluaciones”⁶⁹, siendo bastante más acertado el presente planteamiento.

Llamativa es la técnica normativa utilizada, modificando el RSP (nueva DA Decimotercera creada por DF Primera RD sobre seguridad y salud en el hogar) con obligaciones de las empresas con personal dedicado a la actividad de ayuda a domicilio, especificando el ámbito de aplicación, las peculiaridades y contenido de la evaluación de riesgos, así como el consentimiento de la persona titular del domicilio para la adopción de determinadas medidas preventivas. Pese a que el RD que estudiamos se extiende solo a la relación de servicio del hogar familiar, se incluyen obligaciones o especificidades “preventivas” para prestaciones en el marco de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de dependencia y respecto a los servicios desarrollados en el domicilio en el contexto de actuaciones relativas al respiro familiar, la intervención y el apoyo familiar, la intervención y protección de los menores o la prevención o inclusión social, definidas en la normativa de aplicación.

Aun cuando se afirma modificar el RSP, la mayor parte de “matizaciones” y “precisiones” afectan a la LPRL, brindando una determinada interpretación *ad hoc*. Las especialidades vienen referidas a la evaluación de riesgos y podrían inferirse de una interpretación teleológica de las obligaciones legales. Comienza señalando que “en aplicación del art. 16 LPRL” las empresas que empleen a personal dedicado a la actividad de ayuda a domicilio deben efectuar una evaluación “completa” de los riesgos laborales que afectan a las personas trabajadoras en el desarrollo de sus tareas, sin aportar gran cosa al precepto legal. Además, de conformidad con el art. 4. 7º LPRL -que no resulta aplicable al servicio del hogar familiar, como se ha visto- se entenderá que “las características del domicilio de la persona dependiente”, en su dimensión de medio físico de desarrollo de las tareas de la persona trabajadora, se incorporan como “condiciones de trabajo” desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales. Asimismo, el deber de protección a que se refiere el art. 14 LPRL “sólo podrá entenderse cumplido cuando los riesgos a los que está expuesta la persona trabajadora sean conocidos y evaluados a través de visita presencial acreditada y efectuada a todos los domicilios en los que aquella deba prestar servicios”. La lógica existencia de las visitas, con un rol fundamental en la eficacia preventiva, no se acompaña de un tratamiento del

⁶⁹ SAN 22 de marzo de 2022 (R. 33/2022). Con más detalle sobre la evaluación y las visitas en el teletrabajo, IGARTUA MIRÓ, M.T., “Garantía de la seguridad y salud en el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia: mucho ruido y pocas nueces”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF nº 458, 2021, en especial pp. 71 ss.

consentimiento de la persona titular (o titulares) del domicilio, que parece darse por supuesto, ni una mención a su posible negativa.

Además, se añaden algunas reglas relativas a la planificación, correspondiendo a la empresa la obligación de adoptar las medidas necesarias, sean de tipo técnico u organizativo, incluyendo la utilización de medios mecánicos para la manipulación de cargas, mayor dotación de personal para desarrollar las tareas, prolongación de los descansos entre servicios en los domicilios o el uso de EPIs, que deben consultarse con las delegadas o delegados de prevención. Es en sede de posibles modificaciones a introducir en el domicilio (DA Decimotercera 3.3 b RSP) donde se alude por vez primera al consentimiento de las personas titulares del domicilio, con anterioridad a su adopción, cuando se requieran para garantizar la protección más adecuada. Nada se dice sobre una posible negativa de la persona titular del hogar familiar que, de darse, debe impedir la prestación del servicio al no quedar garantizada la seguridad y salud de las personas trabajadoras. No cabe descartar problemas ante costes de adaptación desmesurados, en especial en viviendas antiguas o en condiciones precarias, aspecto que debería recibir mayor atención en otra sede, con previsiones de ayudas o subvenciones en tales supuestos. La solicitud de consentimiento debe informarse a la representación unitaria y a los delegados y delegadas de prevención o al Comité de Seguridad y Salud, así como, en su caso, a la entidad pública que hubiese concedido la prestación del servicio.

Nueva muestra del dinamismo de las obligaciones preventivas comparece en la propia letra c) de a DA comentada que establece un control periódico para comprobar la efectividad, especialmente en relación con los riesgos dorsolumbares y ergonómicos. Deben establecerse mecanismos adecuados que garanticen la comunicación efectiva entre la persona trabajadora y la empresa en caso de que varíen las condiciones de trabajo evaluadas, sin perjuicio de la necesidad de volver a efectuar la evaluación de riesgos o de revisarla en los términos descritos en este Reglamento, con participación de la representación específica e información de los resultados a la persona trabajadora. En puridad, es exclusivamente en este aserto donde se aborda una cuestión prevista en el RSP, que no parece justificación suficiente para la desafortunada ubicación sistemática de las previsiones normativas.

En definitiva, otro nuevo parche o remedo que viene a “suplir” la necesaria revisión y modernización de la LPRL, con aplicación a “nuevos” contextos laborales, dotándola de conceptos “renovados” y una regulación más completa de la evaluación de riesgos, con su contenido y metodología y la consiguiente planificación preventiva también ante lugares de trabajo variables, alejados de la noción tradicional de centro de trabajo ligada a actividades empresariales y/o

industriales, de difícil control. Exégesis que puede extraerse, no sin dificultades, de la actual regulación y su amplia concepción de la obligación general de seguridad y una interpretación más exigente de los deberes de colaboración de otros sujetos, sean los trabajadores o los receptores del servicio.

7. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LAS RESPONSABILIDADES POR INCUMPLIMIENTOS DE LAS OBLIGACIONES PREVENTIVAS

A modo de cierre, procede una breve reflexión sobre las responsabilidades por incumplimiento, aunque el RD sobre seguridad y salud en el servicio del hogar solamente aborda la cuestión del recargo de prestaciones, despejando cualquier resquicio de duda sobre su no aplicación (DA 4ª y DF 2ª que modifica el apartado 2 del art. 3 del RD 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la DA quincuagésima tercera de la LGSS, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar). Conclusión también alcanzada anteriormente⁷⁰ no exenta de críticas por estar justificada en razones de oportunidad y su posible desajuste con las conclusiones de la STJUE 24 de febrero de 2022⁷¹. En puridad, resultaba coherente con la falta de aplicación de la LPRL y la inexistencia de un régimen de derechos y obligaciones para el empleador doméstico, más allá del difuso deber de cuidado. Ahora bien, pese a la mayor definición del cuadro obligatorio, probablemente es acertado no imponer este gravamen tan costoso en este tipo de prestación por el carácter no “empresarial” de la “empleadora”, dada la prohibición de aseguramiento, pese a que la inexistencia de respuestas represivas-sancionadoras y su efecto desincentivador de incumplimientos puede llevar a dejaciones de tutela.

La posible responsabilidad administrativa derivada de la actuación de la Inspección de Trabajo aunque teóricamente posible, plantea relevantes dudas ante la inexistencia de cambio alguno, con plena vigencia del art. 13 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (LOITSS)⁷² sobre la solicitud de oportuna resolución judicial cuando el centro sometido a inspección coincida con el domicilio, al que debe estarse por atribución expresa de las facultades de control del cumplimiento de la legislación laboral a la Inspección por el RD 1620/2011 (art. 12). Pese a todo, el cumplimiento de algunas obligaciones, al descansar de forma relevante en la gestión

⁷⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y MINCULEASA COPCEA, A., “El nuevo estatuto jurídico del personal al servicio del hogar”, op. cit., p. 217. ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Nuevo rumbo en las relaciones...”, op. cit., p. 54.

⁷¹ GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 175.

⁷² BOE 22 de julio.

de una aplicación informática, plasmarse documentalmente o venir canalizada a través de los servicios de empleo -la formativa- o de los servicios públicos de salud -la vigilancia- permite vías de comprobación que no precisan del acceso al domicilio; algo indispensable para controlar la “adecuación” de las medidas concretas o la realidad de la información manejada para realizar la pertinente evaluación que no podrán controlarse. No cabe descartar actuaciones inspectoras respecto a las entidades acreditadas respecto a los servicios prestados para las empleadoras domésticas.

En línea con lo sostenido para el recargo, las elevadas cuantías sancionadoras previstas en la LISOS⁷³ para las infracciones en materia preventiva resultan desmesuradas para el patrimonio familiar de quien ejerce como empleadora, aconsejando una tipificación específica de infracciones y sanciones y su ajuste económico⁷⁴. Probablemente serían más efectivas campañas de sensibilización, concienciación y asesoramiento por parte de la propia Inspección, a fin de garantizar el respeto de la norma aprobada. Además, un sistema basado en herramientas informáticas, con las peculiaridades del analizado, debería haber incluido una mayor implicación de los poderes públicos en su promoción y eficiencia, evitando cargas excesivas y un previsible efecto “boomerang”.

La mentada disposición se compadece bien con el laxo régimen contemplado en el art. 17.3 Convenio 189 OIT que se limita a señalar que “en la medida en que sea compatible con la legislación nacional, en dichas medidas se deberán especificar las condiciones con arreglo a las cuales se podrá autorizar el acceso al domicilio del hogar, en el debido respeto a la privacidad”⁷⁵. El párrafo 19 de la Recomendación 201 alude al establecimiento de un sistema de inspección suficiente y apropiado y sanciones adecuadas en caso de infracción de la normativa en materia de prevención. Y probablemente en esta dirección debiera caminar el legislador, aunque no consta su intención de hacerlo.

Pese a la escasa virtualidad de un despliegue obligatorio más o menos completo sin consecuencias sancionadoras o reparadoras, igual las particularidades del ámbito en que se presta el servicio desaconsejan otra solución. No obstante, cabría pensar que el resarcimiento se abra camino en los juzgados de lo social ante posibles demandas de reclamación de daños y perjuicios causados por incumplimientos preventivos, siendo aconsejable informar a las empleadoras

⁷³ 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 (BOE 8 de agosto).

⁷⁴ En la misma línea, ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “Nuevo rumbo en las relaciones...”, op. cit., p. 56. También apuesta por una remodelación de las responsabilidades, que no se ha acometido, MÉNDEZ ÚBEDA, M.C., “Algunas consideraciones en materia de prevención...”, op. cit., p. 214.

⁷⁵ Puede verse el documento, *La inspección de trabajo y otros mecanismos de cumplimiento en el sector del trabajo doméstico. Guía introductoria*, OIT, Ginebra, 2016.

de la posible conveniencia de concertar operaciones de seguro, cuya previsión expresa parece apuntar en esta dirección, aunque supondría un nuevo incremento de costes. Si bien no en número excesivo los pronunciamientos de los TSJ recaídos en este terreno arrojan una marcada línea interpretativa, fundando la desestimación de indemnizaciones en una deuda sin el alcance propio de la prevista en la LPRL, habida cuenta la exclusión expresa, con un deber de vigilancia que no es muy estricto⁷⁶. Situación que no debería ser muy distante tras el análisis de las obligaciones realizado, dado su menor alcance respecto a la LPRL que, en su caso, deben modular la responsabilidad que ha de basarse en la culpa “en sentido prístino y originario” en los términos empleados por el TS⁷⁷, sin objetivación. Por tanto, teniendo en cuenta la devaluación del nivel formativo operado para asumir personalmente la actividad y el peso del papel de la Administración en la puesta en práctica de los deberes de tutela a través de la herramienta informática, la exigencia de responsabilidad quedaría muy matizada. Planteamiento que no se altera ante un posible juego de la figura de la delegación o la designación de trabajadores, ambas escasamente cualificadas.

Del lado de la persona trabajadora, no existen modulaciones respecto a la responsabilidad disciplinaria como consecuencia de la aplicación “*tout court*” del art. 29.3 LPRL, como se vio en el lugar correspondiente del trabajo, pudiendo

⁷⁶ A modo de ejemplo, STSJ Islas Baleares 18 de mayo de 2018 (R. 541/2017) o Andalucía 15 de febrero de 2018 (R. 782/2017). En concreto en relación con los equipos de trabajo -escalera de mano-, vid. la STSJ Castilla y León (Valladolid) 9 de enero de 2017 (R.2229/2016), siendo argumento de peso que la relación especial del servicio del hogar familiar quedaba excluida de la LPRL, con un básico deber de cuidado, que excluye la aplicación de la normativa específica, acreditado, además, en el caso concreto que la escalera no era inadecuada o defectuosa ni que tal fuera la causa del accidente, excluyendo la obligación indemnizatoria. Asimismo, excluye la responsabilidad fundada en la falta de aplicación de la LPRL, aunque reconoce la responsabilidad civil amparada en la póliza de responsabilidad civil suscrita por el empleador frente al riesgo por daños corporales del personal doméstico en un supuesto de incendio en la vivienda en la que estaba -y dormía- la STSJ País Vasco 28 de mayo de 2019 (R. 681/2019). En STSJ Madrid 30 de octubre de 2023 (R.181/2023), el seguro de hogar excluye al empleado doméstico y se estima que las condiciones de seguridad y salud facilitadas son suficientes ante una caída fortuita sin instrucciones para limpiar la barandilla, por lo que no se podía haber evitado que sacase medio cuerpo fuera por la abertura. Queda excluida la responsabilidad por negligencia de la víctima y tratarse de una responsabilidad de marcado carácter culpabilístico en STSJ Comunidad Valenciana 13 de marzo de 2013 (R. 2433/2013). Véase el caso peculiar enjuiciado en STSJ Madrid 17 de abril de 2018 (R. 784/2017) donde se impone la responsabilidad solidaria entre el propietario y los instaladores y encargados de las revisiones de la caldera de gas, las instalaciones y el sistema de ventilación en el fallecimiento de la trabajadora (interna) por inhalación de monóxido de carbono, con base no en las obligaciones preventivas específicas sino en el art. 1108 Cc atinente a los propietarios de viviendas y en la normativa específica para tales instalaciones.

⁷⁷ STS 30 de septiembre de 1997 (R. 22/1997).

llegar en casos de incumplimientos graves al despido disciplinario que tendrá el mismo tratamiento que en el ET por remisión del art. 11 RD 1620/2011⁷⁸.

8. CONCLUSIONES

La norma analizada, en apariencia ambiciosa, con la protección del derecho a la seguridad y salud de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar por bandera, ofrece un articulado algo alejado de las declaraciones de su preámbulo que plantea lagunas, problemas interpretativos y soluciones inadecuadas, con claras dificultades de aplicación práctica, unidas al impasse de la creación y puesta en marcha de herramientas informáticas o el traspaso a la sanidad pública, con un complejo engranaje entre deberes públicos y empresariales.

Aunque afirma atender a los factores característicos de la relación de servicios prestada para delimitar los términos y garantías de reconocimiento del derecho, otorgando la necesaria seguridad jurídica para su efectividad, se aprecian desajustes con las necesidades concretas, con algunos escollos y dudas exegéticas y cierta tendencia a olvidar la falta de entidad empresarial de la empleadora, el ámbito privado de la prestación o la pluralidad de empleadoras, sin respuesta alguna a las tradicionales dificultades de control, con riesgo de efectos indeseados de trasvase a la irregularidad.

El marcado carácter exclusivo y excluyente, sin un criterio claro en la selección de las disposiciones aplicables y las precisadas de adaptación, sin recurso a las normas comunes, sigue mostrando la tradicional infravaloración de los riesgos específicos, como muestra la falta de dinamismo de la formación general, el limbo donde se sitúa la “complementaria”, la falta de recursos para suplir la escasez de cualificación o de competencias digitales o el carácter “único” de la vigilancia de la salud, entre los más significativos, poniendo en entredicho la efectividad de la tutela. Debería subsanarse la falta de previsión de asesoramiento público ante los déficits de capacidad para el cumplimiento, sin añadir costes de externalización preventiva sobre las personas empleadoras.

⁷⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador...*, op. cit., p. 130.

MEDIOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UNA MIRADA DEL SIGLO XXI¹

AUTONOMOUS MEANS OF CONFLICT RESOLUTION: A 21ST- CENTURY PERSPECTIVE

JOSÉ M. MORALES ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Málaga

ORCID: 0000-0003-4940-034X

EXTRACTO

Palabras clave: Autonomía colectiva; Sistemas
Extrajudiciales de Solución de Conflictos;
Negociación; Conciliación; Mediación; Arbitraje;
Efectividad; Medios telemáticos; Formación

Los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, hoy por hoy y excluidas determinadas, y hay que esperar que muy coyunturales, decisiones políticas, son una realidad fruto, de un lado, de una aquilatada experiencia, y de otro, de una denodada voluntad por ofrecer a las y los protagonistas de nuestro marco de relaciones laborales una alternativa a la solución de controversias; y todo ello, por supuesto, desde y con el fortalecimiento de la autonomía colectiva. Esta madurez de dichos sistemas, unida al hecho de que cada vez están teniendo más atención en otras ramas del ordenamiento jurídico e incluso en otras disciplinas, está conduciendo a reconsiderar y reconfigurar, sobre una base sólida e incuestionable, los diferentes medios extrajudiciales; eso sí, no todos con la misma intensidad. En este sentido, la mediación está cobrando una fuerza, casi inusitada, como la medida estrella, a lo que coopera, sin duda, el escaso uso de la institución arbitral. Con todo, se va a intentar ofrecer una mirada nueva, que no ignora los ineluctables puntos de partida, a estos medios extrajudiciales, influenciada, entre otros, por factores tales como las tecnologías, la formación, la significación de los intereses y emociones en juego en todo conflicto o los puntos todavía necesitados de depuración jurídica. Otro tema, como se verá a lo largo de estas páginas, es si tales elementos van, en efecto, a coadyuvar a la mejora de la efectividad de estos Sistemas y medios pues, de lo contrario, se está asistiendo a una reformulación formal de escaso calado material.

¹ Esta publicación es resultado del Proyecto de I+D+I PID2022-141201OB-I00, *La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España* (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

ABSTRACT

Key words: *Collective autonomy; Extrajudicial Conflict Resolution Systems; Negotiation; Conciliation; Mediation; Arbitration; Effectiveness; Telematic means; Training*

The extrajudicial conflict resolution systems, today and excluding certain, and we must hope that very temporary, political decisions, are a reality resulting, on the one hand, from a proven experience, and on the other, from a determined will to offer to the protagonists of our labor relations framework an alternative to dispute resolution; and all this, of course, from and with the strengthening of collective autonomy. This maturity of these systems, together with the fact that they are receiving more and more attention in other branches of the legal system and even in other disciplines, is leading to reconsidering and reconfiguring, on a solid and unquestionable basis, the different extrajudicial means; Yes, not all with the same intensity. In this sense, mediation is gaining almost unusual strength as the star measure, which is undoubtedly aided by the limited use of the arbitration institution. However, an attempt will be made to offer a new look, which does not ignore the inevitable starting points, of these extrajudicial means, influenced, among others, by factors such as technologies, training, the significance of the interests and emotions at stake in any conflict or points still in need of legal clarification. Another issue, as will be seen throughout these pages, is whether such elements are, in fact, going to contribute to the improvement of the effectiveness of these Systems and means, since, otherwise, we will be witnessing a formal reformulation of little material significance.

ÍNDICE

1. NOTAS ACLARATORIAS Y JUSTIFICATIVAS DE LA TEMÁTICA
2. PRIMERAS Y NECESARIAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS MEDIOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
3. CONCEPTO, CATALOGACIÓN Y EXPRESIONES DE LOS MEDIOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
4. LA NEGOCIACIÓN: PRIMER ESTADIO DE LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIAS
5. LA COMISIÓN PARITARIA COMO INSTANCIA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
 - 5.1. Aspectos orgánicos de la Comisión Paritaria
 - 5.2. Aspectos procedimentales de la Comisión Paritaria
 - 5.3. La histórica y generalizada competencia de la Comisión Paritaria de resolución de controversias
 - 5.3.1. Otro contenido interpretativo es posible: la interpretación general
6. EL OCASO DE LA CONCILIACIÓN
7. LA MEDIACIÓN: MEDIDA ESTRELLA DEL PANORAMA EXTRAJUDICIAL
 - 7.1. La formación: presupuesto básico de la actividad mediadora
 - 7.2. La incorporación de la virtualidad a la actividad mediadora: su articulación en el SERCLA
8. EFECTIVIDAD (O NO) DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

1. NOTAS ACLARATORIAS Y JUSTIFICATIVAS DE LA TEMÁTICA

Nada se descubre al afirmar que los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos están, desde un punto de vista sindical y empresarial, plenamente asentados¹. Y ello pese a que ha habido un conato –desgraciadamente, con efectos– de suprimir, por decisión política, el Sistema de Castilla y León (en adelante, SERLA) eliminando, como es sabido, la necesaria e imprescindible dotación presupuestaria; y, en la actualidad, dicha eliminación ha quedado reducida, lo que no es poco, ni desdeñable, a los conflictos individuales² tal como queda contenido en el llamado Plan de Contingencia, ante la imposibilidad de envío por la Fundación SERLA a las partes de las citaciones para la celebración de los actos de conciliación-mediación de conflictos laborales individuales; exactamente, se puede leer que no se “dispone de liquidez, por el momento, para realizar más envíos”, y “no conocemos, ni por aproximación, [cuando] la Fundación dispondrá de recursos económicos a estos efectos”. Hay que esperar que se trate de un intento aislado; y que no cunda el ejemplo en el resto de las comunidades autónomas, ni, por supuesto, en el ámbito estatal.

Excluida esta realidad, los medios extrajudiciales –incluida, como es natural, la propia negociación– y, con ellos, los respectivos sistemas están teniendo un recorrido que, en los últimos tiempos, está yendo un paso más allá. Esto es, sus consolidaciones, no se puede ocultar que todavía con la necesidad de ciertas depuraciones jurídicas, exigen –o, al menos, parece ser la tendencia actual– acercarse a otras cuestiones, que están llevando a que los artífices de los sistemas extrajudiciales se estén replanteando y reformulando, en los correspondientes acuerdos, determinadas materias; y lo que es más importante, que se esté dando una “nueva” configuración, también es cierto que más sindical y social que jurídica, aunque esta última no queda al margen, de los medios y, por ende, de los sistemas.

A ellas, y siempre contando con las características de un trabajo de esta naturaleza, se va a prestar atención en estas páginas que, sin que resulte pretencioso,

¹ Igualmente, Granados Romera, M^a I, que añade que “son una institución fundamental” de nuestro sistema jurídico, *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos: ¿opción política o exigencia constitucional? en 40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2024, p. 482.

² Para Granados Romera, M^a I, el mantenimiento del SERLA sólo para los conflictos colectivos tras “las presiones recibidas” es un “frenazo en el proceso de dismantelamiento, más que un cambio de criterio”; a lo que añade que “este intento de supresión del SERLA, efectivo para los conflictos individuales, puede ser el inicio de una dinámica peligrosa de limitación encubierta de una de las manifestaciones básicas del derecho de negociación colectiva y por ende de libertad sindical”, *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos...*, opus., cit., pp. 497, 498 y 487.

buscan delimitar los contornos de los medios extrajudiciales a la luz de la realidad actual, en la que ha influido, de un lado, la toma de conciencia, por los artífices de los sistemas extrajudiciales, de la importancia y significación de aspectos tales como la posibilidad de transformar la realidad mediante el uso adecuado e idóneo de estos medios de cara a atenuar el conflicto presente y evitar, en la medida de lo posible, el futuro y, para ello, es clave incidir en los aspectos psicológicos tales como las emociones y los intereses. Y de otro, la formación de las personas mediadoras y la presencia de las tecnologías en la gestión de los oportunos sistemas extrajudiciales.

Con tal propósito, se va a partir de la delimitación de los propios medios así como de sus expresiones para, seguidamente y en este orden, abordar la negociación, en su doble plano, las comisiones paritarias, la conciliación y la mediación; todo ello, y sin perjuicio de las observaciones oportunas en cada uno de los diferentes apartados, permitirá ir extrayendo unas conclusiones positivas.

Es cierto que del listado que se acaba de realizar se ha omitido el arbitraje, lo que no significa, pese a no existir un espacio específico para el mismo, que no haya continuas referencias a este a lo largo del texto. Ahora bien, ni la extensión del trabajo, ni la afectación a esta institución por las nuevas consideraciones, ni siquiera su utilización como medio de solución de conflictos³, aconsejan ese tratamiento particularizado.

2. PRIMERAS Y NECESARIAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS MEDIOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con independencia de las distintas posturas doctrinales sobre las consecuencias del conflicto, lo cierto es que este entorpece el adecuado desarrollo de las relaciones laborales y, por ello, se hace necesario articular vías, que permitan o favorezcan su resolución. Es más, que puedan actuar sobre su raíz y, por ende, que tenga, su solución, una visión de futuro. Para ello, y en la mayoría de las controversias, es necesario ir más allá de la simple, pero no por ello despreciable, cuestión estrictamente jurídica. Resultan enormemente esclarecedoras, en este

³ Del Rey Guanter, S, afirma que “esta vía extrajudicial [es] la gran ausente”; y procede a enumerar los motivos de su escaso uso, que cifra en los siguientes: “la falta generalizada de cultura arbitral, la inexistente formación arbitral específica, la misma celeridad tradicional de nuestra jurisdicción social ahora erosionada, la dispersión en la norma estatal del régimen del arbitraje que provoca una notable inseguridad jurídica, el “pánico escénico” en las partes a ser responsable directo en la elección del tercero o, en fin, una cierta desidia en los convenios...a implantar específicamente esta vía de solución para determinadas materias más allá de meras remisiones generales a los sucesivos Acuerdos colectivos estatales o autonómicos de solución de conflictos”; de ahí que proponga “una ley promocional del arbitraje laboral”, *Efectividad del sistema de relaciones laborales y solución de conflictos: la asignatura pendiente del arbitraje laboral*, Briefs AEDTSS, nº 60, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2023, pp. 3 y 5.

sentido, las palabras recogidas en el Código Ético del SERCLA⁴ cuando, en relación con la mediación, indica que se trata de una “oportunidad para reconciliar las posiciones e intereses de las partes en conflicto y mejorar las relaciones futuras entre las mismas”. En consecuencia, debe –o debería– tratarse de una solución con vocación de permanencia, que atienda a los diferentes intereses y a las distintas posiciones. Hay que reconocer que la pretensión, de alcanzarse con la solución del conflicto, es ambiciosa y, sobre todo, enormemente compleja, pero no debe convertirse en un óbice, ni en un argumento disuasorio para su consecución.

Históricamente, se ha regulado los posibles instrumentos de solución de la conflictividad; existiendo una apuesta, desde sus orígenes, por instituir vías, en las que un tercero –juez o magistrado– dirime el conflicto de conformidad con las normas del ordenamiento jurídico. De tal modo que la solución judicial, en cuanto que intervención de este tercero dotado de autoridad jurisdiccional, se convirtió en la primera y, pese a todo, casi única manera –al menos en determinadas parcelas– de solventar las controversias. Y ello enfatizado con el reconocimiento, como derecho fundamental, de la tutela judicial efectiva, que, fruto de los avatares históricos, se ha convertido en el derecho estrella de nuestra Constitución. Se puede afirmar que se ha sacralizado⁵; y ello hasta tal extremo que “ha venido actuando en nuestro país como desde la entrada en vigor de la Constitución una interpretación del concepto de derecho a la tutela judicial efectiva que podría calificarse de exorbitante generando dificultades de creación y aplicación de otros instrumentos alternativos de solución de los conflictos y reconocimiento y eficacia de sus resultados”⁶.

Obviamente, ni se está poniendo en duda, ni nada parecido, dicho reconocimiento, lo único que se quiere resaltar es que esta tutela judicial, con ser necesaria, no es incompatible –como en su momento se encargaron de sentenciar nuestros tribunales– con otras vías de solución del conflicto caracterizadas por la no intervención de un órgano jurisdiccional. Y ello porque el constituyente “no consagra un modelo cerrado y único de solución de las controversias jurídicas o, lo que es igual, no judicializa el conflicto”⁷.

En definitiva, dos concepciones distintas de abordar la solución del conflicto, que tienen que articularse, no desde una posición de superioridad de una sobre la

⁴ https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-06/codigo_etico_sercla_2023.pdf (Fecha de la consulta: 4 de noviembre de 2024).

⁵ Casas Baamonde, M^a E, *La solución extrajudicial de los conflictos laborales*, Relaciones Laborales, 1992/I, p. 3.

⁶ Consejo Económico y Social, *Procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales*, 1994, p. 5.

⁷ Valdés Dal-Ré, F, *Tutela judicial y autotutela colectiva en la solución de conflictos colectivos (I)*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1992, p. 26.

otra, sino de igualdad; debiendo concederse a cada una de ellas su papel, que, sin duda, va a estar muy condicionado por las características intrínsecas al conflicto. Sin embargo, pese a los sustanciales avances, sobre todo en el ámbito de las relaciones de trabajo, hay que partir de una premisa, que no hipótesis, consistente en que las vías extrajudiciales, desgraciadamente, todavía no se han interiorizado en la ciudadanía como un verdadero mecanismo de solución de conflictos⁸ y, por ello, se tienen que redoblar los esfuerzos para ese imprescindible cambio de mentalidad, que lleve a las personas a acudir al medio de solución, que mejor responda a la naturaleza de la controversia, lo que no significa, por supuesto, que este condicionante deba ser el único.

Ese cambio de mentalidad ha encontrado una serie de entorpecimientos; entre ellos, de un lado, el recelo de los órganos judiciales⁹ y, de otro, aunque parezca extraño, el “arraigo, rapidez, gratuidad y economicidad” de la vía jurisdiccional¹⁰. Ahora bien, esta caracterización, desde hace tiempo, ya no es, en su totalidad, correcta. La crisis económica y financiera de 2008 y, más recientemente,

⁸ En ello influye, como sostiene Rodríguez Fernández, M^a L., que “la solución judicial de los conflictos permite que las partes se descarguen de responsabilidad en la solución...no es uno mismo el que transige frente al otro, no se aparece, así pues, como responsable de ninguna cesión, sino que simplemente se da cumplimiento al mandato contenido en una sentencia que ha dictado un tercero”, *Conciliación y mediación en los conflictos colectivos laborales*, Temas Laborales, n° 70, 2003, p. 205.

⁹ Como dijera Valdés Dal-Ré, F, los órganos jurisdiccionales han cooperado al descrédito de los medios extrajudiciales con “su hostilidad, primero, y el recelo, más tarde”, *Proceso de conflictos colectivos y sistema de relaciones laborales*, Relaciones Laborales, n° 6, 1993, p. 6. Del mismo modo, Mercader Uguina, J, *Relaciones laborales y solución extrajudicial de controversias*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 11, 2007, p. 109, García Álvarez, R, *El papel de la mediación en la resolución del conflicto individual de trabajo*, Trabajo y Derecho, n° 2, 2015, p. 42 y Fernández-Costales Muñiz, J, *Aproximación doctrinal al V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales –V ASAC- y a su renovación en Balance del V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales y perspectiva de futuro*, CEOE, 2016, p. 41. De ahí que “haya sido preciso un proceso de maduración en la comprensión de la funcionalidad de estos procedimientos, a los efectos de que los mismos sean percibidos por el poder judicial como un instrumento de superación de escenarios patológicos en el desarrollo de los procesos de negociación colectiva y, en general, de superación de desacuerdos entre representantes de los trabajadores y empresarios”, Cruz Villalón, J, *Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales*, Temas Laborales, n° 154, 2020, p. 19.

¹⁰ Son palabras de Santor Salcedo, H, *Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos como instrumentos alternativos al proceso laboral: su implantación en España*. Revista de Relaciones Laborales, n° 7, 1999, p. 163. Y, de forma similar, Mercader Uguina, J, *Relaciones laborales...*, opus., cit., p. 90.

la sanitaria¹¹, han provocado que parte de esos atributos del orden jurisdiccional social sean, hoy en día, una entelequia y, especialmente, su celeridad¹².

Pero no se trata de la única posible crítica a estos medios judiciales, a ella hay que sumar otras, de las cuales hay que destacar, principalmente, dos. Primera, la imposibilidad de estos medios para solventar determinados conflictos –en concreto, los conflictos de intereses-. Segunda, que, con demasiada frecuencia, la resolución requiere de la toma en consideración de otros elementos, distintos a los jurídicos, y que son claves, tales como “consideraciones sindicales, sociales y económicas”¹³.

No obstante lo anterior, no hay que excluir otros factores, no conectados directamente con los medios judiciales, pero que flaco favor han hecho al desarrollo de los extrajudiciales. Por un lado, la propia configuración del convenio colectivo estatutario como norma del ordenamiento jurídico¹⁴, que ha propiciado una tendencia, en relación con la conflictividad que toma causa en él, hacia la judicialización; y, en términos cuantitativos, el porcentaje de este tipo de conflictos –jurídicos- es elevadísimo. Y por otro y aunque resulte sorprendente, la falta de una labor de concienciación, patrocinio y promoción por parte de los interlocutores sociales; de ahí que no resulte llamativo que se pueda leer en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva¹⁵ -Capítulo II, apartado 3-, que sus “organizaciones signatarias... [se sienten] plenamente comprometidas en potenciar el papel de los organismos de solución autónoma existentes a nivel

¹¹ En el mismo sentido, Olarte Encabo, S, *El VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales: consolidación y avances*, Temas Laborales, nº 154, 2020, p. 57 y Sepúlveda Gómez, Mª y Rodríguez-Piñero Royo, M, *Balance del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos de Andalucía (SERCLA)*, Temas Laborales, nº 154, 2020, p. 142.

¹² Del Rey Guanter, S, *Efectividad del sistema de relaciones laborales y solución de conflictos...*, opus., cit., p. 3. Olivieri, A, escribe que “la necesidad de construir medidas alternativas es, de hecho, una autodenuncia del sistema jurídico que no puede cumplir sus promesas... por ejemplo, en materia de duración razonable del proceso”, *Solución alternativa de conflictos individuales y colectivos: el hircociervo conceptual en 40 años de propuestas jurídicas...*, opus., cit., p. 331.

¹³ Santor Salcedo, H, *Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos...*, opus., cit., p. 165. Ello es necesario pues, como afirman Alfonso Mellado, C L y Fabregat Monfort, G, “en muchos conflictos el componente jurídico es menor en relación con otros aspectos (sociales, económicos, sindicales, etc)”, *Solución autónoma de conflictos laborales en Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Ed. Bomarzo, 2017, p. 542.

¹⁴ De la misma opinión, García Álvarez, R, *El papel de la mediación...*, opus., cit., p. 42.

¹⁵ BOE de 31 de mayo de 2023.

estatal y en cada comunidad autónoma, por lo que llamamos a las partes negociadoras a impulsar su utilización”.

Con estos elementos, el siguiente paso es aproximarse al papel del legislativo laboral¹⁶ que, desde un principio, concedió una cierta relevancia a los medios extrajudiciales; otra cuestión, es que su regulación fuese y sea la más correcta posible¹⁷. Así pues, son muchos los ejemplos legales alusivos a los medios extrajudiciales, de los que se van a destacar, por su significación, los siguientes.

En primer lugar, los contenidos en el Real Decreto Ley de Relaciones de Trabajo, ya sea a través de la mediación de la Inspección de Trabajo, del arbitraje fin de huelga o del procedimiento de conflictos colectivos –arts. 17 a 25-. En este último se prevé que, en la comparecencia, “la Autoridad Laboral intentará la avenencia entre las partes” –por tanto, un supuesto de conciliación-, e, incluso, cabe que acuerden el sometimiento a un arbitraje¹⁸. No se va a entrar en este procedimiento por una simple razón de funcionalidad. Se está ante una

¹⁶ Del Rey Guanter, S, en este sentido, escribe que “en tanto los medios extrajudiciales son instrumentos vitales para la solución de las situaciones de desacuerdo, el legislador ha de mantener una posición positiva ante los mismos...[ya sea desarrollando] una mínima regulación ordenadora de tales medios que, por su contenido y aplicabilidad, incite mínimamente a las partes a su utilización...[ya sea estableciendo] en gran medida dicha ordenación como supletoria, en caso de no autorregulación por las partes, de forma que estas últimas tenga un espacio consistente para desarrollar su propia ordenación...de aquí no nace una obligación concreta del legislador de desarrollar una regulación determinada de tales medios. Pero sí de mantener una actitud mínimamente promocional”, *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1992, p. 89.

¹⁷ Por ejemplo, esta labor de promoción queda patente en el art. 45 del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que se incorpora, con un tenor muy similar al del art. 91 del Estatuto de los Trabajadores, la posibilidad de pactar medios extrajudiciales en el contexto de las administraciones públicas. Hasta aquí, se trata de una voluntad alabable; sin embargo, parece que está más guiada por la tendencia a favor de estos medios que por la propia intención de institucionalizarlos en este ámbito. Y ello, por dos razones. Primera, los enormes problemas interpretativos generados por este precepto; y segunda, como dice Cruz Villalón, porque no ha pasado de “un mero reconocimiento... sin que se haya llegado a iniciar la elaboración del desarrollo reglamentario anunciado para estos procedimientos, necesario para su efectiva implementación y, en todo caso, con experiencias prácticamente marginales de desarrollo de tales mecanismos en el ámbito de la función pública”, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 23. En esta misma dirección, Gómez Caballero, P, que, de manera clara, afirma que “ha habido más buenas intenciones que resultados”, *Especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito de los funcionarios públicos*, Temas Laborales, nº 154, 2020, p. 197.

¹⁸ Como es natural, se excluye, por su declaración de inconstitucionalidad por la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 (BOE de 25 de abril) –apartado g) del Fallo-, el laudo de obligado cumplimiento.

vía totalmente en desuso¹⁹, que se mantiene, con toda seguridad, por continuar inalterado su soporte normativo.

En segundo lugar, los de la propia Ley rituarial²⁰, que incorpora los medios extrajudiciales en los siguientes supuestos: a) conciliación o mediación previa a la vía judicial –arts. 63 de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LJS)- llevada a cabo ante el órgano administrativo o al creado en los correspondientes acuerdos de solución de conflictos, b) la conciliación judicial –art. 84 de la LJS- realizada por el secretario judicial –actual Letrado de la Administración de Justicia-, c) la impugnación de los laudos arbitrales en materia electoral -arts. 127 a 132 de la LJS-, y d) la posibilidad, según el art. 95.2, de que cuando “en un proceso se discuta sobre la interpretación de un convenio colectivo, el órgano judicial podrá oír o recabar informe de la comisión paritaria del mismo”, es decir, el informe emitido por el órgano convencional que, en un primer momento, conoce del conflicto –vía extrajudicial- y al que, por tanto, se le concede relevancia procesal. Y todo ello debe completarse con el art. 162, que recoge una idea básica, en cualquier tratamiento de los medios extrajudiciales, al hacer prevalecer el acuerdo, aunque no se especifique el medio por el que se logra, sobre la solución judicial.

Pese a esta relevancia, no se puede desconocer que las dos primeras opciones son, por así decirlo, más formales que reales. Es decir, la efectividad de las mismas deja, en términos generales, mucho que desear como auténticas vías extrajudiciales de solución de conflictos²¹. Lo habitual es que la primera se limite, con las consecuencias procesales correspondientes, o bien a confirmar el acuerdo previo gestionado por las/os representantes de las partes enfrentadas, o bien a

¹⁹ Éste ha quedado “sustituido ahora por otros más ágiles y rápidos, factores a los que deben añadirse otros vinculados con la psicología social y que anudan en la mente colectiva el recurso a esta medida con la función político-administrativa que ésta había cumplido en etapas anteriores, con el consiguiente desprestigio de la misma a los ojos de representantes sindicales y empresariales”, Mercader Uguina, J, *Relaciones laborales...*, opus., cit., p. 96. Santor Salcedo, H, cree que en su falta de utilización también ha influido el hecho de que en su “gestación...no intervinieron los agentes sociales”, *Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos...*, opus., cit., p. 164.

²⁰ En este contexto, se quiere, cuando menos, mencionar la mediación intrajudicial que, como experiencia piloto, se está llevando a cabo en algunos órganos jurisdiccionales fruto de la promoción por parte del Consejo General del Poder Judicial. Sobre ésta, García Álvarez, R, *El papel de la mediación...*, opus., cit., pp. 48 y siguientes.

²¹ Con palabras de Cruz Villalón, J, “en las más de las ocasiones, las partes acuden al trámite preprocesal con la posición a adoptar prácticamente cerrada y con muy escasas posibilidades de influencia en el acercamiento o no de las partes respecto de los que es su posición inicial”, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 47. Esta “escasa eficacia” también ha sido destacada por Alfonso Mellado, C L y Fabregat Monfort, G, *Solución autónoma...*, opus., cit., pp. 542 y 543.

ratificar la falta de acuerdo²². Sin duda, esta afirmación tiene una conclusión distinta cuando esta conciliación o mediación se realiza ante los órganos creados, a estos efectos, en los acuerdos de solución de conflictos, en los que la gestión de los medios extrajudiciales, al menos por lo que ahora interesa, es más acertada y, en consecuencia, está cambiando, en parte, el rumbo. Lo que en términos de efectividad, se traduce en la posibilidad de alcanzar la avenencia. Con independencia de este resultado, lo normal, en la actualidad, es que esta conciliación o mediación se sustituya por la disciplinada en tales acuerdos.

Mientras que la segunda es aún más inoperativa pues, lo habitual, llegado ese punto es que no exista posibilidad alguna de transacción, sin que el Letrado de la Administración de Justicia, en la casi totalidad de las ocasiones, por falta de formación, pueda desempeñar esa tarea de persona mediadora, que le atribuye la norma legal²³. Tarea que requiere, como mínimo, de un comentario. En el art. 84.1 de la LJS se puede leer que “el secretario judicial intentará la conciliación, llevando a cabo la labor mediadora que le es propia”. No tiene ningún sentido esta frase pues identifica estas dos vías extrajudiciales -como si fuesen intercambiables- cuando, en puridad, no lo son. Lo curioso es que en las restantes ocasiones que alude a ellas lo hace utilizando la disyuntiva o; dando por hecho, por tanto, que se está ante dos medios distintos, lo que ratifica la incoherencia técnica del precepto transcrito²⁴.

En tercer y último lugar, se encuentran todas las referencias a los medios extrajudiciales en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) que, como es sabido, son muchas y muy variadas; algunas de las cuales, están incluidas desde su redacción originaria –es el caso, por ejemplo, de la mediación del art. 89.4-. Otras han sido incorporadas como consecuencia de las sucesivas reformas. No se trata de realizar un análisis de todas y cada una de tales menciones sino de

²² La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (BOE de 3 de enero) (en adelante, LO 1/2025) modifica el art. 82 de la LJS, cuya redacción pasaría a ser la siguiente: “el señalamiento del acto de conciliación en convocatoria separada y anticipada a la fecha del juicio podrá establecerse a instancia de cualquiera de las partes, si estimaran razonadamente que existe la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, o de oficio por el letrado o la letrada de la Administración de Justicia si entendiera que, por la naturaleza y circunstancias del litigio o por la solución dada judicialmente en casos análogos, pudiera ser factible que las partes alcanzaran un acuerdo”. Con este tenor, probablemente, pueda neutralizarse la falta de efectividad de esta conciliación.

²³ De acuerdo con la actual denominación, y según el art. 456.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, “los Letrados de la Administración de Justicia, cuando así lo prevean las leyes procesales, tendrán competencias en las siguientes materias:... e) Mediación”.

²⁴ Resulta, por tanto, muy curioso que se mantenga literalmente este contenido en la LO 1/2025.

establecer unos patrones de actuación del legislativo, y que pueden ser reducidos a dos.

El primero, la importante labor de patrocinio de los medios extrajudiciales en el ET. Unas veces de manera indirecta —sólo haciendo visible la opción— y, en otras, de manera directa al obligar a las partes en la controversia a someterse a una vía extrajudicial. Es el caso, tras la Reforma de 2021, de la mediación obligatoria, sobre la que se volverá más tarde, ante la falta de acuerdo en la negociación de un convenio colectivo.

El segundo, el voluntario abstencionismo. Aunque este requiere de alguna matización para que no resulte contradictorio con el inmediatamente precedente. A pesar de la promoción de los medios extrajudiciales y, exceptuando, de un lado, los escasos supuestos de intervención configuradora de los mismos, y, de otro, sus conexiones procesales²⁵, el legislador laboral no lleva a cabo una regulación expresa y completa de los medios extrajudiciales de solución de conflictos²⁶ al estilo de las existentes en otras ramas del ordenamiento jurídico; de las que quedan excluidas las controversias laborales²⁷, lo que no impide que dichas normas tengan alguna incidencia en la regulación, por los interlocutores sociales, en el ámbito laboral²⁸. En consecuencia, hay, por así decirlo, un criterio unánime: la conflictividad laboral queda al margen de la acción reguladora del legislativo;

²⁵ Sáez Lara, C, afirma que “una de las claves definidoras del cualquier sistema de solución autónoma de conflictos laborales es su relación con el sistema judicial y en esta clase analizan, habitualmente, cuestiones relativas a la conexión entre ambos sistemas”, *Control judicial de los procedimientos autónomos de solución de conflictos*, Temas Laborales, nº 154, 2020, p. 368.

²⁶ Como sostiene Cruz Villalón, J, esta “intervención mínima... condujo a retoques importantes pero actuando sobre cuerpos normativos diversificados, de manera aislada y, en sentido negativo, con ausencia de una regulación sistemática e integrada; en particular, ello ha dado lugar a que la experiencia haya ido demostrando que no hay en estos momentos una regulación completa, correctamente engarzada, que dé respuesta plena a todas las fases y necesidades tanto de la mediación como del arbitraje”, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 22.

²⁷ Arts. 1.4 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE de 26 de diciembre) y 2.2.c) de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE de 7 de julio). Con esta última, se transpone al ordenamiento español la Directiva 2008/52 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (DOUE de 24 de mayo de 2008). Igualmente, queda excluida la materia laboral, según el art. 3.2 del Título II, de la LO 1/2025.

²⁸ Por ejemplo, el Reglamento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (BOJA de 9 de febrero de 2022) se remite a la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles en dos ocasiones. La primera, en su art. 14.2, cuando afirma que la imparcialidad y la confidencialidad de las personas mediadoras se adecuará a lo que “dispongan las normas reguladoras de las mediaciones civiles y mercantiles”. Y la segunda, en la Disposición Final Primera cuando concede el carácter de derecho supletorio a la Ley 5/2012; eso sí, tras la LJS y el ET. En esta misma línea, aunque no referida a esta Ley, el art. 18.4 del Estatuto del Trabajo Autónomo indica, en relación con el procedimiento arbitral, que éste será el acordado “entre las partes o al régimen que en su caso se pueda establecer mediante acuerdo de interés profesional, entendiéndose aplicable, en su defecto, la regulación contenida en la Ley 60/2003, de 23 de

y lo hace de una manera consciente y voluntaria. El motivo, muy simple, su articulación, regulación y gestión debe quedar en manos de sus protagonistas, es decir, de los interlocutores sociales.

Sin ningún género de dudas, este protagonismo es la gran ventaja de los medios extrajudiciales en el ámbito laboral; sin que por ello, haya que menospreciar las tradicionalmente atribuidas a los mismos, también presentes en este contexto, como son el menor coste temporal y económico²⁹. Pues bien, dicho protagonismo ha supuesto que los interlocutores sociales, en cuanto que titulares de la autonomía colectiva, procedan a regular estos medios extrajudiciales; y lo que es casi más importante, que lo hagan atendiendo a un doble criterio.

Por un lado, su adecuación a la realidad, en la que van a ser aplicados. Esta adaptabilidad permite diseñar e instituir sistemas extrajudiciales acordes con los correspondientes marcos de relaciones laborales. Al menos, en teoría, esta característica conlleva —o debiera conllevar— su mayor efectividad. Sin embargo, no se puede ocultar que la contaminación entre estos sistemas —como consecuencia, normalmente, de ser diseñados por los mismos sujetos colectivos— es elevada, lo que neutraliza, en gran medida, esa adaptabilidad. Hay que admitir que existe un fuerte mimetismo entre todos los sistemas tanto en su ámbito objetivo como en sus aspectos procedimentales.

Y por otro, incorporando a la solución de determinados conflictos la realidad pactada previamente. Es decir, en el caso de los conflictos jurídicos, esa aplicación pero, sobre todo, la interpretación del acuerdo parte, y esto es muy importante, de su equilibrio interno. O sea, un respeto total por los intereses y el espíritu del correspondiente convenio colectivo. Ahora bien este respeto o, si se prefiere, esa toma de conciencia cabe extenderla, igualmente, al resto de la conflictividad laboral y, por hacerse, lo normal es que la resolución del conflicto sea más duradera en el tiempo. Lógicamente, no cabe ser ingenuo, ya que también son muchos los acuerdos alcanzados, a través de la conciliación o de la mediación —se excluye, por razones obvias el laudo arbitral—, que, con posterioridad, o son incumplidos o no responden, por entero, a dichos intereses y, a la postre, generan más conflictividad.

Con todo, los interlocutores sociales han adoptado una posición intervencionista en materia de regulación de los medios extrajudiciales de solución de conflictos; dando, de este modo, un importante paso adelante en la consecución

diciembre, de Arbitraje, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres o en cualquier otra normativa específica o sectorial”.

²⁹ Como se lee en el Código Ético del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, no se trata ya “de evitar escenarios como el pleito o la adopción de medidas de presión, sino que supone sin duda y de forma autónoma la manera más rápida, económica y eficaz de gestión pacífica de la conflictividad laboral”.

de lo que, en su momento, se llamó ordenamiento sindical perfecto. De acuerdo con el cual, las organizaciones sindicales y empresariales asumen, en un primer momento, su responsabilidad y, partiendo de ella, gestionan el sistema de relaciones laborales en su conjunto, lo que supone un importante avance para éste —muestra de madurez—. Así, no se limitan a crear el acuerdo, sino también a gestionarlo. Una gestión que tiene distintas expresiones pero que, por lo que aquí importa, está referida a esta resolución extrajudicial. Y todo ello en base a esa autonomía colectiva, de la que son titulares los sujetos colectivos³⁰. En definitiva, “no se trata sólo de buscar un sistema de solución extrajudicial, sino que se pretende que el mismo emane de la autonomía negocial y busque soluciones basadas igualmente en esa autonomía y, por tanto, cualitativamente distintas de las que podría aportar la solución judicial”³¹.

Esta regulación de los medios extrajudiciales encuentra su fundamento en el art. 37.1 de la CE³². Así, estos medios se han interiorizado tanto en los convenios colectivos como en los acuerdos sobre materias concretas del art. 83.3 del ET. Sean unos u otros, lo cierto es que los interlocutores sociales se han valido de los instrumentos ofertados por el ordenamiento laboral para disciplinarlos; y han

³⁰ Con palabras del Preámbulo del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (BOE de 23 de diciembre de 2020), “dicha firma puso de relieve nuestra clara voluntad, como organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el ámbito estatal, de afianzar un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales”.

³¹ Alfonso Mellado, C L y Fabregat Monfort, G, *Solución autónoma...*, opus., cit., p. 544. De ahí que se cambiase la denominación del Acuerdo estatal al sustituirse el término extrajudicial por el de autónoma. Y ello, según sus firmantes, y tal como se recoge en el Preámbulo del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales, fue que “su madurez [la de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos] quedó patente en 2012, cuando las Organizaciones firmantes del V ASAC optamos por modificar su título, sustituyendo el adjetivo «Extrajudicial» por «Autónoma», destacando con ello que su principal característica era configurarse como una verdadera alternativa a la vía judicial que permitiera, a través de la autonomía colectiva, instaurar un buen clima laboral en las empresas”.

³² El Tribunal Constitucional, en el Fundamento Jurídico 6, de su Sentencia 217/91, de 14 de noviembre (BOE de 17 de diciembre) indicó que “ese poder de regulación y ordenación consagrado en el artículo 37.2 de la Constitución, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio”. En consecuencia, Granados Romera, M^a I argumenta que el párrafo primero hay que coherenciarlo con el segundo, de modo que “el art. 37 de la Constitución proporciona una regulación completa del principio de autonomía colectiva. En el apartado primero se regula la autonomía normativa, y en el apartado segundo la autotutela colectiva: la capacidad para establecer procedimientos de solución de conflictos colectivos sobre intereses, basados en la negociación colectiva”, *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos colectivos...*, opus., cit., pp. 483 y ss —especialmente, 487-.

hecho uso, en la casi totalidad de las ocasiones, del régimen estatutario, lo que ha concedido a dichos acuerdos eficacia general y normativa.

Hasta el cambio de siglo, los medios extrajudiciales tuvieron un importante peso específico dentro de nuestra negociación colectiva; sin embargo, a medida que empezaron a surgir los acuerdos –no está de más recordar ese primer PRECO en 1984– de solución de conflictos, que tuvieron como punto de inflexión el año 1996 con la firma del Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales³³, su presencia en los convenios colectivos ordinarios fue disminuyendo. Es decir, a modo de vasos comunicantes, la presencia de los medios extrajudiciales se ha ido transfiriendo de un espacio a otro de la negociación colectiva. De tal forma que hoy conviven el estatal junto con los diecisiete –con la importantísima precisión realizada al inicio sobre el SERLA– de las distintas comunidades autónomas³⁴; sin que, en principio, existan interferencias o conflictos de concurrencia –y, de haberlos, la Disposición Adicional I del VI Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales (en adelante, VI ASAC), lo resuelve concediendo a las partes, de mutuo acuerdo, la opción de decidir al que se someten–.

Se puede afirmar que los convenios colectivos, en la actualidad, han visto, en la generalidad de las ocasiones, reducida su funcionalidad a incorporar una cláusula, con la que los firmantes se remiten, sin más, al correspondiente acuerdo estatal o autonómico de aplicación. Aunque hay veces que dicha remisión, quizás por la inercia convencional, quizás por la falta de conocimiento de las personas negociadoras, se hace de manera incorrecta por no ser, según el criterio territorial, el acuerdo aplicable, lo que relativiza, al menos formalmente, este contenido convencional.

Con lo dicho, hay que cuestionarse, entonces, si los convenios ordinarios, hoy por hoy, están haciendo una dejación de este contenido a favor de los niveles, en la cúspide, de la negociación. Y en parte es cierto, y en parte no. Obviamente, la existencia de consolidados sistemas extrajudiciales en todos los ámbitos, hace

³³ Con éste, sus firmantes “apostaron por un sistema de relaciones laborales construido y administrado desde la propia autonomía colectiva de los interlocutores sociales”, UGT, *Otras vías de solución. La mediación y el arbitraje*, 2022, p. 9. Es más, como reconoce Cruz Villalón, J, “aunque no fuese el primero en el tiempo, desde luego el Acuerdo en el ámbito estatal ha actuado como texto guía y orientador del conjunto de los acuerdos adoptados a nivel autonómico, lo que permite tomarlo como referente principal a estos efectos, tanto el inicial como sus sucesivas renovaciones”, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 16.

³⁴ Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M sostiene que “los sistemas SEC aparecen... como una de las principales contribuciones de la dimensión regional de las relaciones laborales”; y “fueron una de las formas a través de las cuales las Comunidades Autónomas españolas construyeron su dimensión laboral, en sus primeros años de existencia”, *Balance del Sistema Extrajudicial...*, opus., cit., p. 123. De forma similar, Santor Salcedo, H, *Los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos...*, opus., cit., p. 167.

innecesaria esa regulación. Ahora bien, ésta debe completarse con otros ámbitos y acciones, en los que los acuerdos marco, por ahora, no están interviniendo; y que se pueden cifrar en los siguientes.

En primer lugar, la regulación de la comisión paritaria, cuyo desarrollo se pospone a un momento ulterior. No obstante, hay que anticipar que los acuerdos interprofesionales se limitan a dar las pautas básicas para su imbricación en el correspondiente sistema extrajudicial, dejando su regulación a las/os firmantes de los convenios colectivos. En consecuencia, se puede afirmar que la labor, en relación con este órgano convencional, de los acuerdos es consolidar su intervención previa y preceptiva, lo que, en definitiva, supone fortalecer su posición como órgano extrajudicial de solución de conflictos.

En segundo lugar, los procedimientos internos de reclamación -grievances procedures-. Éstos también son un campo abonado para el tratamiento de la solución extrajudicial en nuestra negociación colectiva. No obstante, hay que resaltar que no son un contenido, ni mucho menos, habitual; aunque sí están presentes en sectores potentes como el de la construcción. Con ellos, se intenta una solución extrajudicial a un conflicto individual con la finalidad de evitar el acceso a los órganos jurisdiccionales; ahora bien, como no puede ser de otra manera, sin entorpecerlo o impedirlo. Suele tratarse de un procedimiento muy simple y ágil.

En tercer lugar, los convenios colectivos ordinarios pueden actuar sobre esos espacios conflictuales no abarcados por los acuerdos marco de solución de conflictos. Y, en esta dirección, esa conflictividad afectante a las relaciones intraempresa puede encontrar, en este soporte, una adecuada regulación. De hecho, ya existen ejemplos convencionales –eso sí, a nivel de empresa³⁵-, que incorporan, por ejemplo, la mediación como un instrumento de acción del órgano competente en materia de acoso³⁶-sin entrar, en este espacio, a debatir si se

³⁵ La “mediación en su modelo transformativo se ha revelado como una herramienta esencialmente valiosa para la gestión del conflicto en el centro de trabajo”, García Álvarez, R, *El papel de la mediación...*, opus., cit., p. 47.

³⁶ Es el caso del Convenio Colectivo de Ilunion CEE Outsourcing, SA (BOE de 1 de noviembre de 2022) –el contenido que se va a indicar, incluso más desarrollado, también estaba presente en el art. 85 del Convenio Colectivo de Ilunion Seguridad, SA pero, curiosamente, ha desaparecido en su actual versión (BOE de 13 de abril de 2022 y de 21 de marzo de 2023 –respectivamente-). Su art. 66 contiene el Protocolo de actuación en casos de denuncia por acoso moral, sexual o por razón de sexo; e indica que “el presente protocolo tiene como objeto el establecimiento de compromisos por parte de Ilunion Outsourcing, SA, en orden a la información, prevención, mediación y supresión de conductas en materia de acoso en el trabajo, así como el establecimiento de un procedimiento interno, sumario y rodeado de las garantías de confidencialidad que la materia exige, con el fin de canalizar las quejas que puedan producirse y propiciar su solución”. De forma mucho más breve, el Anexo I del Convenio Colectivo del Personal de Flota de la Entidad Pública Empresarial Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (BOE de 21 de enero de 2021), que se limita a plantear esta opción al decir que “las diligencias practicadas previamente, incluida en su caso eventuales

trataría o no de un conflicto mediable³⁷-. Simplemente el hecho de que ya se esté barajando esta posibilidad, es suficientemente significativo, como para concluir que, una vez más, los convenios colectivos pueden ocupar un espacio en materia extrajudicial en relación con la conflictividad organizacional.

3. CONCEPTO, CATALOGACIÓN Y EXPRESIONES DE LOS MEDIOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Históricamente, los medios extrajudiciales, cualquiera que fuese la disciplina o ámbito, han sido la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje. Excluidos el primero y el último, cuyos elementos definitorios parecen estar claros, la conciliación y la mediación, desde hace ya unos años, en unos casos, se confunden -prueba de ello es el ya comentado art. 84.1 de la LJS-, y, en otros, se intercambian. Y, sin duda, en estas “nuevas” posturas está influyendo, sobremanera, el acercamiento a los medios extrajudiciales desde otras ramas del saber y, muy especialmente, de la sicología.

Por consiguiente, no se puede negar que los medios extrajudiciales, aunque mantengan su denominación, están sometidos a un proceso de deconstrucción conceptual, del que se puede derivar su reformulación total o parcial; e incluso la desaparición de alguno de ellos. Y todo ello está sucediendo, de manera muy natural, en el ámbito laboral. Por ejemplo, cada vez son menos los acuerdos marco, que incorporan a sus sistemas extrajudiciales, la conciliación, pese a su protagonismo en la ley rituaría, y, cada vez son más los que, en unos casos, la fusionan con la mediación³⁸, y, en otros, se amplían los términos de la mediación mediante su función preventiva³⁹. Pretensiones que, sin duda, afectan a su

actuaciones de mediación”. Junto a éstos, hay que destacar el art. 36 del Acuerdo Interprofesional Gallego sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos de Trabajo, que incorpora, entre sus conflictos, los de acoso.

³⁷ Las especiales características del acoso hacen difícil aceptar, sin precisiones, que se trate de un conflicto, en el que quepa, por ejemplo, una mediación, puesto que la agresión, de ningún modo y en ningún caso justificada, parece no permitir que se llegue a un acuerdo, ya que el contenido reparador exigido por la víctima no parece viable al tiempo que el reconocimiento de la agresión, aunque puede ser importante, no es, ni por asomo, suficiente para su reparación integral.

³⁸ A estos efectos, es muy ilustrativa la idea de conciliación dada por la Organización Internacional del Trabajo; según la cual, se trata del “proceso en el cual un tercero independiente e imparcial asiste a las partes en conflicto para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable y resolver el conflicto. La conciliación extiende el proceso de negociación al alentar a las partes en conflicto a que lleguen a un consenso, aunque sin imponer una solución a dicho conflicto. En ocasiones se denomina negociación asistida. A los fines de esta publicación, la conciliación y la mediación se emplean para describir el mismo proceso, lo que da lugar al empleo de los términos conciliación/mediación y conciliador/mediador”, *Sistemas de resolución de conflictos laborales: directrices para la mejora del rendimiento*, Turín, 2013, p. 229.

³⁹ Mediación incorporada al art. 4 del VI ASAC; y a la que se remite el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

definición como se puede comprobar acudiendo a la tipología ofrecida por la Organización Internacional del Trabajo. De acuerdo con ésta, existen tres tipos distintos de mediación:

“La mediación facilitadora se concentra solamente en el proceso sin ofrecerles sugerencias ni recursos a las partes en conflicto.

La mediación evaluativa emite propuestas y hace recomendaciones a las partes en conflicto pero, por la misma naturaleza del proceso, no puede ser vinculante.

La mediación transformadora es la que el mediador hace que las partes reconozcan sus necesidades, intereses, puntos de vista y valores mutuos, aún sin imponer una solución al conflicto”⁴⁰.

No parece difícil entender que la aparición, como resultado de una mayor preocupación científica por esta materia, de acepciones y connotaciones asociadas a los distintos medios extrajudiciales, no significa que su esencia y, con ella, su concepto tengan que modificarse; sino, simplemente, que se está avanzando para su mejor y más acertada configuración y efectividad. Y el ámbito laboral no se ha sustraído a este proceso, ni a dicha preocupación. Afortunadamente, esta influencia no ha llevado, al menos a nivel de Acuerdo Interprofesional, a desestabilizar los cimientos de los conceptos de la conciliación, de la mediación y del arbitraje que, por ahora, se mantienen casi de manera íntegra; sobre todo, en relación con la mediación que, sin duda, es el medio extrajudicial que, de forma más clara, está, por un lado, potenciándose, y, por otro, rediseñándose.

Así pues, los medios extrajudiciales de solución de conflictos son todos aquellos, en los que las partes enfrentadas, directamente o con la intervención de un tercero, carente de potestad jurisdiccional, intentan y, en algunos casos, logran dar una solución al conflicto⁴¹. Una solución que, por ser acorde, sino

⁴⁰ *Sistemas de resolución de conflictos laborales...*, opus., cit., p. 238. Por parte de la doctrina española, Munduate Jaca, M^a L, partiendo del concepto de empoderamiento, sostiene que éste “implica un modelo de conductas ante futuras disputas, y se produce un aprendizaje que supone para las partes participar en una intervención de mediación transformadora -en la que las partes van aprendiendo, durante el proceso, a identificar sus intereses, priorizarlos, explorar nuevas soluciones...y en definitiva a imitar las actividades desarrolladas durante la mediación, que es lo que les permite ir proveyéndose de recursos para afrontar futuras disputas”, *La mediación como estrategia de resolución de conflictos en Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas*, Ed. Mergablum, 2006, p. 17.

⁴¹ De conformidad con el art. 2 del Título II –medidas en materia de eficiencia procesal del Servicio Público de Justicia- de la LO 1/2025 “a los efectos de esta ley, se entiende por medio adecuado de solución de controversias cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrar una solución extrajudicial al mismo, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral”.

total, sí, al menos parcialmente, a sus intereses y posiciones resulta más acertada y procedente –junto a las ventajas ya mencionadas para el sistema de relaciones laborales-, que la ofrecida por otros canales de solución de conflictos.

Ahora bien, no cabe caer en el error de pensar que, siempre y en todo caso, estas vías extrajudiciales permiten alcanzar una solución, en la que ambas partes ven completamente satisfechas sus pretensiones. El juego de prestaciones y contraprestaciones negociales, presente en todos los medios extrajudiciales, a excepción del arbitraje, conlleva una cesión por cada una de ellas. Es verdad que, de este modo, se consigue el acuerdo y, por hacerse, el resultado es positivo, pero también es cierto que, en la casi totalidad de las ocasiones, tiene que haber una rebaja en las respectivas reivindicaciones. Por tanto, no es descabellado afirmar que el axioma ganar-ganar, defendido desde determinadas posiciones⁴², realmente, es perder-perder –son muy pocas las veces, en las que las pretensiones y reivindicaciones de cada una de las partes, por independiente, se consiguen íntegramente- y, gracias a esas cesiones, las partes ganan, lo que no es, por supuesto, ni criticable, ni objetable, sino que responde a la más absoluta de las lógicas.

Con todo, los medios extrajudiciales se diferencian entre sí atendiendo, en primer lugar, a la existencia o no de la intervención de un tercero, y, después, al grado de incidencia de ese tercero. Existiendo, por tanto, una gradación que va de la negociación –siendo indiferente que sea llevada a cabo directamente por las partes en conflicto o por sus representantes- al arbitraje pasando, en este orden, por la conciliación y por la mediación. Partiendo de ello, existen diversas catalogaciones.

La primera de ellas es la que distingue entre autocomposición y heterocomposición. Siendo el elemento distintivo que la solución sea aportada por un tercero⁴³. Desde ésta, todos los medios extrajudiciales, excluido el arbitraje, serían expresiones del método autocompositivo, puesto que la resolución, con la participación o no de un tercero, es alcanzada por las partes. Sólo el arbitraje sería expresión de la heterocomposición, que parece reservarse para situaciones

⁴² Álvarez Cuesta, H, *La mediación laboral a partir de la Ley 5/2012*, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 123, 2016, p. 112.

⁴³ “En tanto que estos procedimientos presentan como denominador común la intervención de un tercero ajeno y diferente a las partes, evidentemente con distinto grado de protagonismo, permiten su calificación como mecanismos de solución heterónoma. Sin embargo, y teniendo en cuenta que la sumisión a estas instancias es con carácter general paccionada o voluntaria, así como que el verdadero opuesto o contrario al término autónomo en el ámbito de las relaciones laborales es el de intervención estatal y pública (heterónomo), cabe también que estas fórmulas puedan ser calificadas como autónomas en el sentido de auspiciadas y creadas por la voluntad de las propias partes”, De Soto Rioja, S, *El arbitraje en los conflictos individuales*, Temas Laborales, nº 70, 2003, p. 326.

extremadamente conflictivas; y que, por sus similitudes con la vía judicial, no parece tener el mismo predicamento dentro de los propios medios extrajudiciales.

La segunda diferencia entre las siguientes categorías: a) Solución autónoma pura, b) Solución autónoma con intervención no dirimente de un tercero, c) Solución heterónoma desprovista de naturaleza jurisdiccional y d) Solución heterónoma⁴⁴.

La tercera distingue entre negociación, negociación asistida y negociación delegada⁴⁵. La negociación incluiría a ésta; con independencia de que sea individual o colectiva, sea directa o indirecta. La negociación asistida, siendo muy gráfica su denominación, abarca aquellos medios extrajudiciales –conciliación y mediación–, en los que las partes son “ayudadas” por un tercero en aras a la resolución de la controversia; siendo indiferente, a estos efectos, el grado de participación de ese tercero, puesto que la decisión última, resultado de la oportuna negociación, corresponde en exclusiva a las partes enfrentadas. Así pues, se mantiene la bilateralidad y la negociación. Y la negociación delegada incluye, en exclusiva, al arbitraje. En ésta, el protagonismo de las partes se reduce considerablemente, ya que queda limitado a alcanzar el acuerdo de sometimiento a este medio extrajudicial –compromiso arbitral–. En consecuencia, hay que aceptar que existe negociación; aunque ésta queda limitada a dicho acuerdo⁴⁶, ya que, a partir de ese momento, las riendas de este medio extrajudicial quedan en manos de la persona, que realiza el arbitraje⁴⁷.

4. LA NEGOCIACIÓN: PRIMER ESTADIO DE LA SOLUCIÓN DE LA CONTROVERSIA

La negociación debe entenderse como el proceso, en el que las partes,

⁴⁴ Rojo Torrecilla, E, *La solución extrajudicial de conflictos laborales. El nuevo VI Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial) 2020. Texto comparado con el V ASAC 2012 y reflexiones generales previas*. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/12/la-solucion-extrajudicial-de-conflictos.html> (Fecha de la consulta: 4 de noviembre de 2024).

⁴⁵ Por todos, González del Rey Rodríguez, I, *Los acuerdos autonómicos sobre procedimientos voluntarios de solución de conflictos laborales*, Revista de Trabajo y Seguridad Social, nº 12, 1993, pp. 101, 104 y 121.

⁴⁶ Este planteamiento, sin embargo, queda exceptuado en algún arbitraje, contenido en nuestra legislación laboral, que admite el acceso a este medio extrajudicial con la sola voluntad de una de las partes en conflicto y, por ello, se trata de una configuración de muy dudosa constitucionalidad; aunque haya superado el filtro de nuestro Alto Tribunal.

⁴⁷ No obstante, no hay que ignorar el llamado arbitraje “de posiciones finales”, “que obliga al arbitro a escoger una de las posiciones últimas que le han presentado las partes para evitar el denominado “efecto congelación” en la negociación si aquéllas anticipan que al final puede haber una solución arbitral que tiende a “dividir las diferencias” entre sus posiciones iniciales”, Del Rey Guanter, S, *Efectividad del sistema de relaciones laborales y solución de conflictos...*, opus., cit., pp. 3 y 4.

individuales o colectivas, en conflicto, sea éste jurídico o de intereses, intentan, de buena fe, alcanzar el acuerdo, que ponga fin al mismo⁴⁸.

a) La negociación no debe entenderse como un medio extrajudicial reducido a los conflictos colectivos. Los individuales y plurales, igualmente, pueden canalizarse a través de éste. Eso sí, a medida que se descende, el desequilibrio de la relación laboral hace que el equilibrio de fuerzas sea menor y, por serlo, las posibilidades de negociación, como es previsible, de la persona trabajadora. Obviamente, siempre hay excepciones y, en este caso, sería la de aquellas personas trabajadoras, cuya empleabilidad las empodera para pactar sus condiciones de trabajo⁴⁹.

Excluida esta última precisión, el desequilibrio en la negociación lleva a que no resulte sorprendente la histórica función del contrato de trabajo de servir a la constitución de la relación laboral y, en muy contadas ocasiones, a su regulación. En esta dirección, no es exagerado admitir, como ya se ha hecho, que el contrato de trabajo es un contrato de adhesión⁵⁰; prueba paradigmática de esta falta de negociación.

Con ser cierto todo lo anterior, no debe ignorarse que, al mismo tiempo, y datado, aproximadamente, en torno al cambio de siglo, ha habido una fuerza revitalizadora –quizás intencionada– de la autonomía individual, que llevó a

⁴⁸ La Organización Internacional del Trabajo establece tres tipos de negociaciones. Primera, la basada en intereses, en la que “las partes en conflicto reconocen las necesidades y los problemas de la otra parte y no adoptan ninguna postura inflexible, como lo harían en un enfoque tradicional de negociación posicional” y que, en ocasiones, se conoce como “negociación cooperativa para destacar la exploración conjunta de los problemas entre las partes en conflicto”. Segunda, la posicional, en la que “las partes adoptan uno o varios objetivos fijos y predeterminados en una situación de negociación en la cual no están preparados para avanzar o llegar a un compromiso. Por lo general, las partes adoptan una postura contenciosa en la que cada una se esfuerza por obtener un resultado en el que uno gana y el otro pierde”. Y tercera, la mixta por combinar “elementos de la negociación posicional tradicional con elementos de la negociación cooperativa en vistas no sólo a llegar a un acuerdo, sino también a mejorar la cooperación futura entre las partes en conflicto”, *Sistemas de resolución de conflictos laborales...*, opus., cit., pp. 238 y 239.

⁴⁹ En el mismo sentido, Garrido Pérez, E, cuando afirma que se “les facilita poder ubicarse en una posición privilegiada a la hora de negociar sus condiciones de trabajo”, *Los retos del conflicto laboral en las empresas digitales en Sindicalismo y capitalismo digital: los límites del conflicto*. Ed. Bomarzo, 2021, p. 184. Y ello sin entrar en que dicho empoderamiento favorece las transiciones voluntarias, lo que está conectado con el fenómeno TRABEXIT.

⁵⁰ Supiot, A, defiende que “los hechos desmienten la total libertad de consentimiento de quien se compromete en el contrato de trabajo. La única libertad –no es poca– del trabajador en tal marco jurídico es la libertad de elegir el empresario al que subordinarse, e incluso esto depende del estado del mercado de trabajo”; y de ahí que continúe diciendo que “los denominados contratos «de adhesión» que, al igual que el contrato de trabajo, se caracterizan por la desigualdad de las partes y la ausencia de negociación previa”, *Crítica del Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996, pp. 141 y 142.

afirmar que “el Derecho del Trabajo habría vuelto los ojos hacia el contrato individual de trabajo como institución central, no sólo constitutiva de las relaciones de trabajo....sino también reguladora de esas relaciones y de aspectos cruciales de las mismas, y gestora, en consecuencia, de la fuerza de trabajo en el ámbito de la empresa”⁵¹ pero se precisó, y esto es lo verdaderamente importante en este momento, que “la individualización de las situaciones y condiciones de trabajo no debe confundirse con su negociación individual”⁵². Una negociación individual, por supuesto, que, como consecuencia del capitalismo digital de las últimas décadas y plenamente afianzado, “no existe... y aquí radica buena parte del éxito económico de su particular filosofía relacional”⁵³.

En consecuencia, por un lado está el margen de acción legal y convencional, y, por otro, el equilibrio de fuerzas existente en la oportuna negociación. Aunque no puede despreciarse que, en este necesario equilibrio, también influye, en primer lugar, el poder empresarial, puesto que, en muchas ocasiones, las “remisiones al pacto contractual pueden suponer...en la práctica una ampliación de los poderes empresariales”⁵⁴ y, en segundo lugar, la realidad del mercado de trabajo –la necesidad vital del trabajo conduce, sin ningún género de dudas, a neutralizar la propia negociación–.

Esta negociación individual no se reduce, temporalmente hablando, al inicio de la relación laboral, sino que durante su vigencia, la conflictividad permanece; y su solución debe, es lo deseable, vehicular a través de la negociación.

Posiblemente, uno de los supuestos más emblemáticos, como expresión de esta conflictividad, sean las modificaciones sustanciales, de carácter individual o plural, de las condiciones de trabajo. En estos casos, las escasas prescripciones legales –reducidas a la existencia de las causas (descartando el carácter fraudulento de esta medida por parte del/la empleador/a) y al cumplimiento de los plazos– no eliminan ese desequilibrio negociador, que conduce, la casi totalidad de las veces, a una imposición empresarial de las nuevas condiciones. Y ello se vio nítidamente durante la última crisis financiera, en la que la dinámica de las empresas fue proponer a la persona trabajadora la modificación, sin resquicio alguno para la negociación, y con la amenaza de que, de no aceptarse la propuesta,

⁵¹ Casas Baamonde, M^a E., *La individualización de las relaciones laborales*, Relaciones Laborales, 1999/II, p. 403.

⁵² Casas Baamonde, M^a E., *Las transformaciones del Derecho del Trabajo y su futuro previsible* en *Responsa Iuris Peritorum Digesta*, Vol. II, Universidad de Salamanca, 2000, p. 167.

⁵³ Gómez Muñoz, J M, *A modo de prólogo: el capitalismo digital tiene que someterse a regulación* en *Nuevas formas de negociación colectiva en la empresa digital*. Ed. Bomarzo, 2021, p. 10.

⁵⁴ Monereo Pérez, J L, *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*. Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 289.

la única solución era el despido. De ahí esa bajada exponencial de las condiciones de trabajo y, con ella, la pauperización de la clase trabajadora –no hay que olvidar, por ejemplo, que la Reforma de 2012 incluyó, dentro de las condiciones a poder ser modificadas, la “cuantía salarial”-.

Con toda seguridad, hay que aceptar que la ineficacia de la negociación directa, como vía de solución en muchos conflictos individuales, debiera ser un aliciente y un motor para que los acuerdos marcos fuesen más sensibles a la incorporación de tales conflictos en sus ámbitos objetivos. Al menos como una opción intermedia entre dicha negociación y la vía judicial. Sin embargo, están primando otros argumentos, de difícil justificación, por lo que, salvo excepciones en algunos acuerdos autonómicos, a la conflictividad individual sólo le cabe la negociación –se insiste, de muy compleja materialización- o la solución judicial. Y esta última, aunque pueda sentar precedentes e incluso jurisprudencia, no aborda el conflicto desde su raíz y con visión de futuro.

b) La negociación colectiva, debido a su historia y tradición, está totalmente institucionalizada. Eso sí, hay que superar, en el caso del conflicto de intereses previo a un convenio colectivo, la idea de que alcanzado éste, existe un período, coincidente con su duración, de paz laboral. Este planteamiento, carente de todo fundamento, como se indicará inmediatamente, sin embargo, no excluye esa acepción de la negociación que, con visos de futuro, pretende pacificar y, sobre todo, instituir los mecanismos y contenidos necesarios para que, actuando sobre la base del conflicto, éste pueda ser gestionado de manera más eficaz y operativa.

Con independencia de que esa concepción de la negociación se plasme o no en el correspondiente soporte, lo cierto es que, durante la vigencia del convenio –como de cualquier otro acuerdo alcanzado tras una negociación-, la conflictividad –en términos de conflictos jurídicos; aunque, en ciertos casos, también de intereses- continúa y, por hacerlo, su adecuada gestión es clave y fundamental. Una gestión que, en casi todos los supuestos, es llevada a cabo por la necesaria comisión paritaria.

Centrando la atención en el convenio estatutario, hay que indicar que, más allá de las mínimas interferencias legales en relación con el procedimiento negociador, caracterizado por su irritualidad, no cabe obviar la exigencia del principio rector de toda negociación como es la buena fe –presente en todos los preceptos alusivos a este y otros conflictos de intereses- que, pese a su relevancia jurídica,

no tiene una definición⁵⁵. De hecho, han sido los órganos jurisdiccionales, los que han ido delimitando sus contornos.

Lo que no admite duda alguna es que la buena fe no se contraviene por el hecho de que no se alcance el acuerdo⁵⁶. O, con otras palabras, salvo que una de las partes muestre una voluntad deliberadamente rebelde a obtener el acuerdo o se valga de actitudes de mala fe, las reglas de la buena fe se ven satisfechas con el desarrollo pacífico –por supuesto, no se está excluyendo el uso legítimo y legal de la huelga como medida de presión- de las negociaciones siendo, a estos efectos, indiferente la forma de finalización de la negociación –incluida la falta de acuerdo-.

Sin embargo, y pese a esta conclusión, no debe pasar inadvertido que en la situación de impasse negocial va a influir, sobremanera, el desequilibrio de fuerzas entre las partes de la negociación. Este se hace más patente a medida que se descende en la pirámide negociadora. O sea, en los períodos de consulta que en las negociaciones de convenios colectivos pero, dentro de estos últimos, a medida que sea inferior su ámbito. De hecho, la lucha contra este desequilibrio ha sido una los objetivos básicos de la Reforma de 2021. Se ha intentando fortalecer el convenio de sector sobre el de empresa; y buena prueba de ello, es la supresión de la prevalencia del convenio de empresa en materia de cuantía salarial.

En definitiva, la negociación sólo puede finalizar con acuerdo o sin acuerdo y, en este último caso, excluida mala fe y los desequilibrios de fuerzas, tanto el legislativo como las/os firmantes de los acuerdos de solución de conflictos, por

⁵⁵ El legislativo, lo máximo que ha hecho ha sido incluir, como mala fe, el supuesto del art. 89.1. *in fine* del ET. Por parte de la doctrina, Rivero Lamas, J, cuando, al definir el deber de negociar, incorpora la buena fe, que “supone poner los medios y actuar con la diligencia y lealtad recíprocas que permitan alcanzar un acuerdo”, *Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*, Documentación Laboral, nº 53, 1997, p. 44. La Organización Internacional del Trabajo ha enumerado distintas expresiones de la buena fe, que concreta en que las partes “se muestran receptivas y comunicativas unas con otras...no realizan ninguna acción susceptible de engañar o inducir a error a la otra parte...abordan los problemas que surgen de forma consistente con lo que una persona razonable haría...reconocen el papel y la representatividad de toda persona escogida por cada una como su vocero o defensor...se reúnen con una frecuencia razonable y consistente con las disposiciones acordadas...se proporcionan unas a otras, a solicitud y de forma oportuna, la información que la ley estipule necesaria para respaldar el proceso de negociación...consideran y responden a las propuestas efectuadas por cada una de ellas....se siguen reuniendo, considerando y dando respuesta a cuestiones específicas, aún si han llegado a un impasse o un punto muerto respecto a otras cuestiones”, *Sistemas de resolución de conflictos laborales...*, opus., cit., pp. 227 y 228.

⁵⁶ En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 108/1989, de 8 de junio (BOE de 4 de julio), en su Fundamento Jurídico 2, afirma que no se “puede convertir la obligación de negociar ni en un deber de aceptar unas determinadas reivindicaciones, ni en una prohibición de aceptar otras reivindicaciones que la representación empresarial le parecieran más aceptables o razonables”.

la propia necesidad de resolver la controversia, prueba palpable de su disfuncionalidad, han instituido medios subsidiarios. Esto es, han acudido a los restantes medios extrajudiciales; incluido, en algunos casos, el arbitraje como la única vía que pone fin al conflicto⁵⁷.

Por su relativa novedad, se va a circunscribir la cuestión a la mediación obligatoria del art. 86.4 del ET⁵⁸ incorporada con el Real Decreto Ley 32/2021⁵⁹ (en adelante, RDL 32/2021), que pone de manifiesto, una vez más y como ya viene siendo habitual, la decidida apuesta por los medios extrajudiciales de solución de controversias; en esta ocasión, en relación con el conflicto de intereses, que supone el bloqueo en la negociación de convenios colectivos.

Una decisión que, a primera vista, puede entenderse, que es del legislativo pero que, sin embargo, no es así cuando se recuerda, primero, que el RDL 32/2021 nace del diálogo social, y, por lo tanto, esta mediación obligatoria debe entenderse aceptada y/o diseñada por las organizaciones sindicales y empresariales participantes en dicho diálogo; y segundo, lo que avala que haya sido propuesta por estos agentes sociales, que ya estaba presente en el art. 6 del IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva⁶⁰, en el que se decía que “cada una de las partes puede decidir que la negociación está agotada y, por tanto, instar la mediación obligatoria”. Eso sí, ha desaparecido del V Acuerdo. Los motivos, que se pueden barajar son varios. Principalmente, la incorporación al ET, el desuso

⁵⁷ Ahora bien, como sostiene Del Rey Guanter, S, “en este contexto de procesos negociadores excesivamente dilatados, el protagonismo del arbitraje es mínimo”, *Efectividad del sistema de relaciones laborales y solución de conflictos...*, opus., cit., p. 2.

⁵⁸ El mantenimiento del art. 89.4 obliga a cuestionarse su sentido tras el actual art. 86.4. Aunque, en un primer momento, podría pensarse que el segundo anula al primero, la conclusión no es tan clara, ya que ello va a depender de la conjunción entre la ley, los acuerdos interprofesionales y la voluntad de las partes negociadoras; lo que genera varias posibilidades. Primera, que los sujetos negociadores no acudan a la mediación hasta transcurrido el año desde la denuncia y, en este caso, tengan que seguir los pasos y los requerimientos de los acuerdos de solución de conflictos. Segunda, que las/os negociadoras/es, con anterioridad al año, decidan someterse a la mediación. Ésta, a su vez, permite dos opciones. Una, que acudan a una mediación ad hoc; y otra, que se sometan a los plazos y exigencias de los acuerdos marco; y en sendas ocasiones, se puede, respectivamente, impedir o dificultar su utilización de no contarse con la voluntad conjunta de ambas partes. Por ello, no es aventurado aceptar que lo habitual será que se posponga el sometimiento a la mediación al momento, en el que es, por ley, obligatorio.

⁵⁹ 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 de 30 de diciembre); y convalidado por Resolución de 3 de febrero de 2022 (BOE de 8 de febrero).

⁶⁰ BOE de 18 de julio de 2018.

de esta opción por parte de los interlocutores sociales o, preferiblemente, lo contrario, es decir, que se haya incorporado a la dinámica negociadora.

Exactamente, el art. 86.4 del ET establece que “transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo ^[61] sin que se haya acordado un nuevo convenio, las partes deberán someterse a los procedimientos de mediación... Asimismo, siempre que exista pacto expreso, previo o coetáneo, las partes se someterán a los procedimientos de arbitraje” y, en ambos casos, de conformidad con los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos. Varias observaciones se derivan de este precepto.

En primer lugar, que tales acuerdos deben incorporar esta controversia en sus ámbitos objetivos⁶², pues, de lo contrario, quedaría, siguiendo el tenor literal del precepto estatutario, imposibilitada la pertinente vía extrajudicial. Así, se potencia, en relación con ellos, el protagonismo de los interlocutores sociales al más alto nivel.

En segundo lugar, que esta innovación debe contextualizarse, es decir, está unida con otra de las medidas estrella de esta Reforma como es la recuperación de la ultraactividad plena del convenio colectivo. Siendo así, el hecho de que la negociación desemboque en un impasse no supone, salvo voluntad en contra de

⁶¹ Se fija la denuncia del convenio como el momento de inicio del cómputo, puesto que, como es sabido, su principal función, aunque no única, es comunicar a la parte contraria la voluntad negociadora y, con ella, iniciarse las negociaciones a fin de evitar un vacío entre convenios -lo que rara vez se produce-. En consecuencia, el cómputo del año debe hacerse desde la denuncia, y no desde la finalización de la vigencia del convenio, que es el dies a quo para que opere la ultraactividad del convenio. A estos efectos, resulta interesante el concepto de ritmo adecuado de la negociación colectiva descrito en el Objetivo Operativo 1 del II Plan de apoyo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a la negociación colectiva laboral andaluza (2023-2025). Por este hay que entender “aquellos procesos de renovación de la negociación colectiva que se inician con antelación suficiente a la conclusión de su vigencia; que cuentan con un calendario real y efectivo de reuniones de la Comisión Negociadora; que recurren de inmediato y de común acuerdo a instrumentos de desbloqueo en caso de bloqueos en el arranque o durante el proceso de negociación y que culminan la negociación y firma del convenio dentro del primer semestre del año inicial de vigencia”.

⁶² El IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Aragón ha sido modificado (BO de Aragón de 12 de mayo de 2022) para incorporar en sus arts. 4 y 12 esta medida estatutaria. Mientras que en Andalucía, además de dicha inclusión, el II Plan de apoyo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a la negociación colectiva laboral andaluza (2023/2025) establece, en el Objetivo Operativo 1.9, que, con la finalidad de dar cumplimiento al precepto estatutario, se ofrecen los servicios del SERCLA.

las partes, un vacío convencional, lo que aporta –o debiera aportar a ambas partes negociadoras- “el sosiego que requiere todo proceso negociador”⁶³.

En tercer lugar, que, pese a que la mediación se ha entendido como un medio voluntario, en los sistemas extrajudiciales laborales, ésta es, en determinados conflictos, obligatoria⁶⁴. Y así se configura en este precepto, que indica, como se acaba de ver, que las partes negociadoras están obligadas –“deberán someterse”-, pasado un año desde la denuncia, y ante la falta de acuerdo, a someterse a una mediación. Tiempo más que suficiente, para los artífices de la citada norma, para que hayan podido alcanzar el convenio, y, si no lo han hecho, con toda seguridad, es porque las posiciones están tan enquistadas, que requieren la asistencia de un/a mediador/a. Es decir, una intervención, que supere la mera audiencia, escucha y moderación de la negociación. Las dudas que pudiera generar esta obligatoriedad quedan disipadas con acudir a la esencia y contenido de la mediación. Esto es, no se trata de un medio extrajudicial vulnerador de la autonomía, en este caso, colectiva; y, además, no hay, con la propuesta del/la mediador/a, principal escollo, una injerencia, ni invasión en dicha autonomía, puesto que las partes son las que adoptan, libre y voluntariamente, el acuerdo.

5. LA COMISIÓN PARITARIA COMO INSTANCIA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Con la evolución del sistema de relaciones laborales, la comisión paritaria, contenido mínimo del convenio colectivo estatutario, ha ido adquiriendo un mayor protagonismo; potenciándose la misma tanto por el legislativo –incluso por algunas instituciones⁶⁵- como, y es obvio, por los interlocutores sociales.

En el caso del legislador, gracias a preceptos tan relevantes, y que vienen a completar el régimen jurídico de este órgano, como el art. 91 del ET. No obstante, también hay, cuando menos, que mencionar otros, como el 82.3 del mismo cuerpo legal, que convierte a la comisión paritaria en una segunda instancia, ante el

⁶³ López Aniorte, M^a C, *El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral*, BRIEFS AEDTSS, 2022, sin paginar.

⁶⁴ Por circunscribir la cuestión al VI ASAC, “el procedimiento de mediación será obligatorio cuando lo solicite una de las partes legitimadas, salvo en los casos que se exija el acuerdo de ambas partes”; y es obligatoria “previa a la interposición de demandas de conflicto colectivo ante la jurisdicción social”, “convocatoria de la huelga” y desacuerdo en el periodo de consultas de los arts. 40, 41, 44.9, 47, 51 y 82.3 del ET –art. 13.6 del VI ASAC-.

⁶⁵ Por ejemplo, en el Objetivo Operativo 8 del II Plan de apoyo del CARL a la negociación colectiva laboral andaluza (2023/2025) se indica que hay que “apoyar y potenciar el funcionamiento de las comisiones paritarias”.

desacuerdo en el período de consultas, en los casos de inaplicación del convenio colectivo.

Centrando la atención, aunque sea brevemente, en el primero de los mencionados artículos, hay que partir de que su relevancia está en la atribución de competencias resolutorias a la comisión paritaria convirtiéndose, para la doctrina, en una competencia legal y, por ello, de no venir contemplada en el convenio colectivo, se asegura que el conflicto sea sometido a este órgano paritario. Sin embargo, esta cuestión, que parece pacífica, no debería serlo, porque, de entenderse como competencia legal, se trata de una clarísima injerencia en la autonomía colectiva. No se puede olvidar que se está ante un órgano encargado de la gestión del convenio colectivo, y cuya principal virtud radica en adaptarse y moldearse a las características y peculiaridades del marco convencional. Siendo así, sólo sus firmantes parecen ser los sujetos idóneos para diseñar su régimen funcional. Pero es que, además, esta intromisión parece innecesaria, ya que casi ningún convenio olvida esta tarea; de ahí que carezca, en gran medida, de sentido esta atribución legal. En cualquier caso, lo que no puede negarse es que el precepto estatutario afirma, de manera contundente, que la comisión paritaria intervendrá –“deberá intervenir”- como órgano de resolución de los conflictos colectivos jurídicos. Así, se cubre ese hipotético vacío convencional en relación con esta atribución a este órgano mixto, que se extiende, *ex lege*, a los conflictos individuales –eso sí, como siempre, en este último supuesto, exigiendo la voluntad expresa de las partes enfrentadas-.

Por su parte, el papel de los interlocutores sociales ha sido y es fundamental en relación con esta comisión; *y ello tanto en los convenios colectivos ordinarios* –aportan sus pautas orgánicas, procedimentales y competencias- como en los acuerdos de solución de conflictos. A lo que hay que sumar las Recomendaciones sobre las comisiones paritarias a la negociación colectiva contenidas, como anexos, en las dos últimas versiones del ASAC⁶⁶.

5.1. Aspectos orgánicos de la Comisión Paritaria

Entre las escasas exigencias legales en relación con la comisión paritaria se encuentra que ésta sea una “representación de las partes negociadoras”. De hecho, esta expresión del art. 85.3.e) del ET está inalterada desde su redacción en 1980. Y podría estarlo, si fuese correcta. Al no serlo, por los motivos que se

⁶⁶ A estas Recomendaciones se remite también el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva cuando recuerda “la conveniencia de tener en cuenta el anexo de recomendaciones sobre el funcionamiento de las comisiones paritarias recogido en el VI ASAC”; al tiempo que en su Capítulo II.2 afirma que “las organizaciones firmantes coincidimos en la necesidad de potenciar las comisiones paritarias y sus funciones, dotándolas de un régimen ágil y flexible de funcionamiento que permita mejorar su eficacia para reforzar la autonomía colectiva”.

van a indicar a continuación, se podría haber aprovechado algunas de las muchas reformas estatutarias para su modificación. Tales motivos son dos perfectamente conexiónados.

No es una cuestión de filigrana jurídica sino de rigor técnico: negociadores y firmantes no tienen por qué ser los mismos sujetos. De entre los legitimados estatutariamente para la negociación de un convenio alguno puede descolgarse, por los motivos que sean, de la negociación; sin que ello sea óbice para que los restantes sumen las mayorías necesarias para que el convenio colectivo adquiriera la naturaleza de estatutario. Si a ello se suma que la comisión paritaria tiene como cometido la conocida labor de gestión del convenio colectivo, el resultado no puede ser otro que afirmar que esta comisión debe estar compuesta, única y exclusivamente, por los sujetos firmantes del convenio colectivo. De hecho, son muchos los pronunciamientos judiciales en esta dirección.

Eso sí, el derecho a formar parte de la comisión es de los sujetos colectivos firmantes; no así de las personas físicas integrantes de cada una de las representaciones. Sin embargo, suele ser bastante frecuente que coincidan⁶⁷. Es más, que el propio convenio dé preferencia a estas personas. Ello tiene un efecto positivo, sus componentes son los conocedores y, por tanto, respetarán el equilibrio interno del convenio, que tan importante va a ser, por ejemplo, en los conflictos de interpretación. Y uno negativo, esta comisión suele reproducir las tensiones y las divergencias existentes durante la negociación, lo que también va a tener su reflejo en la resolución de conflictos.

Posiblemente, uno de los puntos más controvertidos de estos aspectos orgánicos es la condición de tercero de la comisión paritaria. Es enormemente frecuente que los convenios colectivos, al disciplinar esta competencia, le atribuyan facultades conciliadores, mediadoras y/o arbitrales. Para que ello proceda, es imprescindible que se esté ante un tercero, neutral e imparcial, por lo que hay que cuestionarse si se puede predicar esas características de la comisión paritaria. La respuesta está condicionada por una serie de factores pero, principalmente, por el objeto y contenido del conflicto. Siendo así, en un primer momento, hay que distinguir entre los conflictos, que toman causa en el convenio colectivo,

⁶⁷ Lo normal es que el número de miembros, de cada banco, en la comisión paritaria disminuya tanto por razones de coste económico –sobre todo en convenios sectoriales de ámbito superior al provincial– como por razones de operatividad. De ahí que, entre las Recomendaciones del VIASAC, esté que “a efectos de agilizar su funcionamiento, la composición numérica de las comisiones paritarias debe ser lo más reducida posible, siempre respetando los niveles de legitimación de la comisión negociadora cuando tenga atribuidas funciones de adaptación y modificación de los convenios colectivos”.

y los que no. En estos últimos, no cabe dudar de la condición de tercero de la comisión paritaria.

En los restantes, ya sean de aplicación o de interpretación, hay que diferenciar entre aquellos que tienen a las partes firmantes del acuerdo como partes enfrentadas; de aquellos otros, en los que el conflicto se plantea en un nivel inferior. Ambos tienen un elemento en común, y otro que los diferencia.

El primero es que la interpretación o la exigencia del correcto cumplimiento es resultado de la intervención de la comisión paritaria -se insiste, porque es relevante- compuesta por las/os firmantes del convenio. Y el segundo, es que el ámbito del conflicto puede o no coincidir con el del convenio. De coincidir, no cabe duda de que la intervención de la comisión paritaria no se hace en condición de tercero, puesto que partes enfrentadas y firmantes son los mismos sujetos; por consiguiente, se trata de una manifestación de un medio autónomo -o, si se prefiere, de una negociación- de resolución del conflicto, ya que, a estos efectos, es indiferente que la solución sea alcanzada directamente por las partes o por sus representantes.

De no coincidir, la comisión paritaria, formalmente, es un tercero en relación con el conflicto; sin embargo, desde un punto de vista material, hay, cuando menos, que dudarlo, ya que la comisión paritaria no deja de estar interpretando el convenio, de cuyos artífices, es representante. Siendo así, no es descabellado concluir que, en estos supuestos, la comisión paritaria es un tercero formal, pero no material. Por consiguiente, dependiendo de que se acoja un criterio formalista o no, se entenderá que hay o no incorrección técnica en los convenios colectivos, que le atribuyen facultades conciliadoras, mediadores y/o arbitrales. En estas páginas, se defiende la primacía del criterio material sobre el formal. Lo importante, aunque no coincidan las partes enfrentadas, es que aporta -o puede aportar- la solución a la controversia mediante la interpretación o haciendo cumplir el convenio, que la instituye. Además, hay que añadir otro argumento adicional.

Siendo obligatoria la intervención de la comisión paritaria, ya sea por disposición legal y/o convencional, ésta debe emitir el oportuno dictamen o informe -salvo falta de acuerdo en su seno pero, incluso, en estos supuestos están previstos los medios extrajudiciales para resolver este tipo de discrepancias-, con lo cual no encaja, de ninguna de las maneras, ni en la conciliación -en la que no hay propuesta de solución por parte del tercero-, ni en el arbitraje -dicho informe es vinculante-. Posiblemente, la opción más viable, y tampoco del todo, es la mediación entendiendo dicho informe como una propuesta formal de solución al conflicto. Sin embargo, esa interpretación de la comisión paritaria -interpretación auténtica por provenir de los creadores de la norma- no debe admitir modificación, ni alteración. El convenio no puede -o no debe- ser interpretado

de manera distinta en función de la empresa, puesto que se trata de un criterio uniforme de interpretación dado por los conocedores del equilibrio convencional. Por tanto, tampoco se puede afirmar, taxativamente, que se esté ante una expresión de la mediación. Todo ello permite insistir en la incorrección técnica, que supone concederle a la comisión paritaria, siempre y en todo caso, facultades conciliadoras, mediadoras y/o arbitrales.

Sin duda, lo dicho es el punto más conflictivo de los aspectos orgánicos de la comisión paritaria; de ahí que los restantes, por su menor significación de cara a la competencia de resolución de conflictos, por generar menores dudas y por existir una gran uniformidad en su tratamiento convencional, no van a ser abordados. *Sólo se va a realizar algunas* apreciaciones en relación con sus miembros.

Con respecto a estos, hay que partir de que, por supuesto, las/os vocales –miembros natos y de pleno derecho–, con designación nominal o no, están, como no puede ser de otra manera, presentes en todos los convenios colectivos y, junto a ellas/os, aunque no con la misma frecuencia, secretario/a y presidente/a –o moderador/a–. Sobre estas dos últimas figuras, los convenios ponen de manifiesto el recelo de las partes, y mucho más en relación con el/la secretario/a, de ahí que sean extremadamente cautelosos a la hora de establecer los criterios de elección. Existe una gran variedad de opciones –uno por cada parte, sucesión alternativa, persona ajena a la comisión, etcétera–, con las que se pretende neutralizar cualquier componente de arbitrariedad o discrecionalidad en el ejercicio de sus respectivas competencias.

No tienen la misma relevancia cuantitativa ni las/os asesoras/es, ni los/as suplentes. La participación de las/os primeras/os depende, en la casi totalidad de los convenios, de la voluntad de cada una de las partes por independiente; aunque existen significativas excepciones, en las que se acuerda un/a asesor/a externo/a para la comisión paritaria –se supone que para la depuración técnica del ejercicio de sus competencias–. Por su parte, los/as suplentes/as deberían tener más presencia de la que tienen, para, como dicen las Recomendaciones del VI ASAC, “evitar cancelaciones por falta de quórum”.

Por último, los costes de la propia comisión paritaria, los cuales aumentan a medida que lo hace el ámbito territorial del convenio colectivo. Partiendo de que lo frecuente es el vacío convencional, hay que indicar que, cuando se regula esta materia, son tres las opciones elegidas por las partes firmantes: a) que una de ellas, casi siempre la empresarial, asuma tales costes, b) que las partes solicitantes de la intervención de la comisión paritaria sufragan los gastos –lo cual

choca frontalmente con la gratuidad de los medios extrajudiciales- o, c) que se combinen las dos anteriores.

5.2. Aspectos procedimentales de la Comisión Paritaria

En 2011, se incorpora al art. 85.3.e) del ET un contenido mínimo del convenio colectivo, en relación con la comisión paritaria, de gran significación, ya que coopera a su funcionalidad y operatividad⁶⁸, puesto que permite su actuación desde el mismo momento de la entrada en vigor del convenio; siempre y cuando esté constituida esta comisión, lo que no siempre son actos coetáneos en el tiempo. Dicho contenido no es otro que la obligación de incorporar al texto paccionado “los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria”.

Es cierto que esta incorporación no ha tenido el recorrido esperado por el legislativo, ya que son muchos los convenios, que la desatienden total o parcialmente. Por supuesto, se trata de un incumplimiento de la norma legal, que no debe ser admitido, ni justificado, pero que, con toda seguridad, encuentra su explicación en la costumbre de los firmantes de delegar, en la propia comisión paritaria, la regulación de estos aspectos procedimentales. En espera de que cambie esta realidad, a la que cooperaría la degradación al rango de extraestatutario del convenio, lo relevante es que, siendo así, la comisión paritaria no puede ejercer, de plantearse un conflicto, sus facultades resolutorias –ni cualquier otra- al carecerse del necesario procedimiento de actuación.

Puesta de manifiesto esta importante deficiencia, hay que continuar indicando que estos aspectos procedimentales⁶⁹, a priori, pueden ser los que mayores diferencias, por su casuismo, presenten en la regulación convencional; sin embargo, el análisis de los convenios permite concluir que, realmente, no es así.

⁶⁸ Así se defiende en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva al indicar que “se debe establecer un procedimiento de funcionamiento regular para poder resolver con prontitud y efectividad las consultas y/o conflictos que le lleguen [a la comisión paritaria] desde los centros de trabajo” y, por consiguiente, “el convenio colectivo de cualquier ámbito deberá regular los procedimientos a aplicar”.

⁶⁹ En relación con ellos, las Recomendaciones del VIASAC son las siguientes: “b) Programar reuniones periódicas frecuentes, de forma que se tengan en cuenta con antelación en las agendas, pudiendo ser aplazadas en caso de no tener asuntos que tratar. En todo caso han de preverse, junto a las reuniones ordinarias, las extraordinarias cuando haya cuestiones urgentes a decidir. c) Facilitar la aplicación de medios telemáticos y audiovisuales en las reuniones, deliberaciones y adopción de decisiones. e) Establecer plazos breves para la adopción de decisiones, debiendo contarse a partir del sometimiento del conflicto a la comisión paritaria. Cuando no estén determinados legalmente, se fijarán inferiores a 10 días hábiles y, para los supuestos de urgencia, dos o tres días hábiles. g) Simplificar los trámites formales y las exigencias documentales”.

Las similitudes son bastantes en todas las cuestiones: reuniones y tipos, orden del día, plazos de resolución, quórum, etcétera.

En este orden de ideas, hay que llamar la atención por la clara propuesta, en las Recomendaciones del VI ASAC, por la incorporación de la virtualidad al funcionamiento de la comisión paritaria. Prueba, una vez más, del cambio que se está produciendo a todos los niveles como consecuencia de los avances tecnológicos, pero también, en este caso, del cambio de mentalidad de los agentes sociales en sus formas de relacionarse y de comunicarse. Tampoco puede que haya sido indiferente en su formulación, los menores costes temporales y, sobre todo, económicos que generan las reuniones online. De este modo, se está, al menos parcialmente, solventando el planteado problema de los costes económicos de la comisión paritaria.

Para finalizar, hay que tratar un último tema de enorme significación; y que afecta a la adopción de las decisiones en este órgano convencional. Son muchos los convenios colectivos que, aún hoy, siguen entendiendo la paridad, exigencia legal, como simetría numérica, lo que, en una primera aproximación, no es incompatible con el concepto correcto de paridad que, sin embargo, está vinculado a la ponderación de los votos en este órgano; y no a su composición. Esto es, sólo es una incorrección convencional cuando los firmantes, tras incluir dicha simetría, establecen un sistema de votos basado en la mayoría –simple o cualificada- o en la unanimidad. Criterios, cuyas negativas consecuencias llevan a descartarlos. En el primer caso, por la posibilidad de adoptar acuerdos beneficiosos para una sola de las partes; y, en el segundo, por la dificultad extrema de alcanzar el acuerdo, pues no debe perderse de vista que el *modus operandi* de la comisión paritaria, sea cual sea su competencia, es la negociación.

La paridad significa que cada una de las partes, por independiente y con las mayorías pertinentes, adopta su posición que, con posterioridad, será la defendida en la negociación con la contraparte. Así, en este segundo momento, es como si cada una de ellas tuviese un único voto, por lo que solo cabe el acuerdo o el desacuerdo. Los y las firmantes del VI ASAC, conscientes de que la paridad, puede, igualmente, dificultar el acuerdo, es por lo que proponen, en la letra i) de las conocidas Recomendaciones, que “la adopción de los acuerdos debe ser en la mayoría de los supuestos por mayoría simple de cada una de las representaciones –o incluso mayoría simple de los votantes– y sólo en determinados casos debe optarse por mayorías más cualificadas”. El hecho de decantarse por las mínimas mayorías, se supone, que hará más fácil obtener el acuerdo, con el que gestionar el convenio, y, por lo que aquí interesa, resolver las controversias sometidas a la comisión paritaria. Afortunadamente, cada vez son más los convenios, que

adoptan un concepto correcto de paridad; quizás, por ser permeables a esta Recomendación.

La negociación en la comisión paritaria va a reproducir, con demasiada frecuencia, las tensiones y los enfrentamientos existentes durante la negociación del convenio colectivo, y, por hacerlo, va a dificultar, pese a la mayor facilidad en el sistema de votos propuesto por las Recomendaciones, el acuerdo. De ello son conscientes tanto los/as negociadores/as como el legislativo, que incluyó, en su momento, como contenido mínimo del convenio, “el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83”. Todos los acuerdos interprofesionales contienen este conflicto en su ámbito objetivo, por lo que serán de aplicación a este tipo de controversias los medios extrajudiciales disciplinados en ellos. De nuevo, se está, por un lado, ante una acción de promoción de la norma legal de estas vías no judiciales, y, por otro, ante un intento de que su solución quede residenciada en las/os protagonistas; máxime cuando se está ante un conflicto que es consecuencia de otro previo —es decir, el conflicto sometido a la comisión paritaria—.

5.3. La histórica y generalizada competencia de la Comisión Paritaria de resolución de controversias

Las competencias de las comisiones paritarias, excluidas y dudadas las legales, son las que le atribuyan las partes firmantes del convenio colectivo, las cuales tienen como denominador común servir a la gestión, entendida en sentido amplio, del texto paccionado. Entre sus distintas y posibles expresiones, en estas páginas, sólo se va a abordar la consistente en la resolución extrajudicial de conflictos que, por otro lado, es la de mayor raigambre en nuestra negociación colectiva. Es casi imposible, como ya se ha anticipado, encontrar un convenio colectivo, que no incorpore, con mayor o menor acierto, esta tarea en el listado competencial de la comisión paritaria.

Visto el tema de si esta comisión es o no un tercero, al que hay que remitirse, el siguiente paso es conocer qué tipo de conflictos puede ser sometido a la resolución de la comisión paritaria.

Atendiendo a los sujetos afectados, no hay óbice alguno —más con el art. 91.5 del ET— para hacer competente a este órgano de todos los conflictos —individuales, plurales y colectivos—, que se puedan suscitar durante la vigencia del convenio colectivo. La tónica convencional mayoritaria es la de incluir los colectivos y, en contadas ocasiones, los individuales y plurales. No obstante, nada impide que “por medio de cláusula específica en contrato de trabajo a través de la cual las

partes se obligan a acudir para algunos concretos asuntos o para todos aquellos en los que rige la voluntariedad a tales procedimientos extrajudiciales de resolución de los conflictos⁷⁰ y, en consecuencia, a la comisión paritaria.

Atendiendo al objeto, los conflictos jurídicos, es decir, la interpretación y/o el –correcto– cumplimiento del convenio colectivo. Mientras que estos últimos no plantean especiales problemas, ya que exigen de esta comisión una resolución por la que se obligue a una o a ambas partes enfrentadas a un hacer, a un no hacer o a un dar; mayores dudas y aclaraciones requieren los conflictos interpretativos.

Estos son aquellos en los que cada una de las partes en la controversia realiza una interpretación distinta, y normalmente divergente, de uno o varios preceptos convencionales; de tal modo que la comisión paritaria lo/s aclara e interpreta, tomando en consideración el equilibrio interno del convenio; y por ser representante de las partes firmantes, se trata, como ya se ha dicho, de una interpretación auténtica –de hecho, así es calificada por algunos convenios–.

Esta ha sido, históricamente, la labor resolutoria de la comisión paritaria. Hasta tal extremo es así que su formulación, incluso en la actualidad, es bastante similar en la mayoría de los convenios, ya que tras su inclusión se añade, a modo de cláusula de estilo, que su intervención es previa, preceptiva y obligatoria o inexcusable. Dos características se deducen de esta formulación.

Por un lado, su carácter obligatorio. Siendo esta obligación extensible a todos los sujetos incluidos en su ámbito; ahora bien, dependiendo de lo que en él se disponga vinculará sólo a los sujetos colectivos, a los individuales o ambos. Se trata, sin más, del cumplimiento de la obligación convencional de someter el conflicto a la comisión paritaria. Lo contrario, supone un incumplimiento del convenio.

Y por otro, la intervención de la comisión es una, por así decirlo, primera instancia con respecto a los restantes medios extrajudiciales o, en su caso, judiciales –lo que es coherente con el art. 91.3 y 5 del ET–. Tanto es así que los propios acuerdos interprofesionales de solución de conflictos explicitan que no procede el acceso a los mismos de no haberse cumplido el trámite ante la comisión paritaria. De este modo se está intentado que la resolución del conflicto quede residenciada, en la medida de lo posible, en la representación de las partes firmantes del convenio cuyo contenido es discutido.

El cumplimiento de esta primera instancia no significa, necesariamente, que la comisión paritaria haya emitido el correspondiente informe o dictamen, sino que se equipara a esta resolución, que haya transcurrido el plazo convencional o, en su defecto, contenido en los acuerdos marco de solución de conflictos, sin que

⁷⁰ Cruz Villalón, J, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 47.

se haya manifestado. Así se contempla en el art. 11 del VI ASAC, que se remite al plazo convencional y, en su defecto, al de 10 días hábiles desde la presentación de la solicitud⁷¹; “salvo que quien lo solicita justifique la imposibilidad de cumplir el trámite”.

De darse una solución al conflicto en sede de comisión paritaria, y de ser aceptada por las partes, se entiende resuelta la controversia. Ahora bien, esta afirmación requiere de algunos comentarios. El primero, que, pese a la habitualidad con la que los convenios suelen indicar que el informe o dictamen de la comisión paritaria es vinculante, en realidad, no lo es. Siempre queda abierta tanto la vía extrajudicial como la judicial. De ahí que el iter habitual sea comisión paritaria, medios extrajudiciales y vía judicial.

El segundo, que de acudirse a la judicial, lo que siempre es posible –tanto por el art. 24 de la CE como por el hecho de que se trata de un conflicto jurídico y, por tanto, compatible con la vía judicial–, hay que indicar que dicho informe, con todo, no deja de ser una interpretación del/los precepto/s controvertido/s y, por tanto, no vinculante para los órganos jurisdiccionales⁷². Ahora bien, salvo que éste contravenga la legalidad ordinaria o constitucional, no deja de ser un criterio valioso y, por serlo, se puede afirmar que, aunque no los vincule, probablemente, sí los condicionará⁷³.

El tercero, que se afirma, sin precisiones ni matizaciones, en el artículo 91.4 del ET, que “las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en esta ley”. Partiendo de que, en efecto, no le atribuye naturaleza de convenio, sino, simplemente, eficacia convencional, hay que cuestionarse hasta qué punto esta afirmación tiene lógica jurídica.

El informe o dictamen, que pone fin a la controversia, tiene como materia la oportuna interpretación y/o aplicación del convenio. Ambos contenidos, independientemente de todo, están más cercanos a una resolución que a un convenio colectivo, ya que no están incorporando, ni añadiendo –incluidos los conflictos de interpretación– nada al convenio; ni, por supuesto, están creando, con lo cual

⁷¹ En consonancia con ello, las Recomendaciones del VI ASAC incluyen que “(f) El trámite de intervención de la comisión paritaria ha de considerarse como evacuado en el caso de que no se adopte decisión alguna por la comisión en los plazos establecidos”.

⁷² En contra, según Navarro Nieto, F, “una reciente jurisprudencia que considera que la interpretación del convenio por la CP es auténtica y vinculante para el órgano judicial”, *El tratamiento de los conflictos individuales en los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos*. Temas Laborales, n° 154, 2020, p. 238.

⁷³ En el mismo sentido, Sala Franco, T y Alfonso Mellado, C L, *Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva*, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, p. 70.

carece de toda lógica jurídica la eficacia atribuida, y, con ella, la exigencia del cumplimiento de la tramitación estatutaria para los convenios colectivos. Es más, esta eficacia *ex lege* supone olvidar que: a) no pueden tener el mismo tratamiento, porque no tienen el mismo contenido, las resoluciones de conflictos interpretativos que las de los aplicativos y b) de admitirse esta opción, se está aceptando la posibilidad de que la comisión paritaria pueda integrar el texto convencional; sin que se exija, a diferencia de lo dispuesto en el art. 91.2 del ET para la mediación y el arbitraje, el cumplimiento de los requisitos de legitimación estatutaria. Por consiguiente, si el espíritu de la norma es que estas resoluciones se configuren como precedentes, de cara a futuros conflictos, con parecido o idéntico contenido, quizá, lo más adecuado habría sido entenderlas, sin más, como adendas o anexos aclaratorios, a los que se exigiese su debida publicación.

5.3.1. Otro contenido interpretativo es posible: la interpretación general

Son muy pocos, si es que existen, los convenios colectivos que, entre su articulado, no contienen cláusulas deliberadamente ambiguas, resultado de los delicados equilibrios convencionales. Así, las partes firmantes sacrifican la claridad del texto por garantizar su existencia. Esto se traduce en que tales preceptos, en la mayoría de las ocasiones, requieren, para su efectividad y operatividad, de una labor de interpretación, que supera, la que tradicionalmente se entiende por tal. Esto es, la aplicabilidad del correspondiente artículo pasa ineluctablemente por integrarlo.

En consecuencia, cuando esta labor interpretativa-integradora se atribuye a la comisión paritaria, se le está demandando un plus adicional, ya que la norma a interpretar es incompleta. Claro, llegado este punto, la respuesta, por parte del Tribunal Constitucional, de los órganos jurisdiccionales y de la doctrina científica, es unánime e idéntica: es necesario, en tales casos, que la comisión paritaria, al estar negociando *ex novo* —y no gestionando el convenio—, debe estar compuesta por todos los sujetos legitimados por el art. 87 del ET, si se quiere que el acuerdo tenga eficacia estatutaria. Un requisito de legitimación, que, por supuesto, no tiene por qué darse en la comisión paritaria, ya sea porque de la firma del convenio se descolgó uno de los sujetos legitimados, ya sea porque éstos han cambiado desde el momento de la firma al de esta actuación de la comisión paritaria. Incluso, de asegurarse la legitimación, la intervención de la comisión paritaria no sería en condición de tal, sino de comisión negociadora.

Con independencia de esto último, no cabe aceptar este posicionamiento generalizado de manera acrítica. Pues hacerlo conlleva, de un lado, despreciar la naturaleza contractual del convenio colectivo, y, de otro, convertir, en único

modelo válido de negociación, el desarrollado conforme a las reglas del ET, cuando existen otros como la denominada negociación de ejecución o desarrollo⁷⁴.

Se trata de la actividad negociadora, que tomando causa en el convenio colectivo, en virtud del necesario acto de delegación, faculta a realizar labores de perfeccionamiento del convenio; entre las cuales está la interpretación-integración o interpretación general.

Dicho acto de delegación es la cláusula del convenio colectivo que, formando parte de su equilibrio interno, y por formar parte de él, permite a las partes firmantes delegarse, directamente o a través de sus representantes, facultades negociadoras, para las que son competentes, y así ejecutarlas durante la vigencia del convenio; con la única exigencia de que se trate de un acto concreto y detallado, puesto que los actos genéricos —a modo de cheques en blanco— no entran dentro de las facultades de las partes firmantes pues, no debe perderse de vista, que se está ante un modelo estático de negociación colectiva. Su admisión, además, supondría un claro atentado a la negociación colectiva como parte del derecho a la libertad sindical.

En suma, estas facultades negociadoras de los sujetos firmantes o de la comisión paritaria, que dinamizan, sin atentar contra sus principios, nuestro modelo negociador, son perfectamente posibles en nuestro ordenamiento jurídico con la única exigencia de que exista ese acto de delegación; de tal forma que las/os legitimadas/os convencionalmente estarían limitándose a darle cumplimiento. Así pues, las posibles controversias derivadas de su ejecución deben entenderse como una expresión del conflicto jurídico, ya que la comisión paritaria, pese al contenido negociador del mandato convencional, estaría, sin más y con todo, aplicando-ejecutando el convenio.

De alcanzarse el acuerdo en el seno de la comisión paritaria, ahora sí, no sólo debe tener eficacia, sino también, naturaleza de convenio colectivo; debiendo integrarse en el mismo, para lo cual es necesario, además de cumplir con las restantes exigencias estatutarias, su depósito, registro y publicación en el boletín oficial correspondiente.

No obstante, desgraciadamente, es bastante habitual que no se alcance el necesario acuerdo en el seno de la comisión paritaria. El motivo está en su génesis. Esto es, si la ambigüedad del precepto convencional es consecuencia de la falta de acuerdo en la fase de creación del convenio, debido a la disparidad de posiciones de las partes negociadoras, lo normal será que éstas se mantengan en su fase de vigencia. Ahora bien, también puede suceder que desaparezcan

⁷⁴ Sobre esta, Morales Ortega, J M, *La administración del convenio colectivo*, Ed. Civitas, 1998 y *La gestión convencional: un debate no necesariamente zanjado (una reflexión crítica de la doctrina constitucional y jurisprudencial)*, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 9, 2018.

o se atenúen, que se empleen tácticas distintas o, simplemente, que sean más conscientes de las consecuencias de la falta de acuerdo pues, sin éste, no se puede garantizar la aplicabilidad del texto paccionado, ya que la interpretación general está vedada, de acuerdo con nuestras coordenadas constitucionales, a los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente, o se alcanza el acuerdo en el seno de la comisión paritaria o se acude a una vía extrajudicial –expresión de la negociación asistida o de la negociación delegada–, o se mantiene la imperfección del convenio y, con ella, el conflicto.

A pesar de que las/os interlocutoras/es sociales son conscientes de todo ello, están profundamente condicionados por la acrítica y ya clásica doctrina, lo que les lleva, en unas ocasiones, la mayoría, a huir de estos actos de delegación, y, en otras, a formularlos de tal manera que, al final, incurren, en lo que pretenden evitar, en preceptos de dudosa legalidad o de difícil, por no decir imposible, ejecución.

6. EL OCASO DE LA CONCILIACIÓN

En la conciliación, como es sabido, el tercero intenta, única y exclusivamente, el acercamiento entre las partes. Se trata, por tanto, del medio, en el que la participación del tercero es la menos incisiva. Siendo así, no resulta descabellado afirmar que este medio queda reducido a aquellas controversias de menor relevancia y calado con respecto a la situación de las partes. Esta puede ser una de las razones de que la conciliación se trate, pese a todo, de un medio extrajudicial cada vez más en desuso⁷⁵; y como aventurado pronóstico, acabe desapareciendo del panorama extrajudicial. Prueba de ello es que los sistemas extrajudiciales –también los convenios colectivos; muchos de los cuales, la mantienen por inercia–, cada vez menos, incorporan la conciliación como una vía con entidad propia y, por ello, algunos de los que la mantienen la fusionan con la mediación⁷⁶ creando

⁷⁵ Pero no se trata de una novedad. Ya en el Acuerdo Económico y Social –art. 14– sólo se mencionaba la mediación y el arbitraje. Hoy, no está contemplada la conciliación ni en el art. 45 del Estatuto Básico del Empleado Público, ni en el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva.

⁷⁶ Excluido el arbitraje, hay tres opciones: a) los que sólo contemplan la mediación -Estatutal, Andalucía, Castilla-La Mancha, Madrid, Galicia, Islas Baleares, Principado de Asturias y Región de Murcia–, b) los que acuden a la descrita conciliación-mediación –Aragón, Cantabria, Castilla y León, Valencia y Extremadura– y c) los que configuran como medios independientes la conciliación y la mediación -Canarias, Cataluña, La Rioja y País Vasco–. Por su parte, el Acuerdo de la Comunidad Foral Navarra utiliza indistintamente conciliación y/o mediación, por lo que parece, en unos casos, identificarlas y, en otros, diferenciarlas.

una especie de micro procedimiento, que empieza con la primera y continúa con la segunda.

Esta inoperatividad de la conciliación está motivada por un doble tipo de razones. Por un lado, que lo normal es que, fallida la negociación, los ánimos de las partes vayan enconándose y, por tanto, que no sea suficiente ese papel meramente conciliador del/la tercero/a, sino que es necesaria una mayor intervención que, sin anular la bilateralidad y la negociación, sí, en cambio, aporte visiones, total o parcialmente, distintas y nuevas. De lo contrario, puede tratarse de una vía estéril. Quizá, es lo que está sucediendo con las conciliaciones instituidas legalmente, que se conciben, con todo lo negativo que ello conlleva, como el trámite ineludible para el acceso a los órganos jurisdiccionales.

Y por otro, hay, cuando menos, que cuestionarse si es posible, como reclaman los estudios psicológicos, esa asepsia del/la conciliador/a⁷⁷. La respuesta, aunque cuestionable, es negativa. Ese acercamiento, presupuesto básico de la acción del/la conciliador/a, es muy difícil y complejo que se realice sin una intervención activa. De hecho, si se acude a las tácticas, técnicas y estrategias se descubre que esa intervención conlleva bastante más, por ejemplo, que la mera escucha, simplemente, porque ésta tiene que ser activa. Y se insiste, de no realizarse así, la conciliación va a estar condenada al fracaso. Ahora bien, y esto es lo que confunden dichos estudios, una intervención activa no significa –de ahí la importancia de la profesionalidad del/la tercero/a- decantarse por una de las partes sino, sencillamente, poner todo de su parte –sobre la base ineludible de su formación- para que se logre el acuerdo; incluyendo la posibilidad de formular propuestas de solución. Pero, en estos casos y de acuerdo con la clásica catalogación, se está ante la mediación.

7. LA MEDIACIÓN: MEDIDA ESTRELLA DEL PANORAMA EXTRAJUDICIAL

Sin ningún género de dudas, los interlocutores sociales y el legislativo están configurando la mediación como la vía estrella de la solución extrajudicial; y no sólo desde un punto de vista cuantitativo –incorporada a todos los acuerdos interprofesionales- sino también cualitativo, ya que se van perfilando sus contornos

⁷⁷ Rodríguez Fernández, M^a L escribe que “rara vez un órgano de conciliación medianamente diligente se resiste a no hacer propuestas alguna a las partes”, por lo que “es raro que una conciliación se desarrolle sin una mínima intervención del tercero, dado que entonces éste no es más que un convidado de piedra que, en términos generales, poco o nada aporta a la propia negociación entre las partes, a salvo de su propia presencia”, *Conciliación y mediación...*, opus., cit., pp. 185 y 191. Y Álvarez Cuesta, H, que, tomando palabras de Borrajo Dacruz, establece que “el conciliador puro y simple, si existe, recibe muy pronto el calificativo peyorativo de convidado de piedra, de mero certificante de las posiciones antagónicas”, *La mediación laboral...*, opus., cit., p. 112.

—se supone que con la voluntad de hacerla más efectiva—. Por tanto, se está apostando decididamente por la mediación.

Ni que decir tiene que el elemento que cualifica y caracteriza a la mediación está en la posibilidad del/la mediador/a de proponer opciones de solución al conflicto⁷⁸. Lo que resulta enormemente operativo para determinadas conflictividades y situaciones. Esto es, para los conflictos de intereses —lo que no anula, por supuesto, su efectividad para conflictos jurídicos—; y para los momentos, en los que los ánimos de las partes, les impide a éstas abordar la cuestión con la claridad necesaria o por haber adoptado unas posiciones irreductibles⁷⁹. Cualquiera que sea el motivo, lo cierto es que la intervención del/la mediador/a lleva implícita

⁷⁸ Obviamente, su labor no queda reducida a esta/s propuesta/s sino que se extiende, durante un primer momento, a otras tareas, también propias de la mediación; y, muchas de ellas, suponen la puesta en práctica de todas esas competencias, destrezas y habilidades adquiridas y/o desarrolladas durante el proceso formativo. A título ejemplificativo, lo primero, “es testar el conflicto y las partes, esto es, la «negociabilidad» del conflicto y el «poder» y margen que cada parte ostenta en el proceso de negociación, lo que entraña una valoración de los desequilibrios y de las posibles intervenciones destinadas a equilibrar el poder en la negociación. No todo conflicto puede ser negociado ni todas las partes son «aptas» y presentan «habilidad» para una negociación, siendo éstas las primeras decisiones que un mediador debe tomar”, García Álvarez, R, *El papel de la mediación...*, opus., cit., p. 47; y, lo segundo, “se espera que la actitud de la persona mediadora transmita respeto a las partes y su proceso de negociación. Para ello se aconseja cuidar aspectos como la puntualidad en la sesión, presentar de forma breve pero apropiada tanto la institución..., su labor... y la alternativa de solución autónoma que han iniciado... que tiene el cometido de intervenir poniéndose a su disposición, realizando una labor «facilitadora» en la búsqueda de un posible acuerdo entre las partes, pero aclarando que son ellas, las mismas partes, las únicas con capacidad de llegar a un acuerdo o bien constatar el desencuentro. Sin prisas, con delicadeza, procurando generar la máxima confianza en las partes, solicitará que cada parte se presente, para conocer quiénes son y a quiénes representan. El órgano mediador cuidará las formas para el desarrollo efectivo del procedimiento sin reforzar el ímpetu que pueden acarrear algunas intervenciones, más bien al contrario, reformulando los mensajes para destacar los intereses y las preocupaciones subyacentes de cada parte. Si este órgano compuesto por más de una persona, deben transmitir trabajo en equipo, sintonía y compartiendo el objetivo común de ayudar a solucionar la discrepancia planteada”, UGT, Guía de desarrollo del VI ASAC. Divulgación del último Acuerdo Interconfederal sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales. https://www.ugt.es/sites/default/files/guia_de_desarrollo_del_vi_asac.pdf (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024), p. 70. Con anterioridad y de forma muy similar, la *Guía de las Buenas Prácticas en Mediación del SIMA*, también conocida como Libro Blanco de la Labor Mediadora e, incluso, como Código Ético- <https://www.fsima.es/wp-content/uploads/Sima-Guia-de-las-Buenas-Practicas-en-Mediacion-Version-pagweb-1.pdf> (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024).

⁷⁹ En esta dirección, resultan enormemente clarificadoras las indicaciones del Código Ético del SERCLA, las cuales establecen que, en la preparación de las sesiones de mediación por las partes en la controversia, deberán orientarse a “argumentar adecuadamente los asuntos y comunicarlos de forma eficaz, gestionar las emociones, estudiar y valorar con carácter previo posibles concesiones, conocer los intereses de la otra parte, predeterminar la zona del posible acuerdo (ZOPA), diagnosticar de forma real las alternativas propias y de la otra parte de no llegarse al acuerdo (MAAN) y priorizar asuntos”.

esas propuestas de solución. Basta, a estos efectos, con acudir al art. 17.3 del VI ASAC⁸⁰.

Ahora bien, esta intervención no anula la configuración de la mediación como una expresión de la negociación asistida, puesto que la decisión final corresponde en exclusiva a las partes enfrentadas⁸¹. Ellas tienen todo el protagonismo⁸², se mantiene la bilateralidad. La propuesta del/la mediador/a es, simplemente y con todo, el punto de partida de la oportuna –y puede que, por sus posiciones, nueva– negociación, ya que, a partir de la propuesta, se podrá llegar al acuerdo. Una propuesta que puede aceptarse o modificarse, tanto en una opción como en la otra, de manera total o parcial⁸³ pero, en cualquier caso, va a suponer, sin duda,

⁸⁰ “La persona o personas mediadoras formularán propuestas para la solución del conflicto o la prevención del mismo, que podrán incluir el sometimiento de las discrepancias a arbitraje. Las partes aceptarán o rechazarán de manera expresa las propuestas formuladas, teniéndose por no realizadas si no fueran aceptadas”. Por su parte, el art. 24 del Reglamento del SERCLA establece que “Las Comisiones de mediación, constatada la dificultad para que las partes alcancen un acuerdo, podrán ofrecer la posibilidad de realizar una propuesta formal de mediación. El ofrecimiento deberá ser aceptado expresamente por las partes”. Hay que subrayar esta última exigencia; sin cuyo cumplimiento, no será factible la propuesta de solución; e igualmente, el Código Ético de este Sistema indica que “ambas partes admiten la posibilidad de que la Comisión de Mediación, llegado el caso, pueda realizar una propuesta formal de mediación y se comprometen a estudiarla y responder a la misma”.

⁸¹ Como sostiene Alonso García, es la “aceptación [la que] transforma...la simple propuesta en obligación jurídica”, *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*. Ed. Instituto de Estudios Económicos, 1979, p. 47. Con una significativa e importantísima excepción, la mediación del Estatuto Básico del Empleado Público, ya que, “conforme al artículo 38, es [necesaria] la aprobación o ratificación por los órganos de gobierno de las Administraciones con las que se negocia. Esto constituye una práctica común en la Administración Pública, pero resulta bastante irregular y casi incomprensible desde el punto de vista de la lógica de los procedimientos de solución de conflictos. Y ello por cuanto se condiciona la validez del acuerdo a su aprobación por una de las partes en conflicto. Esto...contraviene las reglas más básicas de la negociación y de la solución extrajudicial de conflictos, que se basan en la buena fe de las partes en el momento de la negociación y el equilibrio en sus posiciones”, Pérez Guerrero, M^a L, *Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática*, Temas Laborales, n^o 140, 2017, pp. 437 y 438. Igualmente, Moreno Vida, M^a N, -se “introduce un elemento extraño a la lógica de la solución extrajudicial de conflictos”-, *Las especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales en el sector público: personal laboral*, Temas Laborales, n^o 154, 2020, p. 185 y Gómez Caballero, P., que, incluso con más rotundidad, sostiene que el sometimiento a estos medios puede resultar “en la práctica absolutamente ineficaz, pues, incluso, en este último caso la Administración Pública de que se trate pueda intentar agotar sin resultado el sometimiento a una mediación que resultaría infructuosa, a la espera de poder hacer uso de la referida facultad unilateral”, *Especialidades de los procedimientos autónomos...*, opus., cit., p. 204.

⁸² Munduate Jaca, M^a L afirma que en la mediación “las partes mantienen el control sobre el proceso y los resultados del mismo, lo que reporta una mayor percepción de equidad sobre los resultados de dicho proceso”, *La mediación como estrategia...*, opus., cit., pp. 15 y 16.

⁸³ Y así lo entienden los firmantes del Reglamento del SERCLA cuando, en el art. 24.2, indican que “la ...propuesta únicamente podrá ser aceptada de forma global e íntegra sin posibilidad

una visión distinta y, por ello, va a ser –o puede ser– un importante y valioso criterio a considerar en la resolución de la controversia.

Por consiguiente, hay que admitir que esta/s propuesta/s no supone/n, en absoluto, una intromisión en la autonomía de las partes en conflicto; ni, por supuesto, impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin duda, estas dos razones, junto a la posible efectividad de la propuesta, son las que han llevado a su potenciación, hasta tal extremo que parece estar desbancando a los otros dos medios extrajudiciales. Eso sí, una promoción que está yendo pareja a la formativa, es decir, a la necesidad de que esos/as terceros/as adquieran, tanto desde un punto de vista sustantivo como adjetivo, la oportuna formación.

7.1. La formación: presupuesto básico de la actividad mediadora

La importancia de la formación está haciendo que ésta, cada vez más, aunque no siempre con la misma intensidad, forme parte, de una u otra manera, de los acuerdos de solución de conflictos. No obstante, parece que la batuta en la dirección orquestada de la formación va a ser asumida –o al menos, así se va a intentar– por las partes firmantes del Acuerdo estatal⁸⁴. Pero, con independencia de quienes tomen la dirección, hay un incuestionable presupuesto de partida: la formación es clave para la efectividad de la mediación. Efectividad, que genera, primero, confianza en sus destinatarios, y, por hacerlo y en segundo lugar, el desvanecimiento de la idea de que es un mero trámite para poder acceder a los órganos jurisdiccionales. Por tanto, hay que dirigir gran parte de los esfuerzos hacia el componente formativo.

Pues bien, cuando se habla de formación, ésta queda reducida, según los distintos acuerdos, a las personas mediadoras⁸⁵. Ahora bien, el VI ASAC da un importantísimo paso adelante: la búsqueda de un modelo formativo común para

de modificación, salvo que ambas representaciones coincidan en los términos de la modificación para llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto”.

⁸⁴ Lo que se desprende claramente de su Disposición Adicional Segunda –“las partes firmantes manifiestan su compromiso de impulsar un modelo formativo que pudiera servir de base para homogeneizar los requisitos exigibles para el desempeño de la función mediadora en el ámbito laboral”–.

⁸⁵ Por lo que se excluye la labor arbitral, a la que se le presupone, por los criterios de elección, dicha formación, ya que lo normal es que el requisito de acceso es que se trate de “profesionales de reconocido prestigio”. Así, por ejemplo, el art. 33 del Reglamento del SERCLA cuando afirma que el Colegio de Árbitros estará integrado por “juristas y profesionales de reconocido prestigio, personas expertas en materias inherentes al sistema de relaciones laborales, con contrastada imparcialidad” e, igualmente, el art. 8 del VI ASAC. Exigencia que, según UGT, “proporciona a las partes un plus de seguridad”, “*Otras vías de solución...*”, opus., cit., p. 14. Es cierto que, de este modo, queda cubierto el componente sustantivo de la formación; pero no tanto o no siempre, todo lo vinculado con la gestión del arbitraje –aspectos psicológicos, que no deben ser, en ningún caso, despreciados–.

todo el territorio nacional⁸⁶. Exactamente, se puede leer en su Preámbulo que “la formación se convierte en un hito relevante de este Acuerdo, que aspira a avanzar, con el resto de organismos autonómicos, en un modelo formativo común”. Y esta pretensión no queda entorpecida por las diferencias de los distintos marcos de relaciones laborales, ni tan siquiera por las diferentes regulaciones de las/os interlocutoras/es autonómicos, ya que se trata –o se debe tratar- de una formación perfectamente aplicable a cualquiera de estos ámbitos y sistemas. Máxime cuando, pese a las diferencias, como reconoce la Disposición Adicional Segunda del VI ASAC, tales acuerdos “actúan conforme a un esquema similar que tiene la mediación como herramienta principal de intervención en los conflictos laborales. Todo ello sin perjuicio obviamente de las especificidades propias de cada uno”.

Por consiguiente, y a priori, no parece ni desacertada esta voluntad, ni mucho menos difícil de alcanzar. Supone la determinación de una base formativa común para todas las personas mediadoras, con independencia de donde ejerzan esta tarea; y cuya acreditación debe ser el requisito de acceso y permanencia -se incide en el necesario reciclaje- en esta actividad –Preámbulo del VI ASAC-. O, con otras palabras, se busca la profesionalización de la persona mediadora, que no es posible sin esta formación tendente a la uniformidad y a la homogeneización.

Como se acaba de decir, esa formación es el presupuesto para el desempeño de estas tareas mediadoras; y así se recoge en los arts. 7 del VI ASAC⁸⁷ y 15.2 del Reglamento del SERCLA⁸⁸. Ambos preceptos delegan en sus respectivas comisiones de seguimiento el desarrollo del tema formativo, incluida la concreción de la formación demandada⁸⁹; y ninguna lo ha hecho por lo que se trata de una pretensión, hoy por hoy, carente de contenido. Siendo así, hay que desear que no se convierta en un brindis al sol. No obstante, no se puede ocultar que todos los Sistemas incorporan una formación básica y primera –sin perjuicio de posteriores actualizaciones- capacitadora de la labor mediadora. Lo ideal, con tal finalidad, es que dicha formación, lo que no siempre sucede, abarque los siguientes conte-

⁸⁶ “La confluencia progresiva de prácticas y criterios en materia de formación es un elemento esencial para la función mediadora” –Disposición Adicional Segunda del VI ASAC-.

⁸⁷ “Será preceptivo participar en la formación o acreditar ésta y el reciclaje en los términos establecidos en la Disposición Adicional Segunda”.

⁸⁸ “En cualquier caso, la actividad de mediación requerirá la realización de la formación en el ámbito del Sistema que a tal efecto determine la Comisión de Seguimiento del Sercla”.

⁸⁹ La Disposición Adicional Segunda del VI ASAC afirma que “la Comisión de Seguimiento del presente Acuerdo desarrollará las condiciones y el contenido del plan formativo aplicable a las personas que ejercen labores mediadoras en el SIMA-FSP”; mientras que el art. 6.5.4 del Reglamento del SERCLA incluye, entre las competencias de esta Comisión, “determinar tanto la formación requerida a las personas que van a realizar labores mediadoras, como el sistema de evaluación de la calidad en el desempeño de las personas que intervienen en los procesos de mediación y arbitraje”.

nidos: marco de relaciones laborales, medios y sistemas extrajudiciales, aspectos psicológicos –técnica, herramientas y destrezas- y diversidad de todas las personas integrantes de la mediación.

7.2. La incorporación de la virtualidad a la actividad mediadora: su articulación en el SERCLA

Las mediaciones online⁹⁰ son una realidad, que se ha visto fortalecida y consolidada con la crisis sanitaria. Lo que, en un primer momento, se convirtió en una salida, la única posible, al funcionamiento de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, con posterioridad, se ha institucionalizado como un soporte para, quizás, agilizar tales sistemas; sobre todo, en aquellos, que dan cabida a los conflictos individuales. Sin embargo, estos sistemas no están teniendo un comportamiento unánime. Así, las opciones son tres: a) los que mantienen, en todos los casos, la presencialidad, b) los que admiten solamente la presentación

⁹⁰ Se conoce como ODR el “conjunto de metodologías a través de las cuales se puede resolver un conflicto mediante el uso de la tecnología de la información y la comunicación que, de esta forma, se incorpora como «cuarta parte» a los modelos tradicionales tripartitos de resolución de conflictos. Vale decir que los ODR son el resultado de la sumatoria de metodologías de resolución de conflictos y cualquier herramienta de Internet que nos permita solucionar un conflicto”; de ahí que, en relación con la mediación, se asimilen e-mediación, mediación en línea o mediación por medios electrónicos, Franco Conforti, O D, *Conflictos y Blockchain. Construcción de paz*, Ed. Tecnos, 2022, pp. 71, 72 y 75. El art. 8.1 del Título II de la LO 1/2025 afirma que “las partes podrán acordar que todas o alguna de las actuaciones de negociación en el marco de un medio adecuado de solución de controversias, se lleven a cabo por medios telemáticos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a las normas previstas en este Título y, en su caso, a la normativa de desarrollo específicamente contemplada para la mediación”. Aunque, como se ha dicho, el ámbito laboral queda excluido, no tiene por qué haber problema para aplicar esta consideración de manera analógica.

virtual de la solicitud⁹¹ y c) únicamente⁹² los sistemas de La Rioja⁹³ y Andalucía prevén la mediación telemática. No obstante, es el segundo, en el que esta modalidad está teniendo un mayor y más completo desarrollo; de ahí que el análisis se vaya a focalizar en el SERCLA. Antes de entrar en él, hay que aludir a una cuestión, que se deriva de estas mediaciones online: cómo afecta a los principios, al procedimiento y a la formación de la persona mediadora.

La respuesta a dicho cuestionamiento, al menos en parte, no parece que sea especialmente compleja, ya que, de un lado, deben respetarse siempre los principios inspiradores de la mediación sino se quiere desnaturalizar; por ello, no pueden verse alterados, ni afectados por el cambio de realidad –de la presencial a la virtual-. Y por otro y partiendo de la irritualidad de la mediación, el hecho de la virtualidad no tiene por qué modificar el procedimiento, que, por lógica, seguirá adaptándose a las circunstancias y posiciones de las partes.

Sin embargo, cuando se habla de formación de las personas mediadoras, posiblemente, sí se haga necesaria su reformulación, ya que se requiere de unos conocimientos técnicos y, con mucha probabilidad, de ciertos cambios de estrategias, tácticas y herramientas fruto de la falta de presencialidad, que impide,

⁹¹ Es el caso de los Acuerdos de las Islas Baleares y de Aragón.

⁹² Igualmente, el SIMA se tuvo que adaptar a estas actuaciones online y, lo que es más importante, “se valoró no sólo que era una alternativa muy apropiada para ese momento puntual, sino también una oportunidad para establecerse como modalidad de futura implantación... fue necesario todo un proceso de capacitación personal y material que permitiera la realización de sesiones telemáticas, a discreción de los partícipes con el fin de minimizar los riesgos. Tras un análisis para concretar los requisitos mínimos necesarios se establecieron las garantías de conexión y respeto de la confidencialidad de las grabaciones en poder exclusivo del SIMA”; así, “por ejemplo, está prohibida la grabación de las sesiones por las partes interesadas. El SIMA solicita autorización para grabar dos momentos muy concretos: el inicio de las mismas, para dejar constancia de la identidad y representación que se ejerce por las partes que concurren y, al final, cuando se da lectura al acta y se da la conformidad a su contenido. En todo caso, se explica con antelación cuál es el proceder”, *Guía de Desarrollo del VI ASAC...*, opus., cit., p. 56. En la página del SIMA-FSP hay una pestaña dedicada a la presentación telemática de los procedimientos -<https://www.fsima.es/presentacion-telematica-de-procedimientos/> (Fecha de la consulta: 15 de octubre de 2024)-. Ahora bien, hoy en día, la virtualidad en el SIMA es residual; quedando reducida a supuestos muy concretos de imposibilidad de asistencia física.

⁹³ “El sistema de mediaciones on-line del Tribunal Laboral de La Rioja es un nuevo recurso del que disponemos para afrontar las nuevas realidades, y cuya puesta en marcha se ha anticipado ante la situación generada por la crisis COVID-19. Podrán realizarse de forma telemática aquellos procedimientos de conciliación-mediación en los que ambas partes acuerden voluntariamente la celebración telemática de los mismos. Para el desarrollo de la sesión telemática es imprescindible contar con los recursos tecnológicos necesarios”, en <https://www.tlrioja.com/formularios-solicitudes-de-actuaci%C3%B3n/conciliaci%C3%B3n-mediaci%C3%B3n-telem%C3%A1tica/> (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024).

por ejemplo, el mismo aprovechamiento del lenguaje no verbal⁹⁴ e, incluso, de la ubicuidad visual. En consecuencia, es clave que en la formación de los/as mediadores/as se fortalezca el componente técnico y se redimensione el tema de las competencias y habilidades.

Partiendo de estas consideraciones, se va a descender, como se acaba de adelantar, al SERCLA, cuya oficina virtual se puso en funcionamiento el 30 de abril de 2020 –fruto de la pandemia–, y se ha consolidado gracias, sobre todo, al fuerte impulso recibido con la actual versión (2022) de su Reglamento de funcionamiento y procedimiento.

La apuesta de las partes firmantes es claramente, como se puede observar de la lectura de este Reglamento, por la mediación, siguiendo la terminología del SERCLA, en línea. Es más, la Disposición Adicional Tercera prevé que, antes circunstancias excepcionales, “la Comisión de Seguimiento del Sercla podrá acordar [su] obligatoriedad”.

Exceptuadas éstas, hay que indicar que la opción entre la modalidad presencial o virtual corresponde, de acuerdo con el art. 17.1, al/la firmante del escrito de iniciación pero, en el caso de que no lo haga, “los servicios administrativos tramitarán la mediación bajo la modalidad en línea” –art. 21.4– y, a la postre, la intervención de la Comisión de Mediación se realizará, igualmente, en línea –art. 21.5–. Obviamente, esta elección marcará el desarrollo de la comparecencia⁹⁵; sin que quepa la posibilidad de que se pueda realizar de manera mixta, lo que se traduce en que “no podrá comparecer presencialmente ningún interviniente en la mediación, ya sea parte o asesor, salvo que previamente y con una antelación mínima de 24 horas se alegue carencia de medios tecnológicos, en cuyo caso los servicios administrativos facilitarán un punto de conexión en las sedes

⁹⁴ La *Guía de las Buenas Prácticas en Mediación* del SIMA incluye, entre las herramientas de la persona mediadora, “la comunicación no verbal.... Al establecer relaciones sociales, en muchas ocasiones, solamente con la imagen que proyectamos el interlocutor recibe y procesa abundante información. El órgano de mediación debe desempeñar un rol que denote actitudes, emociones y sentimientos, bien sean reales o simulados; la autoridad, la honestidad o la credibilidad son percibidas a través del lenguaje corporal y los movimientos. La persona que intervenga como mediador/a ha de asegurarse que su comunicación no verbal es congruente con el rol que se desempeña”.

⁹⁵ No obstante, en el Código Ético del SERCLA se indica que “el aplazamiento se producirá en todo caso cuando la modalidad sea en línea y surja un problema técnico no subsanable”, “si la imposibilidad queda referida a la asistencia presencial al acto de mediación, la parte afectada realizará, previo consentimiento inicial grabado de todas las partes al inicio de la sesión, un intento de conectarse en línea con el fin de evitar aplazar o concluir. Si es posible la solución técnica para todas las partes afectadas, incluido el propio Sistema, la modalidad de mediación se transformará sobre la marcha a en línea o semipresencial”.

correspondientes, siendo en cualquier caso la mediación bajo modalidad en línea” –art. 21.3.b)-.

Esta medida, sin duda, pretende paliar los problemas derivados de la carencia de medios técnicos, que fundamentalmente pueden sufrir las personas trabajadoras individualmente consideradas. De hecho, el propio SERCLA recomienda para poder ser parte en esta modalidad de mediación contar con “Pc o portátil con 4 gb de ram, webcam, auriculares y micrófonos, conexión a internet, preferentemente con cable Ethernet, acceso a la plataforma desde el link de invitación [e] instalación en el ordenador de certificado digital para la firma electrónica”⁹⁶. Y ello sin olvidar, por supuesto, la posible brecha digital.

Junto a los medios técnicos, además, se hace imprescindible tener la información necesaria y, en esta dirección, son varios los documentos publicados en la página web⁹⁷ del SERCLA, a los que hay que sumar, a estos efectos, de un lado, que “por acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sercla se aprobará el protocolo técnico para esta” modalidad online –art. 9.2-, y, de otro, el apoyo técnico prestado por el personal administrativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (en adelante, CARL)⁹⁸ así como por la secretaría técnica, ya que esta última tiene, entre sus competencias, las “funciones técnicas que sean necesarias para el desarrollo de la labor mediadora de la respectiva comisión de mediación” –art. 15.4-, dentro de las cuales hay que incluir las derivadas de la mediación en línea.

Más allá de lo dicho, no hay en el Reglamento ninguna especialidad o particularidad por el hecho de que la mediación sea en línea; salvo, pero no es en absoluto baladí, que la plataforma digital deberá garantizar “la igualdad de trato entre las partes y la confidencialidad y protección de datos en las comunicaciones” –art. 9.2-; presupuestos básicos de toda mediación. Garantía, que será

⁹⁶ *Nuevos protocolos para nuevas realidades. Guía para la solicitud, tramitación y celebración de mediaciones laborales en el Sercla* (Junio de 2020) -https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/guia_mediacion_SERCLA_junio%202020.pdf (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024)-. El art. 23.2 del Reglamento prevé que “para el caso de la parte comparezca mediante plataforma telemática en línea y carezca de certificado digital o no sea posible su firma por cualquier otra imposibilidad técnica, podrá autorizar a otra persona que firme en su nombre, dejándose constancia de tal circunstancia en el acta”.

⁹⁷ Entre ellos, cabe destacar el *Manual sobre cómo presentar un escrito de inicio de un procedimiento de mediación laboral ante el SERCLA o condiciones de aceptación para efectuar las sesiones de mediación por videoconferencia* <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaytrabajoautonomo/areas/relaciones-laborales/organos-dialogo/carl/sercla/procedimientos-formularios.html> (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024).

⁹⁸ En concreto, el art. 8.2 del Reglamento afirma que “los servicios administrativos del CARL...actuarán en sus correspondientes ámbitos como soporte técnico en la tramitación de todas las fases de la sustanciación de los procedimientos”, por lo tanto debe extenderse a la virtualidad.

controlada por los correspondientes servicios administrativos⁹⁹; y que lleva a la prohibición de grabar las sesiones de mediación.

Esta decidida apuesta por la mediación en línea, sin embargo, no ha encontrado, en situaciones de normalidad, una explicación¹⁰⁰. Así que se desconocen los motivos que han podido conducir a ella; aunque se puede barajar como factor determinante su propia facilidad –y por qué no, comodidad– para la celebración y gestión de las correspondientes mediaciones. De hecho, ya en la Memoria de Actuaciones 2020 del CARL, se afirma que, tanto para los conflictos colectivos como para los individuales, la participación online de las partes ha aumentado y, con ella, las tramitaciones efectivas de los procedimientos.

Lo que sí parece claro es que entre esas razones no ha estado la efectividad o no de la e-mediación. Con esto, se quiere decir que el hecho de que se celebre la mediación presencial o virtualmente no parece que esté afectando a sus resultados. En consecuencia, se trata, sin más, de dos modalidades alternativas; ninguna mejor que otra, si se acoge como criterio, para su efectividad, las avenencias. De hecho, siguiendo con la mencionada Memoria de Actuaciones; en ella se puede leer que “la implantación de dicha medida [no ha] dado lugar a una alteración sustancial de los resultados del SERCLA respecto a años anteriores, por lo que podemos afirmar que la mediación online es acorde y posibilita los fines y objetivos que persigue el SERCLA”¹⁰¹.

Descendiendo a los datos, se va a presentar dos tablas con una comparativa por años y tipos de conflictos. No obstante, hay que tener en cuenta que el año en curso (2024), los últimos datos conocidos, a fecha de este trabajo, son los de octubre.

⁹⁹ Así, por ejemplo, en estas mediaciones en línea, “la identidad de las personas comparecientes se verificará mediante audio grabado en la plataforma por Secretario/a mencionando los nombres, apellidos, DNI y representación de las partes interesadas comparecientes, confirmado la grabación los propios interesados declarando ser cierto dichos datos y exhibiendo a cámara el DNI o cualquier otro documento identificativo. Conforme a la LOPD, dicha grabación se eliminará tan pronto se firme digitalmente el acta de finalización del procedimiento”, *Nuevos protocolos para nuevas realidades...*, opus., cit.

¹⁰⁰ Excluida que la tramitación virtual de la documentación se adopta por un criterio de sostenibilidad medioambiental, *Nuevos protocolos para nuevas realidades...*, opus., cit.

¹⁰¹ *Memoria de Actuaciones...*, opus., cit., p. 85.

CONFLICTOS COLECTIVOS	2019	2020	2021	2022	2023	2024
CON AVENENCIA	38.38%	29.53%	34.52%	34.16%	37.48%	33.15%
SIN AVENENCIA	61.62%	70.47%	65.48%	65.84%	62.52%	66.85%

CONFLICTOS INDIVIDUALES	2019	2020 ¹⁰²	2021	2022	2023	2024
CON AVENENCIA	24.74%	27.38%	28.96%	30.18%	26.33%	24.61%
SIN AVENENCIA	75.26%	72.62%	71.04%	69.82%	73.67%	75.39%

Fuente: SERCLA¹⁰³

Elaboración propia

No hace falta realizar ningún esfuerzo hermenéutico para comprobar que los porcentajes de avenencias, con la implementación de la mediación telemática, no han variado, ni tan siquiera, mínimamente –incluso, en los conflictos colectivos, las avenencias fueron más en 2019-. Y, en cualquier caso, el número sigue siendo, sin perjuicio de la forma de la mediación, relativamente escaso, lo que permite preguntarse por los motivos de esta realidad, cuya respuesta demanda un apartado independiente.

8. EFECTIVIDAD (O NO) DE LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: CONCLUSIONES PROPOSITIVAS

La efectividad de los medios extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral debe hacerse partiendo de una premisa: no debe tratarse de un mero análisis teórico, sino que es imprescindible acudir a los datos, ya que son el único barómetro para evaluar esta efectividad. Con ellos, no sólo se puede conocer el pasado y presente de estos medios, sino también, y mucho más importante, aventurarse a proponer soluciones. Sin ellos, cualquier intento de mejora, por parte de las/os interlocutoras/es sociales o de las/os intérpretes jurídicas/os, está condenado al fracaso. Y, pese a ello, resulta curioso que, entre los

¹⁰² En este año, el 51.91% de las mediaciones de conflictos individuales se realizaron online, *Memoria de Actuaciones...*, opus., cit., p. 99.

¹⁰³ Toda la información es obtenida de las Memorias de 2019 y 2020, así como de los informes de actividades de 2021, 2022, 2023 y parte del 2024 contenidos en la página web del SERCLA - <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcari/web/guest/informes-y-estadisticas1> (Fecha de consulta: 6 de noviembre de 2024)-.

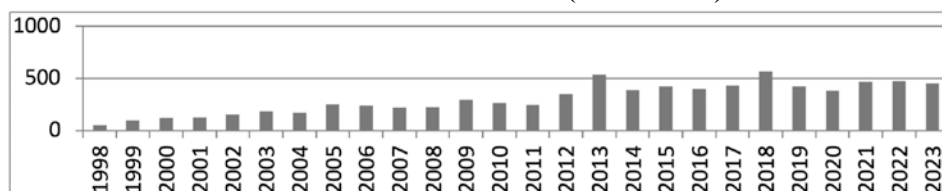
principios inspiradores de los correspondientes acuerdos interprofesionales, no suele incluirse el de su efectividad¹⁰⁴.

Aunque los datos van a estar referidos al Sistema estatal y andaluz; esta limitación no impide extraer conclusiones, válidas para estos Acuerdos, pero, igualmente, trasladables al conjunto del panorama español, ya que, sin que resulte voluntarista, los resultados son más o menos parecidos –como lo son los propios sistemas¹⁰⁵– en todos los ámbitos.

Empezando con los conflictos colectivos, el primer dato significativo, y que, a primera vista, puede ser interpretado de manera positiva, es que su número ha aumentado paulatinamente desde el inicio de estos sistemas. Con el paréntesis, que tampoco fue especialmente llamativo a estos efectos, de los momentos más agudos de la pandemia.

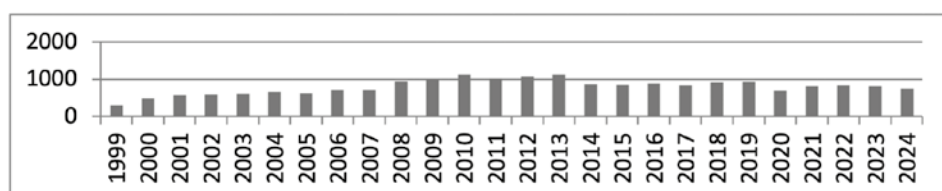
¹⁰⁴ Por ejemplo, el VIASAC, en su art. 10, y entre los principios rectores de los procedimientos, establece que deberá procurarse “la máxima efectividad y agilidad en su desarrollo”. No se trata, exactamente, de esta efectividad sino de la del sistema extrajudicial en su conjunto. Curiosamente, el art. 18.2 del Estatuto del Trabajo Autónomo, con todas sus limitaciones en esta materia, sin embargo, indica que los acuerdos de interés profesional podrán instituir sus propios medios extrajudiciales, pero, ahora, lo importante es que se deben diseñar atendiendo a una serie de principios, entre los cuales está el de “efectividad”. Principio básico, sin el que estos medios pierden sentido y, sobre todo, funcionalidad.

¹⁰⁵ “Se aprecia un notable grado de influencia mutua y perceptible proceso de mimetismo regulativo”, Cruz Villalón, J, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 18.

PROCEDIMIENTOS SIMA (1998-2023)¹⁰⁶

Fuente: SIMA-FSP¹⁰⁷

Elaboración propia

PROCEDIMIENTO SERCLA (1999-2024)¹⁰⁸

Fuente: SERCLA¹⁰⁹

Elaboración propia

En el Acuerdo andaluz, la media de conflictos ha estado en 801 (excluido 2024 por no haber finalizado); número que casi triplica, por razones obvias, la media del estatal, que está en 304¹¹⁰. En cualquier caso, la progresión del número de conflictos es coherente con la consolidación de los sistemas extrajudiciales. No obstante, la crisis económica y, con ella, la Reforma de 2012, se pueden considerar puntos de inflexión en esta evolución, ya que la segunda claramente estaba desnivelada a favor de la flexibilidad –empresarial- y, por hacerlo, generó importantes focos de conflictividad que, por su permanencia, han podido conceder cierta estabilidad a la conflictividad. De hecho, ésta existe desde 2013

¹⁰⁶ No existen datos posteriores al año 2023.

¹⁰⁷ Toda la información se encuentra en fsima.es (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2024). Para evitar la reiteración de esta nota en todas las gráficas, al ser la misma fuente, sirva ésta como referente.

¹⁰⁸ En 2024, los últimos datos son de octubre.

¹⁰⁹ <https://www.juntadeandalucia.es/empleoformacionytrabajoautonomo/portalcarr/web/guest/informes-y-estadisticas1> (Fecha de la consulta: 6 de noviembre de 2022). Para evitar la reiteración de esta nota en todas las gráficas, al ser la misma fuente, sirva ésta como referente.

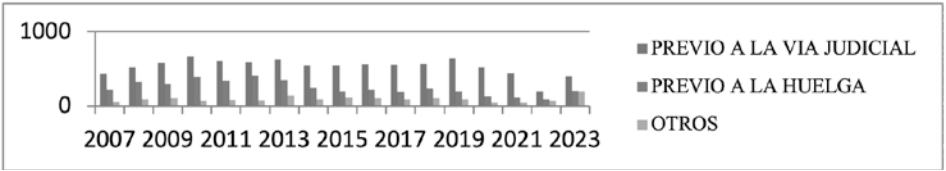
¹¹⁰ Ahora bien, como se encarga de destacar Cruz Villalón, J, “los conflictos colectivos tramitados a través del acuerdo estatal tienen un valor cualitativamente más relevante, en la medida en que tienen impacto sobre un mayor número de trabajadores y, al propio tiempo, abordan asuntos de superior alcance en cuanto a su repercusión general sobre el sistema de relaciones laborales”, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 18.

en el ASAC y, fruto de la crisis, desde 2010 en el SERCLA –con algunos picos en concretos años-.

Es significativo que la casi totalidad de estos procedimientos son promovidos por el banco social –sean las organizaciones sindicales, sea la representación de las personas trabajadoras-. En muy raras ocasiones, el acceso a estos sistemas es iniciado por las empresas o por las organizaciones empresariales; y, mucho más anecdótico, hacerlo de manera conjunta. Se desconocen los motivos de esta realidad; no obstante, cabría pensar, entre otros, en el mayor descrédito empresarial por estas vías extrajudiciales o, simplemente, en el dato de que la conflictividad, cualquiera que sea su contenido, proviene de decisiones y/o actuaciones empresariales.

En cuanto al tipo de conflictos, la tónica general es la significativa desproporción entre los jurídicos, en sentido estricto, sobre todos los restantes.

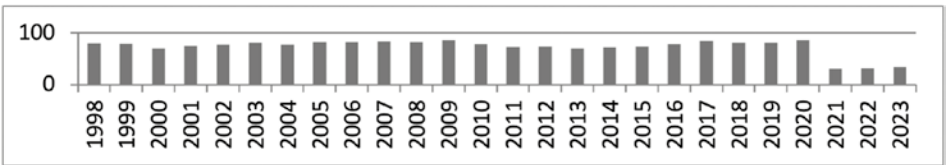
MODALIDADES PROCEDIMENTALES SERCLA



Fuente: SERCLA¹¹¹

Elaboración propia

CONFLICTOS INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN SIMA

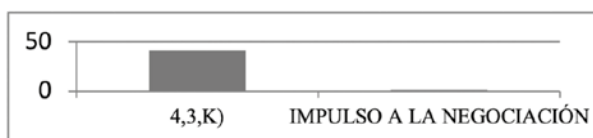


Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

¹¹¹ El año 2022 no está completo en la gráfica debido al distinto criterio contenido en la correspondiente memoria. Así, en este año, los porcentajes fueron los siguientes: Previos a la vía judicial, el 54.60%, previos a la huelga, el 21.87% y conflictos de intereses, el 42.55%.

Con estos datos, es lógico que se haya entendido los medios extrajudiciales como un mero trámite preprocesal. Visión, a la que quiere hacer frente el ASAC pues, como se lee en su Preámbulo, “con estas nuevas competencias las Organizaciones firmantes del Acuerdo expresamos nuestra firme voluntad de superar la concepción de la mediación como un trámite previo a la vía procesal, situando los procedimientos autónomos de solución de discrepancias y conflictos laborales en el centro de nuestro sistema de relaciones laborales, como una expresión más de la autonomía colectiva. Dichos procedimientos están llamados también a promover la negociación colectiva, que es el eje sobre el que se fundamenta nuestro sistema, y a la anticipación al conflicto”. Y, entre esas competencias, se sitúa el impulso a la negociación –en 2023, 6 intervenciones-. Frente a estas, las controversias del art. 4.3 del VI ASAC están teniendo un enorme protagonismo si se atiende al número de casos sometidos al SIMA.



Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

Y, en esta misma línea, hay que resaltar que, tres años más tarde, de la incorporación de la mediación preventiva; en 2023, sólo ha habido 2. Las razones pueden estar en la falta de cultura en esta prevención del conflicto, de desarrollo de esta modalidad de mediación por parte de la Comisión de Seguimiento o, sencillamente, de publicidad y conocimiento de esta alternativa. Cada una por separado o la combinación de todas ellas, puede estar en la base de su desatención.

En el caso del SERCLA, los conflictos de interpretación y aplicación del convenio o cualquier otra norma –tienen cabida en su ámbito conflictual- copan la mayoría de los sometidos a este Sistema. No obstante, y a diferencia del estatal, existe una mayor incidencia de los conflictos de intereses, existiendo años, como el 2020, en el que el número fue más o menos parecido.

Excluidos los comentados conflictos, los siguientes, en términos cuantitativos, en el Sistema estatal, son los que dan origen a la huelga –no así los de determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento¹¹²-, con un aumento sustancial a partir del año 2010; y los nacidos de los bloqueos en la negociación de

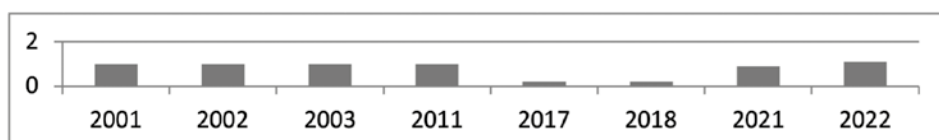
¹¹² Sólo en dos años (2004 y 2019), ha habido conflictos de esta naturaleza; significando, respectivamente, el 1% y el 0.2% de la conflictividad sometida al SIMA.

convenios colectivos –tampoco son relevantes los de otros pactos o acuerdos¹¹³-. Estos últimos, han ido descendiendo paulatinamente a partir del año 2009 aunque es, desde 2012, cuando se acusa más el descenso, hasta llegar a ser, en los últimos años, una conflictividad totalmente residual.

Este descenso merece tres comentarios. Por un lado, que las partes, como tónica general, son reacias a aceptar la intervención de terceros en la negociación de convenios por considerarse, sin demasiado fundamento, una injerencia en su autonomía colectiva, lo que las lleva a no acudir a la mediación y, en casi ningún supuesto, al arbitraje. Por otro, que la disminución, muy probablemente, se debe a la pérdida, con la Reforma de 2012, de la ultraactividad del convenio, que condujo a que el banco social en la comisión negociadora, ante la posibilidad de anomia convencional, desarrollase una negociación a la baja. Y para terminar y como pronóstico, que el actual art. 86.4 del ET puede hacer que aumente, incluso de manera significativa, el número de sometimientos a mediación, lo que no quiere decir, en ningún caso, que acreciente el de avenencias.

Con respecto a los restantes conflictos, es inaudito que las partes enfrentadas no hayan interiorizado estos medios extrajudiciales como la alternativa idónea para su solución. Y, de nuevo, los datos avalan esta afirmación.

DISCREPANCIAS EN EL SENO DE LA COMISIÓN PARITARIA



Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

Es casi imposible admitir que este tipo de conflictos no haya existido en todos los años, que no aparecen en la gráfica; máxime si se toma en consideración que la intervención de este órgano convencional discurre a través de la negociación, que reproduce las tensiones de la fase de creación del convenio.

¹¹³ Este tipo de conflictos ha sido llevado al SIMA, con porcentajes insignificantes, en los años 2016 (0.3), 2018 (0.2), 2020 (0.3) y 2021 (0.2).

DISCREPANCIAS EN LOS PERÍODOS DE CONSULTA¹¹⁴

Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

Pese a la voluntad del legislativo de 2012 por favorecer la flexibilidad interna mediante el descuelgue, lo cierto es que su recorrido no ha sido especialmente relevante. Y ello porque, en un principio, el temor de la representación de las personas trabajadoras a que el procedimiento finalizase con el arbitraje obligatorio, les condujo –y les conduce- a aceptar las propuestas empresariales. De ahí que, en ese inicio y ahora, muchos períodos de consulta acabasen –y acaben- con acuerdo.

Esto, de algún modo, está en consonancia, consciente o inconsciente, con lo que en psicología se conoce como BATNA (best alternative to a negotiated agreement), es decir, optar por la “mejor alternativa para un acuerdo negociado”¹¹⁵, y en la que influye, de manera significativa, los desequilibrios de poder¹¹⁶. Unos profundos desequilibrios y unas opciones legales, que están en la base, con toda seguridad, de esas decisiones del banco social.

Siendo la tónica normal, no excluye que, según la gráfica, el año 2013, justo después de la Reforma, fuese el de mayor número de este tipo de conflictos. Ahora

¹¹⁴ Sin que haya ninguno en relación con el período de consultas del art. 44.9 del ET.

¹¹⁵ Martínez Pecino, R, *Efectividad de la mediación en conflictos laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, p. 50.

¹¹⁶ Cohen, S y Altimira, R, *Claves de negociación...con el corazón y la mente*, Ed. McGrawHill, 2003, pp. 23 y 24.

bien, supusieron el 2% del total de los sometidos al Sistema estatal. Porcentaje, sin más, ridículo. De todos modos, por su ámbito territorial, se daría en empresas, en las que la posición de la representación de los/as trabajadores/as permite un mayor equilibrio de fuerzas.

No obstante lo anterior, tampoco se puede desconocer que el uso de este descuelgue, pese a las ventajas ofrecidas para la clase empresarial, no ha sido, en términos generales, lo habitual; y no lo ha sido porque se sustituyó esta medida de flexibilidad interna por otra más “cómoda” –procedimentalmente pero también, y muy particularmente, por el desequilibrio negociador y por su falta de causalidad- para las empresas como fue la negociación de convenios de empresa, en régimen de prioridad aplicativa, para condiciones cruciales como la cuantía salarial. Ello puede justificar, además, que en los años 2015, 2018 y 2019, ni siquiera se plantearan conflictos de inaplicación ante el SIMA.

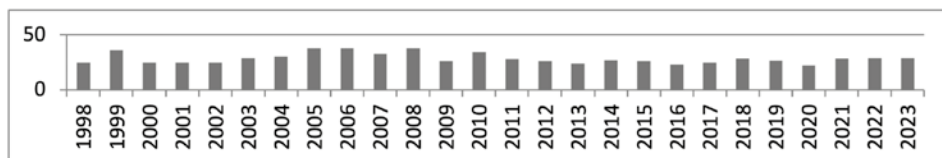
Como previsión, cabe aventurar que, tras la supresión, con la Reforma de 2021, de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, las empresas empiecen a optar por el descuelgue aumentando la conflictividad y, a la postre, el sometimiento a las vías extrajudiciales pactadas en los acuerdos interprofesionales. Sin embargo y como se puede observar en la correspondiente gráfica, los datos no corroboran esta afirmación.

La efectividad de un sistema extrajudicial, con todo y pese a todo lo anterior, se evalúa –o debiera evaluar- en función de los resultados. Es decir, de las soluciones al conflicto. Si a ello se suma que esas soluciones se alcanzan mediante vías permisivas de la reformulación y de la redimensión de la realidad –de las relaciones entre las partes-, se habrá dado un paso de gigante en la madurez de estos sistemas. Sin embargo, este segundo momento no parece que se haya logrado tanto por los resultados, que a continuación se van a exponer, como por la interiorización, que no siempre existe, quizás por falta de formación, en los/as terceros/as, de esas técnicas, habilidades y competencias facilitadoras de modelos distintos y más progresivos, sobre todo, de mediación.

Los resultados, medidos en número de avenencias, no son especialmente positivos. En el caso del SIMA, ninguno de los años de la serie histórica, supera el 40%; siendo los años 2005, 2006 y 2008, los que tienen mejores resultados con un porcentaje del 38%. Este dato debe complementarse con otro, de gran relevancia, como es que “el índice más significativo del éxito de estos procedimientos se comprueba en la fase de seguimiento, dado que se constata que entre el 85% y el 96%, según los años, de las avenencias logradas se cumplen estrictamente en los términos acordados por las partes en conflicto, lo que indica la influencia decisiva que tienen estos procedimientos para resolver de manera efectiva las discrepancias que dieron lugar en su origen al desencuentro entre las

partes”¹¹⁷. Ahora bien, no cabe confundir conceptos. Una cosa es que se cumpla el acuerdo, y otra, bien distinta, es que se consiga esta visión transformadora y de futuro de la mediación.

AVENENCIAS EN MEDIACIÓN (SIMA-FSP)



Fuente: SIMA-FSP

Elaboración propia

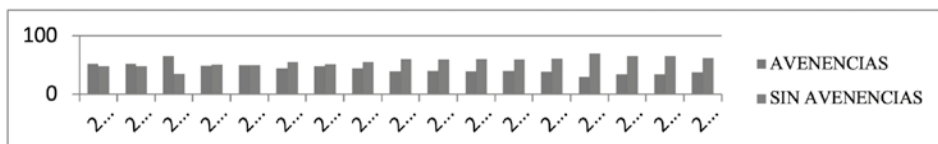
Los resultados son más alarmantes en el caso del SERCLA¹¹⁸, ya que, desde 2011, todos los años, el desacuerdo en mediación ha superado al acuerdo, y, en algunos, como el 2020, de manera sustancial. Ahora bien, hay conflictos, en los que el porcentaje de acuerdo, sin ser enorme, sin embargo, sí supera la media. Es el supuesto de los conflictos previos a la huelga. Por poner sólo un dato, en 2023, se alcanzó 77 acuerdos, lo que evitó “la pérdida de horas de trabajo por huelgas

¹¹⁷ Cruz Villalón, J, *Balance general de la mediación y el arbitraje...*, opus., cit., p. 20.

¹¹⁸ Para Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M, siempre en comparación con los restantes sistemas autonómicos, el SERCLA “puede considerarse bastante exitoso”; eso sí, atendiendo al dato de su utilización, *Balance del Sistema Extrajudicial...*, opus., cit., p. 152.

equivalentes a más de 4 millones y medio de horas”. Este dato suele ser el “que se maneja regularmente para valorar [la] eficacia” del Sistema¹¹⁹.

PORCENTAJES DE AVENENCIAS Y DESAVENENCIAS EN MEDIACIÓN (SERCLA)



Fuente: SERCLA

Elaboración propia

Cuando se acude a los conflictos individuales, en el SERCLA¹²⁰, los resultados, pese a las diferencias, no difieren de manera sustancial, de los expuestos en relación con los conflictos colectivos.

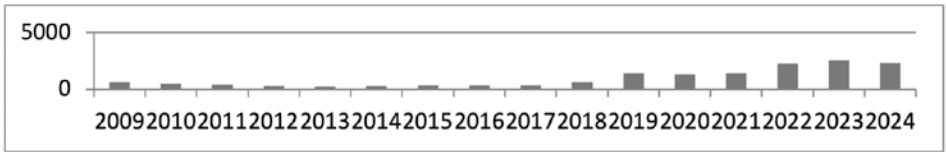
Hay una progresión en el número de procedimientos, que, en este caso, encuentra en el año 2018 su punto de inflexión, y que se debe, sencillamente, a la incorporación de las controversias referidas al “régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido” –art. 4.3.e) del Reglamento-

¹¹⁹ Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M, *Balance del Sistema Extrajudicial...*, opus., cit., p. 154.

¹²⁰ Salvo error u omisión, no se han encontrado datos sobre conflictos plurales.

Aunque también ha influido el aumento exponencial de la obligatoriedad de sometimiento a este Sistema.

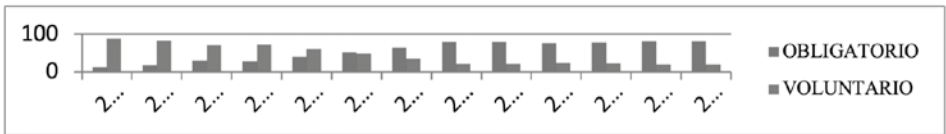
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE CONFLICTOS INDIVIDUALES



Fuente: SERCLA

Elaboración propia

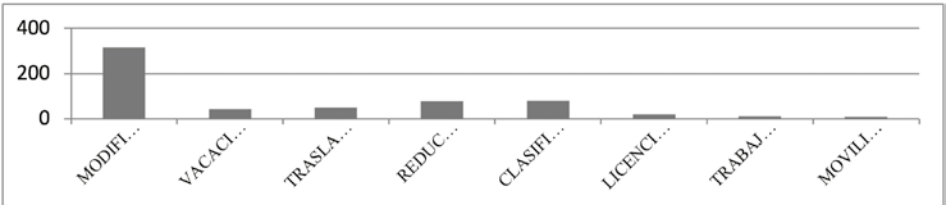
PORCENTAJES DE OBLIGATORIEDAD Y VOLUNTARIEDAD EN EL SOMETIMIENTO AL SERCLA



Fuente: SERCLA

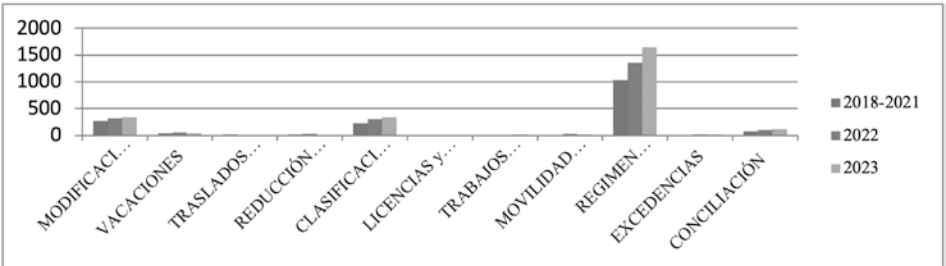
Elaboración propia

En cuanto al objeto de los conflictos, en las dos siguientes gráficas, se contienen tanto las materias como la media de la serie histórica. La primera, hasta 2018 –por tanto, antes de que se incorporasen las nuevas controversias atinentes al régimen disciplinario, a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a las excedencias-; y la segunda, con todas las actualmente enumeradas en el art. 4.3 del Reglamento.



Fuente: SERCLA

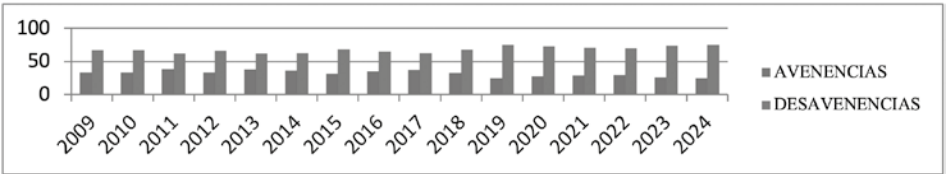
Elaboración propia



Fuente: SERCLA

Elaboración propia

Se va a terminar con los porcentajes de acuerdo o desacuerdo en las mediaciones celebradas con motivo de conflictos individuales. Como se puede apreciar en la siguiente gráfica, todos los años superan con creces –en algunos, los triplican- los desacuerdos a las avenencias.



Fuente: SERCLA

Elaboración propia

Sin que por básica, pueda resultar simplista, la radiografía de los medios extrajudiciales es que, pese al aumento del número de procedimientos, los

resultados son, en términos generales, bastante desalentadores¹²¹; y no sólo, que también, por el escaso número de acuerdos alcanzados, sino por la polarización conflictual, que pone de manifiesto la dificultad, casi extrema, de que estos medios se extiendan, pese a formar parte de los ámbitos funcionales de los acuerdos, a todas aquellas otras controversias para las que, sin ningún género de dudas, éstos pueden ser, como mínimo, igual de procedentes, y de manera muy particular, para los conflictos, cualquiera que sea su sede y contenido, de intereses¹²².

Siendo así, hay que concluir que los datos, tomando una perspectiva de memoria histórica, pronostican un futuro no especialmente halagüeño. Ello no debe conducir al efecto desánimo; todo lo contrario, tiene que ser un aliciente y un resorte para que todos los sujetos implicados, y a todos los niveles, continúen sus esfuerzos para que los medios extrajudiciales, se conviertan en la alternativa¹²³ privada y autónoma a la resolución de conflictos; abandonando, de una vez por todas, esa idea de apéndice de la vía judicial. Y para ello hay que actuar en los siguientes ámbitos.

En primer lugar, hay que aceptar que todo apunta a que el futuro de los medios extrajudiciales en general, y en el ámbito laboral en particular, pasa por la mediación; con respecto a la cual hay que distinguir dos planos. Uno, y así queda demostrado con los datos, es que las partes enfrentadas, en casi, por no decir todas, las ocasiones, optan por esta vía extrajudicial. Con lo cual, la actuación no debe dirigirse a su mayor uso, sino, y sería el otro, a intervenir, por un lado, para favorecer su extensión a todas las conflictividades, y por otro, para aumentar los porcentajes de avenencias, que parecen, incluso, que se han estancado en negativo. Y resulta muy difícil de entender que siendo conflictos distintos y

¹²¹ En contra, Granados Romera, M^a I al sostener que “los datos estadísticos publicados por los distintos sistemas...evidencian los numerosos efectos positivos de su actividad”, *Los procedimientos autónomos de solución de conflictos...*, opus., cit., p. 482.

¹²² “En los conflictos jurídicos las discusiones tratan sobre lo correcto y lo incorrecto por lo que ambas partes adoptan posiciones indivisibles-no negociables. Por el contrario, los conflictos de intereses se centran más en las preferencias de las partes y no están sujetos a normas claras por lo que son más sensibles a la mediación”, Martínez Pecino, R, *Efectividad de la mediación...*, opus., cit., p. 49.

¹²³ De esta misma opinión Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M, *Balance del Sistema Extrajudicial...*, opus., cit., p. 154.

partes diferentes, con posiciones e intereses, se supone, igualmente, diversos, los porcentajes se mantengan relativamente estables a lo largo del tiempo.

En segundo lugar, que hay que lograr dos objetivos en relación con la persona mediadora.

a) La apuesta por su formación y profesionalización. Como es obvio, esto último no debe entenderse como dedicación exclusiva en el ejercicio de una profesión, sino como resultado de esa formación. Quizás, sería más acertado hablar de especialización. Esto es, de profesionales especializadas/os en mediación laboral, lo que no está reñido con el protagonismo de las organizaciones firmantes en la elección de los/as mediadores/as.

Y para ello es fundamental, que estén dotados de los instrumentos formativos necesarios, los cuales no pasan únicamente por el conocimiento técnico de la materia laboral –por supuesto, imprescindible-, sino también por la realidad de las relaciones de trabajo y, al mismo tiempo y con la misma intensidad, del contenido, se puede llamar así, psicológico de la mediación y de la negociación. En ocasiones, ese aprendizaje se pueda adquirir con la experiencia pero, si nos atenemos a los datos, no parece, en el que caso de que exista dicha experiencia, que esta sea suficiente.

No se puede ocultar que, desde el nacimiento de estos sistemas extrajudiciales, sus gestores han estado preocupados por el tema formativo, pero también es cierto que se ha dejado, con demasiada frecuencia, a las habilidades innatas de la persona mediadora o se ha cubierto con una formación extremadamente básica. Quizás aquí esté la causa de esa mayor preocupación de los firmantes, al menos del VI ASAC, por la formación. En definitiva, una formación, que capacite a la persona mediadora a utilizar y emplear todas las técnicas, estrategias y tácticas oportunas para que, en efecto, su resultado final sea la avenencia entre las partes.

Ahora bien, también influye, y no puede desconocerse, la actitud de las partes. Éstas, en muchos casos, son totalmente reacias a propiciar el acuerdo, ya sea por sus posturas intransigentes, ya sea por ver la comparecencia como un mero trámite. Siendo así, lo normal es que ésta sea de muy corta duración, lo que va a dificultar la labor de la persona mediadora. Pero, seguro, que aún con este condicionante, su formación puede, en más de una ocasión, contrarrestar y disuadir a las partes de estos comportamientos. Para ello, sólo es necesario, teniendo la formación, tiempo.

El art. 13.5 del VI ASAC dice que “instada la mediación ante el SIMA-FSP, la primera reunión...”, es decir, que, en principio, no hay limitación; y, por tanto, se pueden desarrollar tantas reuniones como sean necesarias. En el año 2023, los expedientes tramitados –tanto mediaciones como arbitrajes- contaron con una

duración media de las reuniones de 2 horas y 34 minutos (52 minutos más que en el año anterior). Con este dato, cabe preguntarse si esta duración, obviamente media, es suficiente para propiciar el acuerdo, máxime cuando, lo normal, es que haya una única reunión. La respuesta parece obvia. Si este fue el número de sesiones y el tiempo de las mismas, es porque no sería necesario más –o por qué no habría más recursos, principalmente, personales-. Sin embargo, esta obviedad es relativa. Cuesta trabajo entender que sea lo oportuno y, posiblemente, éste sea otro de los elementos disfuncionales al acuerdo en mediación.

b) Las/os terceras/os tienen que tener el margen de acción necesario para poder moldear los canales de resolución a los intereses de las partes, sin que queden encorsetados/as por estrictas y teóricas calificaciones jurídicas. Esto no quiere decir, en absoluto, que éstas deban despreciarse, sino que deben entenderse y aplicarse en su justa medida. Por consiguiente, esta debe ser la premisa básica de la actuación de la persona mediadora, puesto que si algo está claro es que, con independencia del objeto del conflicto, todos encierran una contraposición de intereses y posiciones¹²⁴, que no puede ser desatendida, y que, gracias a las características de la mediación, permiten esa “personalización” de la posible solución.

En esta misma dirección, la labor de la persona mediadora –no hay que olvidar que casi siempre es posible; es más, que siempre es recomendable- puede orientarse a buscar esa transformación de las relaciones de trabajo, ya sean colectivas o individuales. Una tarea para nada desdeñable; y que no siempre se lleva a cabo. Y cuando no, en la mayoría de las ocasiones, es consecuencia del desconocimiento de los recursos oportunos –debe tenderse hacia modelos transformadores- por parte de la persona mediadora, lo que nos remite, una vez más, a su formación. Incluso, y aún con su difícil materialización, debe extender su radio de acción a la prevención del conflicto.

En suma, el/la mediador/a, con todo lo que supone el concepto, es esencial para garantizar la efectividad y el buen curso de la propia mediación.

Y en tercer y último lugar, hay que intervenir en el ámbito conflictual. Esto es, en la posibilidad de extender la mediación a otros conflictos distintos a los habituales incorporados a los correspondientes acuerdos interprofesionales. Conflictos, que existen y que se plantean en el devenir de las relaciones de trabajo

¹²⁴ Como dice Munduate Jaca, M^a L., “el rol de abrir canales de comunicación entre las partes, con el objetivo de conocer los intereses y necesidades subyacentes, es una de las tareas más destacadas en el proceso de mediación”; “por lo tanto, el objetivo de la mediación reside en llevar a las partes desde posiciones de derecho o de poder, a centrarse en los intereses”, que son “necesidades, deseos, afectos y/o miedos por las cosas que a uno le preocupan” y “reconciliar intereses no es sencillo. Implica indagar en las preocupaciones latentes de las partes y buscar soluciones creativas”, *La mediación como estrategia...*, opus., cit., pp. 19 y 20.

y, en particular, en las empresas, afectando, como no puede ser de otro modo, al clima laboral.

Por consiguiente, son los/as negociadores/as de los convenios los que tienen que asumir esta responsabilidad –nunca delegada en la empresa de manera unilateral a través de los soportes de la responsabilidad social empresarial- incorporando en sus convenios la mediación para esta otra conflictividad.

Con todo, se conseguiría, primero, que se atendiese a unas realidades conflictuales, a nivel de empresa, que hoy en día, o son reprobables jurídicamente, o son desoídas, con las nefastas consecuencias que tienen ambas opciones. Segundo, que los convenios colectivos ordinarios adquieran el protagonismo, que han ido perdiendo paulatinamente en relación con los medios extrajudiciales. Y tercero, que se normalice y conozca la mediación –o cualquier otra vía extrajudicial, que se considere oportuna- en el nivel más propicio para la conflictividad.

Si ello se consigue –no es tarea fácil- se avanzará bastante hacia la efectividad de la mediación y, por qué no, de los restantes medios extrajudiciales. Una efectividad, no obstante, que no depende, en exclusiva, del/la tercero/a, sino también de los interlocutores sociales y, de nuevo, a un doble nivel.

Por un lado, en el diseño de los correspondientes sistemas extrajudiciales. Quizás, se está ante la cuestión menos controvertida. Pero, no por ello, todavía hoy existen problemas jurídicos requeridos de depuraciones, principalmente, judiciales, ámbitos inexplorados, aspectos necesitados de una más correcta delimitación técnica y conflictos desatendidos. Así que deben continuar sus esfuerzos en esta dirección, en la que también deben asumir su responsabilidad los restantes sujetos y, muy especialmente, el poder legislativo. De algún modo, ello queda expuesto en el Preámbulo del VI ASAC cuando afirma que “las organizaciones firmantes...entendiendo los múltiples beneficios de estos sistemas en las relaciones laborales y su incidencia general en la economía y en la sociedad en su conjunto, instamos a los poderes públicos y al legislador al fortalecimiento de estos mecanismos, otorgando con la firma de este Acuerdo una muestra de nuestro compromiso común”.

Y por otro, en la imprescindible labor de divulgación y conocimiento de los sistemas extrajudiciales¹²⁵ pero teniendo que ir bastante más allá. No debe bastar con la información, sino que debe crearse conciencia de su utilización y, para ello, es fundamental difundir sus beneficios –no limitándose a las ventajas económicas y temporales que, como se ha visto, en el ámbito laboral no son las principales- y los resultados. Es cierto que las memorias de actividades aportan los datos pero,

¹²⁵ El art. 1 del VI ASAC establece que se deben realizar “cuantas acciones se estimen oportunas para mejorar la calidad y el conocimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos”.

siendo honestos, hay que preguntarse quiénes acceden a los mismos. Es más, de conocerse tales datos, hoy por hoy, dicho conocimiento puede tener un efecto contraproducente y disuasorio del uso de los medios extrajudiciales. Por tanto, para esta tarea, es primordial el cambio de tendencia. Debe crearse la cultura de lo extrajudicial.

En suma, todos los esfuerzos de todos los sujetos implicados tienen que redoblar en la consecución de adecuados y acertados sistemas extrajudiciales de solución de conflictos en el ámbito laboral¹²⁶ y, para ello, por supuesto, es clave la asunción de responsabilidades pero, del mismo modo, la concepción de que estos sistemas, ineluctablemente, tienen que ser configurados, por sus propias características, desde la combinación de los elementos jurídicos y extrajurídicos. Sólo así, se conseguirá ganar en efectividad.

¹²⁶ Ahora bien, con todo y pese a todo, se coincide con Sepúlveda Gómez, M^a y Rodríguez-Piñero Royo, M, en la idea de que estos Sistemas ha contribuido —ellos, lo circunscriben al SERCLA— a “la llamada «cultura de la mediación»...en un momento en el que desde múltiples instancias se quiere promocionar la utilización de alternativas al proceso en todos los ámbitos.... La presencia de un mecanismo ya consolidado, y sobre todo la difusión por la sociedad...de profesionales preparados y familiarizados con este tipo de instrumentos, ha ayudado a extender el conocimiento y la valoración social de éstos”, *Balance del Sistema Extrajudicial...*, opus., cit., p. 157.

LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL CONFLICTO LABORAL INDIVIDUAL: ¿ES POSIBLE UNA PROPUESTA CONSTITUCIONALMENTE GARANTISTA?

THE DEJUDICIALIZATION OF INDIVIDUAL LABOUR DISPUTE: IS A CONSTITUTIONALLY GUARANTEED PROPOSAL POSSIBLE?

M^a ISABEL GRANADOS ROMERA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7882-5067>

EXTRACTO

Palabras clave: Conciliación, mediación, procedimientos extrajudiciales; tutela judicial efectiva, conflicto laboral

El estado de saturación en el que se encuentra nuestro sistema judicial precisa de acciones que agilicen la tramitación de los procedimientos y mejoren la eficacia de la Administración de Justicia. Una de las medidas que se ha considerado especialmente adecuada, por parte de nuestros dirigentes políticos, para el alcance de tales objetivos, es la implantación de procedimientos de mediación o conciliación, reduciendo de este modo el número de litigios, y consiguientemente acortar los tiempos de espera, evitando así la dilación de los procesos judiciales. No obstante, intentar acabar con la sobrecarga de la Administración de Justicia, reduciendo el número de ciudadanos que recurren a la misma, encauzándolos hacia un procedimiento extrajudicial configurado como requisito de procedibilidad, obliga a cuestionarse sobre la indemnidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Precisamente con este estudio se pretende determinar cuáles son las posibilidades técnicas para obligar a los ciudadanos a la utilización de procedimientos alternativos a la vía judicial, sin lesionar el derecho a la tutela judicial, es decir, la realización de una propuesta garantista para la desjudicialización del conflicto laboral individual.

ABSTRACT

Key words: Conciliation, mediation, extrajudicial proceedings, effective judicial protection, labour dispute

The saturated state of our judicial system requires actions to speed up the proceedings and improve the efficiency of the Administration of Justice. One of the measures that has been considered particularly appropriate to achieve these objectives is the implementation of mediation or conciliation procedures, with the aim of reducing the number of disputes and to avoid delaying other legal proceedings. However, to try to put an end to the overburdening of the Administration of Justice, reducing the number of citizens who resort to it through an extrajudicial procedure configured as a procedural requirement, forces us to question the indemnity of the right to effective judicial protection. The purpose of this study is exactly to determine the technical possibilities for forcing citizens to use alternative procedures to the judicial process, without harming the right to judicial protection, that is, the realization of a guaranteeing proposal for the de-judicialization of the individual labor conflict.

ÍNDICE

1. LA IMPLANTACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN COMO REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: MECANISMOS PARA LA DESCONGESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE EFICIENCIA PROCESAL
2. EL TRÁMITE DE CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN PREVIA A LA VÍA JUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: ¿UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?
3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: UNA RECAPITULACIÓN SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES
4. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN OBLIGATORIOS PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL: ¿LIMITACIÓN O DESARROLLO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES?
 - 4.1 Antecedentes normativos: el origen de la solución extrajudicial
 - 4.2 Solución de conflictos colectivos: la autonomía colectiva instrumento clave en la configuración del trámite preprocesal
 - 4.3 La autonomía colectiva garante de derechos también en los procedimientos extrajudiciales preprocesales de conflictos individuales
5. UNA PROPUESTA PARA LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES
 - 5.1 La eficiencia como fin y medio para hacer justicia
 - 5.2 La solución autónoma de conflictos individuales: balance y perspectivas
 - 5.2.1 Tratamiento de la solución de conflictos individuales en los sistemas autónomos actualmente vigentes
 - 5.2.2 Los procedimientos de solución de conflictos individuales creados por negociación colectiva como mecanismo preprocesal: instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva

1. LA IMPLANTACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN COMO REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD: MECANISMOS PARA LA DESCONGESTIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y DE EFICIENCIA PROCESAL

El intento de modernización y mejora de nuestro sistema judicial es un objetivo que los dirigentes políticos del país se marcaron hace más de dos décadas. En el año 2001 se firmó por parte del Gobierno de la nación y los partidos políticos mayoritarios del arco parlamentario, partido popular y socialista, el «Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia». Manifestaron en aquel momento, la necesidad de una transformación del sistema que posibilitara una Administración de Justicia de calidad, más ágil y eficaz¹ pues como consecuencia del aumento de la litigiosidad, debido, a su vez, al mayor dinamismo y complejidad de nuestra sociedad se acrecentaba la lentitud del sistema², factores, que unidos a otras carencias que tradicionalmente arrastraba, dificultaba considerablemente el

¹ Estos son los términos utilizados por la «Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia», tramitada como proposición no de Ley en abril de 2002.

² En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “Derecho, proceso y solución de conflictos de trabajo”, R.L., 13/2005, p 1.

ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva y se cuestionaba su garantía. Sin embargo, la situación no sólo no ha cambiado sustancialmente, sino que continúa precisando de una eficaz labor de transformación, debiendo afrontar nuevos retos ante la aparición de otros déficits.

Según el plan de Justicia 2030³, establecido por el Gobierno de España, los problemas de la Administración de Justicia, en la actualidad, no derivan de la escasez de recursos económicos, ni humanos. El propio Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, publica (y utilizando para ello datos proporcionados por la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia, en adelante, CEPEJ), que el gasto que España realiza en Justicia, es de 79,1 Euros por habitante, es decir, por encima de la media europea que es 64 Euros por habitante; en relación a los medios informáticos, el informe elaborado por la CEPEJ señala que España lidera, junto con Estonia y Austria, el ranking del índice de equipamiento en tecnologías de la información en el sistema judicial, y el gasto por habitante en dichas tecnologías está por encima de la media europea, ahora bien, también se indica que los sistemas utilizados son distintos en cada Comunidad Autónoma, y no son interoperables entre sí, he aquí por tanto un factor de ineficacia.

En cuanto a los recursos humanos, se ha de señalar que en los últimos veinte años el número de jueces, en España, ha aumentado considerablemente, ha pasado de 3748 a 5593. Sin embargo, ese mayor número de jueces no ha conllevado un mayor número de asuntos resueltos en los órganos judiciales, sino lo contrario, ha descendido en un 5%⁴. Por último, en cuanto a la suficiencia de personal auxiliar, el número de personas que trabaja en la Administración de Justicia, que no son jueces, es casi el doble que la media europea. Así se indica en el último informe del CEPEJ al situarse España con 105,7 auxiliares por cada 100.000 habitantes, frente a los 55,7 de media.

Por tanto, la ineficiencia del sistema no se debe a escasez de recursos humanos o económicos, sino que deriva de una casuística distinta, a juicio del Ministerio de Justicia los factores serían: “Ineficiente asignación de recursos,

³Vid. Justicia 2030, Punto de partida, disponible en: <https://www.justicia2030.es/punto-de-partida> (consultado el 9 de diciembre de 2024).

⁴A pesar de haber descendido el número de pleitos planteados en un 34%, entre 2009 y 2019. (*Ibid*).

Organización compartimentada y poco flexible. Modelo de gobernanza poco efectivo. Normas y procedimientos desactualizados”⁵.

Entre las distintas medidas que establecía el “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia” de 2001, como mecanismo de agilización del sistema judicial, se preveía el impulso de “fórmulas [...] de arbitraje, mediación y conciliación”.

El Plan Justicia 2030 con la finalidad de transformar el Servicio Público de Justicia “para hacerlo más accesible [y] eficiente”, se estructura en tres objetivos específicos que para cuya consecución a su vez configura una serie de programas y subprogramas. Uno de esos tres objetivos básicos es “Eficiencia del servicio público de Justicia”, y precisamente, de los distintos programas y subprogramas definidos para el alcance del mismo, se dispone: “La implantación de medios adecuados de solución de controversias” (MASC)⁶, como mecanismo de eficiencia procesal⁷, es decir, se trata de impulsar el desarrollo de los procedimientos de mediación y conciliación, para incrementar su utilización y eficiencia, que hasta ahora se había evidenciado escasa, para reducir el número de conflictos que llega a la jurisdicción, y en consecuencia se acortarán también los tiempos para la resolución del conflicto. Para ello, se prevé la organización del servicio de tales medios de solución de controversias, incorporándolos físicamente a los tribunales y a las oficinas de justicia, acometiendo su financiación y homologando sus funciones⁸.

También el Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ), ha considerado que para avanzar en la modernización, agilización y calidad de justicia, es imprescindible potenciar la mediación intrajudicial y otros medios extrajudiciales de solución de controversias, por ello se ha apostado principalmente por el uso de la mediación desde la publicación del Libro Blanco de la Justicia en 1997, con los Consejos de 2001 y 2008, y especialmente se ha de destacar el trabajo realizado por el Consejo de 2013-2018, que ha prorrogado sus funciones hasta 2024, diez años y medio en los que el citado órgano ha realizado una política muy activa a favor de la mediación como una de sus acciones prioritarias. Destacando su presencia relevante en el conjunto de medidas organizativas y procesales

⁵ Vid. Justicia 2030, Punto de partida, disponible en: <https://www.justicia2030.es/punto-de-partida> (consultado el 9 de diciembre de 2024).

⁶ Vid. Justicia 2030, Plan de trabajo, disponible en: <https://www.justicia2030.es/eficiencia-del-servicio-p%C3%BAblico-de-justicia> (consultado 10 de diciembre de 2024).

⁷ Vid. Justicia 2030. Plan de Trabajo. Proyectos, disponible en: <https://www.justicia2030.es/-/la-justicia-en-espana> (consultado el 10 de diciembre de 2024).

⁸ Vid. Justicia 2030. Plan de Trabajo. Proyectos, disponible en: <https://www.justicia2030.es/-/la-justicia-en-espana> (consultado el 10 de diciembre de 2024).

aprobadas por el CGPJ en la sesión plenaria del 16 de junio de 2020, dentro del Plan de Choque para la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma.

Son numerosas las iniciativas adoptadas por el Consejo General del Poder Judicial para potenciar el uso de la mediación: la creación de una sección especializada y orientada al fomento de la mediación en el servicio de estudios e informes, habiendo constituido, incluso, un grupo de trabajo por la mediación, integrado por cuatro vocales; también se puso en marcha una red de coordinadores provinciales de mediación y equipos volantes de expertos, se incrementó la dotación presupuestaria a favor de la mediación, se intensificaron las actividades de formación en mediación, y las campañas de información sobre la mediación, e igualmente destacable es la renovación de los convenios de colaboración e impulso de la mediación con las Administraciones Públicas, el Ministerio de Justicia, las Comunidades Autónomas o la Fiscalía General. Otras aportaciones importantes, en este sentido, han sido la aprobación de la nueva Guía para la práctica de la mediación intrajudicial en 2016, actualizada durante 2024, y la inclusión en la página web del Poder Judicial de contenidos sobre la mediación (mapa de la Mediación, guías, convenios, resoluciones judiciales y artículos doctrinales de interés etc.). Todo ello solo evidencia el compromiso del poder judicial con el desarrollo de la mediación, que se hace extensible a la carrera judicial, pues se detecta un incremento notable del número de órganos judiciales que derivan a mediación⁹.

La defensa a ultranza del procedimiento de mediación como pieza clave para la mejora de la calidad y la eficiencia del servicio público de justicia, no impide que el CGPJ proscriba, en todo caso, la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos o de sus garantías procesales¹⁰, en virtud de la implantación de los denominados MASC (medios adecuados de solución de controversias), para afirmar a continuación que la mediación es una nueva dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva¹¹.

El establecimiento de los MASC ha tenido lugar con la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia¹² (en adelante LO 1/2025), de momento sólo para el ámbito civil y

⁹ Vid. CGPJ, Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, 2024, disponible en: [file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20(2).pdf) (consultada el 8 de enero de 2025).

¹⁰ Vid. CGPJ, Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, 2024, p. 1, disponible en: [file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20(2).pdf) (consultada el 10 de enero de 2025).

¹¹ Vid. CGPJ, Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, 2024, p. 3, disponible en: [file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/migra/Downloads/20240918%20Gu%C3%ADa%20para%20la%20pr%C3%A1ctica%20de%20la%20mediaci%C3%B3n%20intrajudicial%20(2).pdf) (consultada el 10 de enero de 2025)

¹² BOE de 3 de enero.

mercantil, incluidos conflictos transfronterizos, según dispone el art. 2 de la citada norma. Quedando excluidos los ámbitos: laboral, penal, concursal y también todos aquellos “asuntos de cualquier naturaleza, con independencia del orden jurisdiccional ante el que deban ventilarse, en los que una de las partes sea una entidad perteneciente al sector público” (art. 3.2 LO 1/2025). Entre los medios adecuados de solución de controversias no establece únicamente la mediación, sino que también considera como tales: la conciliación, la opinión neutral de una persona experta independiente, la formulación de una oferta vinculante confidencial por una de las partes, o cualquier otra actividad negociadora prevista en la propia ley o en leyes autonómicas, siempre que respeten los principios establecidos en aquella. Para garantizar la utilización de tales procedimientos, con carácter previo a la iniciación del proceso judicial, se establece como requisito de procedibilidad en el orden civil, para poder admitir la demanda, haber recurrido previamente a alguno de los procedimientos ya señalados (art. 5.1 LO 1/2025).

Con la introducción de estos procedimientos el legislador pretende aportar calidad al servicio de Administración de Justicia, considera que la vía de la negociación puede ser más adecuada para la resolución de determinados conflictos, evitando, además, de este modo, la sobrecarga de los tribunales¹³. En el preámbulo de la ley señala que el servicio público de justicia debe proporcionar al ciudadano la vía más adecuada para la resolución de la controversia en la que se ve implicado, vía esta que no siempre es la jurisdiccional.

2. EL TRÁMITE DE CONCILIACIÓN O MEDIACIÓN PREVIA A LA VÍA JUDICIAL COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD: ¿UNA NUEVA DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA?

Es cuestión indiscutible que la utilización de procedimientos basados en la negociación inter partes, ya sean conciliación o mediación, permiten alcanzar soluciones justas del conflicto¹⁴. Por lo que al ámbito laboral se refiere, son muchos los años de experiencia (especialmente desde la creación de los sistemas autónomos de solución de conflictos estatal y autonómico), que evidencia su beneficiosa labor, de modo que es posible considerar que la justicia no es una cualidad predicable en exclusiva de la actividad de los órganos jurisdiccionales, sino que también un laudo, o los acuerdos alcanzados en conciliación o mediación

¹³ “[Se] cumple la máxima de la Ilustración y del proceso codificador: antes de entrar en el templo de la Justicia se ha de pasar por el templo de la concordia”, preámbulo (apartado IV), de la Ley Orgánica 1/2025.

¹⁴ Sobre esta cuestión véase ARASTEY SAHÚN, L. “Medidas alternativas de solución de conflictos laborales, estado de la cuestión y perspectivas de futuro”, en VV.AA., *Procedimientos alternativos de solución de conflictos. Una perspectiva interdisciplinar*, (dir. GRANADOS ROMERA/GONZÁLEZ DE PATTO), Aranzadi, Cífur Menor (Navarra), 2020, pp. 31-47.

pueden resolver el conflicto de un modo justo. Ahora bien, considero que ello no nos debe llevar a concluir que, también cuando los sujetos afectados por un conflicto inician un procedimiento de mediación o conciliación, están ejerciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, si se trata de un requisito de procedibilidad, o se han visto conducidos a tales procedimientos por decisión de un órgano judicial¹⁵. Ideas estas que subyacen tanto en la guía de mediación elaborada por el CGPJ y en la reforma de la LO 1/2025, citadas en el epígrafe anterior.

Estimo que las intenciones del legislador y del órgano de gobierno de los jueces son sin duda loables, mejorar la calidad del servicio de la Administración de Justicia es una cuestión muy urgente, es un problema con el que llevamos conviviendo más de un cuarto de siglo, y la necesidad de adoptar medidas eficaces es sin duda acuciante. Ahora bien, el objetivo a alcanzar no justifica cualquier medio, cuando se encuentra en juego un derecho fundamental como es el derecho a la tutela judicial efectiva, su afán de protección no puede “cegarnos” en el proceso y conducirnos a su limitación o a su restricción.

Es cierto que el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias ha declarado la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de conciliación o de reclamación administrativa previa¹⁶ y ello lo fundamenta por un lado, en el hecho de que dichos trámites no excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, pues únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales, y por otro lado, porque dichos trámites han de considerarse justificados ya que *“su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo”*¹⁷. Ahora bien, también exige el máximo garante constitucional que dichos trámites previos que retrasan la iniciación del proceso deben *“obedecer a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionales”*¹⁸. Desde ese punto de vista se considera que el bien constitucional que se protege con los trámites de conciliación o mediación previos al proceso no es otro que la

¹⁵ En este sentido PEITEADO MARISCAL, P., manifiesta: “Resolver conflictos no es hacer justicia, sino alcanzar acuerdos sobre derechos e intereses particulares” y añade a continuación “el Estado debe garantizar como derecho fundamental, no cualquier tutela ni cualquier Justicia, sino las que se desprenden de la aplicación de la norma jurídica por órganos jurisdiccionales”. Vid. “Consideraciones sobre la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la mediación obligatoria”, *Estudios de Deusto*, vol. 66, núm. 2/ 2018, p. 317.

¹⁶ Entre otras vid. STC 217/1991, de 14 de noviembre (f.j. 5º), STC 60/1989, de 16 de marzo (f.j. 5º), STC 162/1989 (f.j. 4º).

¹⁷ Vid. STC 217/1991, *cit.*, (f.j. 5º).

¹⁸ Vid. STC 158/1987, de 20 de octubre (f.j. 4º), STC 206/1987, de 21 de diciembre (f.j. 5º)

propia tutela judicial efectiva, al aliviar la carga de la Administración de Justicia evitamos la dilación de otros procesos judiciales. A mi juicio es esta una interpretación un tanto tendenciosa¹⁹, porque el derecho a la tutela judicial que se protege es el de la ciudadanía en general, pero no el de la persona o personas directamente afectadas, por la controversia, a las que se les pretende “extraer del sistema”; por ello entiendo que la obligatoriedad de trámites de conciliación o mediación debe tener un mayor soporte técnico argumental, y no exclusivamente político jurídico, esos procedimientos extrajudiciales previos deben a su vez garantizar derechos o proteger intereses de los sujetos que se ven inmersos.

También la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante), apunta en la misma dirección que el Tribunal Constitucional. Precisamente en la Sentencia de 18 de marzo de 2010, asuntos acumulados C317/08, C318/08, C319/08 y C320/08, caso Alassini a raíz de la posible vulneración del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el que se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, establece que: “los derechos fundamentales no constituyen prerrogativas absolutas, sino que pueden ser objeto de restricciones, siempre y cuando éstas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la medida en cuestión y no impliquen, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados”, en los mismos términos se pronunció en la Sentencia de 14 de junio de 2017, asunto C 75/16, caso Menini y Rampanelli. Quizá el Tribunal Constitucional español sea más estricto en cuanto a la exigencia de que los límites impuestos a un derecho fundamental vengán a satisfacer otros bienes o intereses protegidos por la Constitución, pero el TJUE también exige que la limitación o restricción no comprometa la esencia del derecho garantizado.

Desde mi punto de vista la sobrecarga de la Administración de Justicia, por terrible que sea, no justifica la limitación de un derecho fundamental, y no cabe duda de que, si los ciudadanos se ven obligados a la utilización de estos

¹⁹ Más contundente es PEITADO MARISCAL, P. “El argumento consistente en que una de las mejores cosas que puede hacer el Estado para que funcione adecuadamente aquello que está en su propia esencia mantener, la administración de Justicia, es precisamente obligar a los ciudadanos a que traten de evitarla, me parece una falacia. Y una falacia no neutra, no inocua, sino potencialmente dañina. [...]entiendo que la obligación del Estado no es mantener un sistema de justicia cualquiera, sino uno específico, que está en la Constitución y que se caracteriza por dos elementos: que se funda exclusivamente en la norma jurídica y que ésta es aplicada por órganos independientes servidos por profesionales independientes. Los ciudadanos no tenemos derecho, y un derecho fundamental, a exigir del Estado cualquier forma de tutela, sino a una muy concreta, a una tutela judicial”. *Vid.* “Consideraciones sobre...”, *Op. Cit. Estudios de Deusto*, 2/2018, pp. 316-317.

procedimientos, y ello a su vez no les permite la realización de intereses o derechos, considerarán que se está retrasando el inicio del proceso judicial.

No quiero expresar con la anterior argumentación, que esté en contra de una solución negociada, nada más lejos de mi intención, en lo que a los conflictos laborales se refiere, he defendido la utilización de los sistemas autónomos como evidencian muchos de mis trabajos publicados sobre la materia, pero creo que la construcción de un sistema alternativo de solución de conflictos debe realizarse con absoluto respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto a pilar básico de nuestro Ordenamiento, basándose en la garantía y realización de otros derechos que deben ser igualmente atendidos, y no puede ser la única causa la necesidad de reducir el número de litigios que se plantean ante los órganos judiciales porque el Estado se ha mostrado ineficaz para su gestión.

La solución negociada no ha de ser tratada como un “sucedáneo” de una sentencia judicial, es evidente que poner fin a un conflicto a través de un pacto que puede ser justo, incluso en muchos casos más justo que una resolución judicial, la mediación y la conciliación permiten alcanzar la justicia, pero siempre y cuando la configuración de tales sistemas se realice sobre la base de derechos constitucionales protegidos al más alto nivel, de lo contrario no se justificaría su imposición.

Considero que la imposición de un procedimiento de conciliación o mediación, como requisito preprocesal, y como alternativa a la vía judicial, y para descarga de ésta, requiere de una argumentación realizada desde el más estricto rigor técnico, para lo que es necesario, en primer lugar, la delimitación precisa de la dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva y la argumentación jurídica de a qué derechos, principios o intereses responde la restricción que provoca la utilización de tales procedimientos. Sólo ello nos permitirá responder a la pregunta que se planteaba en el epígrafe.

3. EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: UNA RECAPITULACIÓN SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES

Como anteriormente indicaba es imprescindible partir del contenido y perfiles delimitadores del derecho a la tutela judicial efectiva para la construcción de cualquier sistema alternativo al mismo.

El derecho a la tutela judicial, sin perjuicio de ser un derecho de contenido complejo -lo que sin duda dificulta cualquier disertación sobre el mismo-, se define como el derecho de toda persona física o jurídica, al libre acceso a los órganos jurisdiccionales para obtener de éstos la protección de derechos subjetivos

e intereses legítimos, a través de una resolución fundada en Derecho. Es decir, el contenido básico del derecho a la tutela judicial es el acceso a la jurisdicción.

Por ello, en virtud del art. 24 de la Constitución la protección de cualquier derecho subjetivo o interés legítimo, a través de los Tribunales de Justicia, necesariamente ha de ser viable. De modo que la norma que excluyera del acceso a los órganos judiciales a cualquier persona ante cualquier posible lesión jurídica sería claramente inconstitucional²⁰. Por supuesto, no se puede hacer una interpretación simplista, considerando que basta con permitir el acceso a los Juzgados y Tribunales. Será necesario que los órganos judiciales emitan una resolución sobre el fondo de la cuestión que ha sido planteada²¹, y que ésta esté fundada en Derecho²². Es decir, la interpretación y/o aplicación de la norma que conduce a la solución del conflicto tendrá carácter vinculante, y es llevada a cabo por los órganos judiciales, potestad ésta reservada en exclusiva a los Juzgados y Tribunales, y ello en virtud del art 117.3 de la Constitución.

Es obligado matizar que el derecho a una resolución de fondo no significa, en ningún caso, que haya de ser favorable²³, y por supuesto dicho derecho tampoco excluye la introducción, por parte del legislador, de requisitos procesales de acceso a la misma. Ahora bien, como en numerosas ocasiones ha manifestado el Tribunal Constitucional²⁴, y se apuntaba en el epígrafe anterior, tales requisitos no podrán ser arbitrarios, absurdos o desproporcionados, sino que tendrán un carácter instrumental para una adecuada administración de la justicia,

²⁰ Vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. “Artículo 24. Garantías Procesales”, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dir. por O. ALZAGA VILLAAMIL, tomo III, Madrid, EDERSA, 1996, p. 37.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró derogados en virtud del art. 24.1 CE y la disposición derogatoria tercera, aquellos preceptos legales [art. 40 d) y f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956] que impedían el control por los Tribunales contencioso-administrativos de la legalidad de determinados actos administrativos (ATC 60/1980, de 22 de octubre y STC 39/1983, de 17 de mayo, f.j. 2º). También se consideró inconstitucional una norma legal que imponía a las partes de una relación jurídica, salvo pacto en contrario de éstas, recurrir al arbitraje y no a la jurisdicción (STC 174/1995, de 23 de noviembre sobre el artículo 38.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres).

²¹ Vid. BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El Derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Madrid, Civitas, 1995, p. 31.

²² En este sentido STC 123/1997, de 1 de julio (f.j. 3º); 8/1998, de 13 de febrero (f.j. 3º); 115/1999, de 14 de junio (f.j. 2º); 122/1999, de 28 de junio (f.j. 2º); 157/1999, de 14 de septiembre (f.j.2º); 167/1999, de 27 de septiembre (f.j.2º); 108/2000, de 5 de mayo (f.j.3º); STC 196/2005, de 18 de julio (f.j. 3º).

²³ Así lo ponen de manifiesto: STC 114/1990, de 21 de junio (f.j. 3º); STC 269/2005, de 24 de octubre (f.j. 2º), entre otras.

²⁴ En este sentido, por todas, SSTC 22/1985, de 15 de febrero (f.j. 6º); 32/1991 de 14 de febrero (f.j. 4º); 48/1995, de 14 de febrero (f.j.2º); 76/1996, de 30 de abril (f.j. 2º) y 230/2001, de 26 de noviembre (f.j. 3º).

y preservación de otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos²⁵. Es más, la interpretación que se haga de tales requisitos procesales habrá de ser la más favorable para posibilitar que exista una resolución judicial sobre el fondo de la cuestión, existiendo en este aspecto la regla de la subsanabilidad²⁶, con objeto de asegurar la efectividad del derecho a la tutela judicial²⁷.

Evidentemente el derecho a la tutela judicial efectiva también implica el derecho a que la resolución judicial se cumpla²⁸, es decir, la ejecución de los

²⁵ *Vid.* SSTC 206/1987, de 21 de septiembre (f.j. 5º); 147/1989, de 21 de septiembre (f.j. 6º); 114/1992, de 14 de septiembre (f.j. 3º), entre otras.

²⁶ “Es decir, aunque hay que cumplir los presupuestos procesales que no pueden dejarse al arbitrio de las partes, no toda irregularidad meramente formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, de forma que no es lo mismo un rigor formal justificado que un exceso de formalismo. Criterios orientadores para distinguir uno y otro, son el de estabilidad y fuerza intrínseca de los hechos y, especialmente, el de proporcionalidad, que impone un tratamiento distinto para los diversos grados de defectuosidad de los actos”, STC 123/1986, de 22 de octubre (f.j. 2º).

Sobre este tema la profesora SAEZ LARA se pronuncia en este sentido: “Este derecho impone al órgano judicial los correlativos deberes de control de oficio, de dar ocasión y facilitar la subsanación de todos los defectos subsanables y, en su caso, de dictar una decisión inadmisoria de la demanda motivada y proporcionada a la efectividad del derecho de acceso al proceso”, *vid. La tutela judicial efectiva y el proceso laboral*, Madrid, Civitas, 2004, p.41.

²⁷ SSTC 1/1989, de 16 de enero (f.j. 3º); 201/1992, de 19 de noviembre, (f.j. 2º); 220/1993, de 30 de junio (f.j. 4º); 322/1993, de 8 de noviembre (f.j. 3º); 191/1997, de 10 de noviembre, (f.j. único); 215/1997, de 27 de noviembre (f.j. único); 89/1999, de 26 de mayo (ff.jj. 3 y 4); y 133/2000, de 16 de mayo (f.j. 3º), entre otras muchas.

²⁸ En este sentido STC 32/1982, de 7 de junio: “*El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de justicia, pueda ante ellos manifestar y defender su pretensión jurídica en igualdad con las otras partes y goce de la libertad de aportar todas aquellas pruebas que procesalmente fueran oportunas y admisibles, ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones*” (f.j. 2º).

pronunciamientos de juzgados y tribunales²⁹, y el derecho a la invariabilidad e intangibilidad de las resoluciones judiciales³⁰.

El análisis realizado nos permite afirmar que cuando se activa un procedimiento de conciliación o mediación, no se está ejerciendo el derecho a la tutela judicial efectiva, pues la controversia no se resuelve por un órgano judicial, requisito este imprescindible como se acaba de indicar, aunque no hay duda de que se pueda alcanzar un pacto justo, se trata de actividades distintas que no conviene confundir.

De modo que procede plantearse qué derechos o intereses se protegen cuando se posibilita que las partes en conflicto puedan acudir o se les obligue a someterse a un proceso de conciliación o mediación con carácter previo al inicio del proceso judicial. Pues como anteriormente indicaba la descarga que la utilización de estos procedimientos puede tener sobre la Administración de Justicia entiendo debe ser considerado un efecto colateral, pero desde mi parecer insuficiente para justificar el efecto restrictivo sobre el derecho a la tutela judicial de las personas que se ven sometidos a los mismos.

Cuando la utilización de un procedimiento de mediación o conciliación se debe a una decisión de los afectados, la justificación técnica no es otra que la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, se opta por una vía de solución distinta a la judicial, ya que todo titular de un derecho puede decidir ejercerlo o no, nada impide que los sujetos afectados por el conflicto opten por una vía de solución distinta a la judicial. En cambio, cuando la imposición viene impuesta por el Estado, es evidente que sobre los afectados por la controversia provoca el efecto de retraso sobre el acceso a la jurisdicción, es en esa obligación que ha de cumplir, en el propio trámite a seguir en el que se habrá de proteger otros derechos o intereses constitucionales que a mi juicio no debe ser exclusivamente la tutela judicial efectiva, pues considerarlo supondría una cierta privatización o

²⁹ Lo que incluye igualmente la denominada tutela cautelar, es decir, “el derecho a que la ley prevea y los órganos judiciales adopten medidas cautelares tendentes al aseguramiento de la eficacia eventual sentencia estimatoria de la pretensión formulada que se pueda dictar en el proceso principal”, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Artículo 24. Garantías procesales”, *Op. Cit.*, p. 47.

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de manifiesto esta idea: STC 14/1992, de 10 de febrero (f.j. 7º); STC 238/1992, de 17 de diciembre (f.j. 3º); STC 218/1994, de 18 de julio (f.j. 3º).

³⁰ En el art. 24 de la Constitución se reconocen además toda una serie de garantías procesales con el rango de derechos fundamentales como el derecho a no padecer indefensión, el derecho al juez predeterminado por la ley, el derecho a un proceso público, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes y otra serie de derechos que son propios de la jurisdicción penal y en algunos caso y con matices de la administrativa sancionadora como: el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo... Sin embargo, esta es una dimensión del precepto que no tiene relevancia para el análisis que se pretende, por ello no ha sido tratada.

subcontratación de la administración de justicia, algo absolutamente impropio de un Estado de Derecho.

Lo cierto es que se generan problemáticas distintas, si son conflictos colectivos los que deben someterse al trámite previo de mediación o conciliación, o si en cambio se trata de conflictos individuales. A continuación, se procede a su análisis.

4. PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN OBLIGATORIOS PREVIOS A LA VÍA JUDICIAL: ¿LIMITACIÓN O DESARROLLO DE DERECHOS CONSTITUCIONALES?

4.1. Antecedentes normativos: el origen de la solución extrajudicial

Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos han sido un rasgo constante del Ordenamiento Jurídico laboral. Fue a mediados del siglo XIX cuando se crearon los primeros sistemas de solución extrajudicial. En este sentido se ha de mencionar la Circular del Gobernador civil de Barcelona, Cirilo Franquet de 25 de marzo de 1855, donde literalmente se dispone la creación de varias comisiones para “poner fin a las disidencias fabriles”³¹, se resolvían aquellas controversias, de carácter colectivo, generadas en relación a la determinación del precio de la mano de obra. No obstante, sería durante la primera década del siglo XX cuando el Legislador proporcionaría un tratamiento especializado de los procedimientos de solución del conflicto colectivo para todo el territorio estatal, a través de la Ley de Consejos de Conciliación y Arbitraje de 1908³².

Sin embargo, fue en el ámbito individual donde se estableció la conciliación como requisito preprocesal, la Constitución de 1812 generalizó la conciliación como acto previo al proceso³³ y la estableció, por primera vez en nuestro Derecho como actividad previa de carácter obligatorio para todo tipo de procesos tanto de carácter civil como mercantil³⁴. En el ámbito laboral fue la Ley de 19 de mayo de

³¹ Es en el bando de 30 de abril de 1855, a través del cual el Gobernador Franquet establece la obligación de constituir con carácter permanente tales comisiones en cada localidad manufacturera. No obstante, siendo Gobernador de Barcelona Francisco Fulgosio y mediante el Bando de 21 de octubre de 1844, puso de manifiesto la necesidad de proporcionar un tratamiento específico a la solución de conflictos laborales, creándose las denominadas Juntas. No obstante, estos órganos no estaban formadas por “operarios” y “fabricantes”, sino por “personas de conocida probidad, inteligencia y arraigo” (Disposición 7ª del Bando), las cuáles eran nombradas por el “el señor jefe superior político”.

³² Gaceta de 20 de mayo.

³³ En este sentido MONTERO AROCA, J. “Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de enjuiciamiento civil de 1885”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. 4, oct-dic, 1971, p. 869.

³⁴ A semejanza de lo hecho en Francia por la Asamblea Constituyente mediante Ley de 24 de agosto de 1790”, *vid.* GONZÁLEZ ENCABO, J., “Perspectivas de la conciliación judicial”, *R.P.S.*,

1908, creadora de los Tribunales Industriales (primeros órganos especializados en la resolución de conflictos de trabajo), a los que se les atribuyó competencia para la resolución de conflictos laborales de carácter individual, y la que reguló por primera vez el acto de la conciliación para tal modalidad de conflictos³⁵. Tales Tribunales se componían de un presidente, juez de Primera Instancia, que intentaba la conciliación entre las partes y, en caso de que no se alcanzase acuerdo, ante el propio órgano, se nombraba a varios representantes de los trabajadores y empresarios por las propias partes afectadas por el conflicto que intentaban el acuerdo³⁶, a los que se denominaba jurados, finalmente tras un nuevo fracaso se continuaba el juicio ante el juez de Primera Instancia.

Que la solución extrajudicial haya sido una constante en el Ordenamiento Jurídico Laboral no significa que no hayamos de hacer una revisión crítica sobre la misma, y ello por dos razones fundamentales, la primera de técnica jurídica: está en juego un derecho constitucional; y la segunda de política jurídica: el sistema vigente no es especialmente efectivo.

4.2. Solución de conflictos colectivos: la autonomía colectiva instrumento clave en la configuración del trámite preprocesal

Como se indicaba en el epígrafe anterior la obligatoriedad del procedimiento de conciliación o mediación como requisito preprocesal quedará técnicamente justificada si el propio procedimiento posibilita el ejercicio de otros derechos o intereses como manifestó el Tribunal Constitucional a través de distintas sentencias, ya citadas, pues de este modo el retraso en el acceso a la tutela judicial no sería arbitrario, sino que pretendería la realización de esos otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Procede analizar si es técnicamente posible esa construcción garantista.

La Constitución de 1978 reconoce en el art. 37.1 el derecho a la negociación colectiva mediante el que se garantiza a trabajadores y empresarios capacidad normativa creadora para la regulación de las relaciones de trabajo a través del

núm. 68, 1965, p. 14. También DE NIEVES NIETO, Nuria, “La evolución de la conciliación como medio de solución de conflictos laborales hasta la Constitución de 1978”, *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en homenaje al profesor Sagardoy Bengoechea*, 1999, p. 255.

³⁵ No obstante, hubo textos normativos anteriores que establecieron la obligatoriedad de la conciliación para todo tipo de procesos civiles y mercantiles, así el Reglamento Provisional de 1835, el Reglamento para la Administración de Justicia de 1837, o la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. *Vid.* DE NIEVES NIETO, Nuria, “La evolución de la conciliación...”, *Op. Cit.*, p. 255.

³⁶ En un primer momento si no se conseguía conciliar se disponía que las partes nombraran a seis jurados (art. 18), los representantes de los patronos los elegía el litigante trabajador, y a los representantes obreros los elegía el litigante patrono. Sin embargo, este sistema fracasó porque personas no peritas en Derecho debían resolver sobre temas muy técnicos que no conocían llegando a soluciones absurdas. Y por ello hizo que se modificara el sistema de elección de jurados.

convenio colectivo. El artículo 37.1 CE no limita las materias que pueden ser objeto de tratamiento por parte de la negociación colectiva, al contrario, consagra el principio de libertad de contratación, conclusión que permite alcanzar, no solo el tenor literal del citado precepto que reconoce “el derecho a la negociación colectiva laboral”, sino también los convenios ratificados por España en esa materia, que apuntan en la misma dirección. Así el Convenio 154 de la OIT de 19 de junio de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva, ratificado el 26 de julio de 1985³⁷, en su art. 2 establece, que objeto de negociación a través de convenio colectivo serán “*las condiciones de trabajo y empleo*”, la regulación de “*las relaciones entre empleadores y trabajadores*”, o ambas cosas a la vez, es decir, un ámbito tan amplio que no se puede considerar excluido, desde un punto de vista material, ningún aspecto de las relaciones laborales.

Consecuentemente, dada la libertad de contratación de que dispone el derecho de negociación colectiva, la regulación de procedimientos de solución de controversias laborales mediante convenio colectivo no solo es posible, sino que tal regulación supondrá el ejercicio y consecuentemente la manifestación del citado derecho constitucional.

Por otro lado, el art. 37.2 del texto constitucional reconoce el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo. Considero imprescindible recordar su contenido, dimensión e implicaciones, pues quizás pueda ser una pieza clave en la construcción de un sistema de solución de conflictos alternativo a la vía judicial.

Es suficientemente conocido que la determinación del sentido del citado precepto no ha sido pacífica, y en este aspecto los debates constitucionales no son especialmente clarificadores, evidencian que las razones por la que el precepto se aprobó fueron distintas para cada grupo parlamentario³⁸. De todos modos, aunque la interpretación auténtica fuera especialmente clarificadora, la intención del legislador (en este caso constituyente) no puede ser el único elemento determinante del sentido de la norma, para llevar a cabo una interpretación rigurosa es imprescindible la puesta en práctica de los distintos métodos que la dogmática ofrece³⁹.

La puesta en práctica del método filológico gramatical permite afirmar que la expresión “medidas de conflicto colectivo” se ha de identificar con el conjunto de

³⁷ BOE de 9 de noviembre.

³⁸ Sobre esta cuestión véase in extenso mi trabajo “Desmantelamiento del sistema autónomo de solución de conflictos: vulneración de un mandato constitucional”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad de relaciones laborales*, núm. 110, 2024.

³⁹ Según prof. RODRÍGUEZ PANIAGUA «éstos pueden reducirse a cuatro: el literal, filológico o gramatical, el lógico sistemático, el histórico y el teleológico». (*Vid. Métodos para el conocimiento del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, 1987, p. 26).

medios dirigidos a resolver el conflicto, y no con las medidas de presión como el cierre patronal o la huelga, es ese el sentido que se ha de asignar a los términos en opinión de BAYÓN CHACÓN, autoridad doctrinal sobre la materia. También es la interpretación que realizó el Tribunal Constitucional en la sentencia 217/1991, de 14 de noviembre, afirmando de modo rotundo que la adopción de medidas de conflicto reconocida en el art. 37.2 CE no sólo implica el derecho a plantear el conflicto sino también a “crear medios propios y autónomos para solventarlo”⁴⁰.

En este proceso interpretativo es necesario citar también la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional en la que se establece que tanto la negociación colectiva, como el ejercicio del derecho de huelga y el planteamiento de conflictos colectivos, forman parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, y ello en virtud de la interpretación en conexión del art. 28.1 del texto constitucional con los preceptos 7, 28.2 y 37 del citado cuerpo normativo. Se trata esta de una doctrina que comenzaría con las Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1982, de 29 de noviembre, y 37/1983, de 11 de mayo, y que se encuentra absolutamente consolidada como lo evidencia el gran número de resoluciones en este sentido⁴¹, que afirman que el art. 37.2 del texto constitucional contempla el derecho al planteamiento de conflictos y a la intervención en su solución a través de medios pacíficos, bien sólo con la intervención en los procedimientos o incluso en el diseño de estos, y todo forma parte del contenido del derecho de libertad sindical.

La argumentación precedente permite afirmar que en el art. 37.2 se contempla el derecho a la autotutela colectiva, es decir, la posibilidad de que trabajadores y empresarios resuelvan los conflictos colectivos en los que se ven inmersos a través de medios autónomos. En el art. 37 de la Constitución se reconoce el principio de autonomía colectiva, en el apartado primero se regula la autonomía normativa, y en el apartado segundo la autotutela colectiva: la capacidad para establecer procedimientos de solución de conflictos colectivos⁴² mediante negociación colectiva, esos son los procedimientos alternativos que prevé el propio texto constitucional cuando la negociación directa regulada en el número uno del

⁴⁰ *Vid.* Fundamento Jurídico 5º.

⁴¹ Entre otras muchas: STC 118/1983, de 13 de diciembre (BOE de 11-1-1984); STC 94/1995 de 19 de junio (BOE de 24 de julio); STC 145/1999, de 22 de julio (BOE de 26 de agosto); STC 103/2004, de 2 de junio (BOE de 23 de junio).

⁴² Hay que considerar que también los conflictos sobre derechos reciben el mismo tratamiento cuando se utilizan procedimientos autónomos para resolverlos, es decir, se crea una nueva norma que sustituye a aquella cuya interpretación o aplicación se discute. Como ya es suficientemente conocido, y se ha puesto de manifiesto, la interpretación y/o aplicación vinculante de las normas es competencia exclusiva de los órganos judiciales, de modo que la solución autónoma del conflicto colectivo se encuentra constitucionalizada en el art. 37.2 CE no sólo para los conflictos sobre derechos sino también para los de intereses.

citado precepto no fue posible, lo cierto es que una conclusión en otro sentido rompería el principio de coherencia del Ordenamiento Jurídico⁴³.

Por último y atendiendo al criterio de interpretación teleológico, el reconocimiento del derecho de huelga como fundamental, que viene a acabar con el tradicional desequilibrio entre obreros y patronos, y la condición de social que la Constitución atribuye al Estado español conduce necesariamente a la interpretación ya apuntada, es decir, garantizar la participación de la clase trabajadora en la gestión del conflicto colectivo⁴⁴.

El análisis realizado evidencia que la creación de sistemas autónomos de solución de conflictos laborales es fruto de la negociación colectiva y manifestación del derecho a la adopción de medidas de conflicto. De modo que si los procedimientos de solución previos a la vía judicial tienen carácter autónomo, el sometimiento a los mismos antes de iniciar un proceso judicial, en ningún caso supondría vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues el posible retraso en el acceso al procedimiento judicial que el sujeto afectado pueda experimentar estará en absoluta sintonía con el texto constitucional, ya que implicará la protección, ejercicio y realización de otros derechos constitucionales: el de negociación colectiva y el de derecho a la adopción de medidas de conflicto. El establecimiento de sistemas autónomos de solución de conflictos previos a la vía judicial posibilita no solo descargar la Administración de Justicia y de este modo mejorar la eficiencia del sistema judicial, sino que además que otros derechos, y no solo el de tutela judicial, protegidos al más alto nivel se vean realizados en tales trámites preprocesales obligatorios.

Podría considerarse que debido a que el art. 37.2 CE alude exclusivamente a la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando la controversia resuelta es de naturaleza individual la solución negociada no tiene lugar en virtud de la autonomía colectiva, sino exclusivamente de la autonomía privada, y en tal caso, la utilización de procedimientos autónomos previos a la vía judicial no estaría justificada por los ejercicios constitucionales de negociación y autotutela colectivas. Creo que esa conclusión es errónea porque no tiene en cuenta la dimensión

⁴³ El legislador y el aplicador del Derecho como principales operadores jurídicos se ven vinculados por el deber de coherencia. (Vid. BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*. Trad. Esp. E. Roza Acuña, Madrid, Debate, 1996, pp. 189 y ss.).

⁴⁴ Vid. CASCAJO CASTRO, J.L. "La configuración del Estado Social en la Constitución Española", en VV.AA., *Estudios sobre el Estado Social*. Coord. CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J., Madrid, Tecnos, 1993, p. 41.

completa de la configuración del trámite previo a la vía judicial. Este tema se analizará en el siguiente epígrafe.

4.3. La autonomía colectiva garante de derechos también en los procedimientos extrajudiciales preprocesales de conflictos individuales

Si el trámite de conciliación o mediación previo a la vía judicial ha sido diseñado y creado por los interlocutores sociales a través de un convenio colectivo, no cabe la menor duda de que tales procedimientos, aunque estén previstos para conflictos individuales, también son manifestación del derecho a la negociación colectiva. Como se ha señalado anteriormente, el convenio colectivo no tiene límite alguno en cuanto a las materias a tratar, pudiendo ser sin duda una de ellas los sistemas de solución de conflictos individuales, de modo que la autonomía colectiva asuma el protagonismo en la gestión y creación de los sistemas de solución de conflictos individuales es algo connatural y propio de un sistema democrático de relaciones laborales⁴⁵.

Pero, además considero que ante la resolución de conflictos individuales, y la obligatoriedad del trámite extrajudicial previo, sólo si los procedimientos de solución son diseñados por la negociación colectiva quedará indemne el derecho a la tutela judicial de los sujetos individuales afectados por la controversia, pues ante el carácter imperativo de aquél y la situación de máxima de vulnerabilidad -como son todas aquellas que obligan a litigar-, únicamente la negociación colectiva garantizará un procedimiento justo.

De modo que también el procedimiento de conciliación o mediación obligatorio previo a la vía judicial, si es de configuración autónoma, es manifestación del derecho a la negociación colectiva estando en tal caso justificada la limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que supondría el retraso en el acceso a la jurisdicción, al posibilitar en virtud de dicho trámite la realización de otro derecho constitucional como es el de negociación colectiva.

El análisis anterior permite concluir que el modo de compatibilizar el derecho a la tutela judicial efectiva con el procedimiento de solución extrajudicial con carácter vinculante y como requisito de procedibilidad es que este sea de carácter autónomo.

Ahora bien, considero que estos procedimientos también han de reunir otro rasgo para asegurar la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, y es el de la eficiencia, es decir, difícilmente se justificaría el carácter obligatorio de los mismos, si finalmente queda reducido a un mero trámite, y no pretendo poner el

⁴⁵ En este sentido vid. BAZ RODRÍGUEZ, J. et. alt.: “El sistema de solución autónoma de conflictos laborales. Balance y perspectivas de desarrollo en Castilla y León”, Informe técnico 1/2023 elaborado por el Consejo Económico y Social de Castilla y León, 2023, p. 155.

foco exclusivamente en los resultados, sino principalmente en el hecho de que su configuración posibilite un acuerdo. Es esta una cuestión en la que conviene detenerse.

5. UNA PROPUESTA PARA LA DESJUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES

5.1. La eficiencia como fin y medio para hacer justicia

En nuestro país, para poder iniciar un procedimiento judicial por despido o reclamación de cantidad, en la mayoría de los órganos judiciales⁴⁶, es obligatorio intentar una conciliación previa en el órgano administrativo laboral autonómico que corresponda, regulado este trámite por el art. 5 del Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero, sobre creación del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación y los artículos 4 a 11 del RD 2756/1979. Ciertamente, esta conciliación también se utiliza para otro tipo de procesos, pero en muchas Comunidades Autónomas a través de los Acuerdos Interprofesionales que han creado sistemas autónomos de solución de conflictos laborales que han habilitado procedimientos de conciliación y/o mediación para la solución de conflictos individuales y con efectos preprocesales, es lo que ocurre por ejemplo en Islas Baleares, Cataluña, Aragón o Andalucía⁴⁷, y por ello no siempre que se pretenda iniciar un proceso judicial, aunque se debe realizar una conciliación previa se ha de acudir a los servicios administrativos sucesores del IMAC.

La creación de este sistema se remonta más de cuarenta años y responde a un momento histórico muy concreto, se aprobó por el Gobierno pocos días después de que entrase en vigor la Constitución Española, se estaban dando los primeros pasos en democracia, se avecinaban cambios muy profundos, el futuro aún era incierto, y el Gobierno quería tener un sistema completo de respuesta al conflicto laboral. Sin embargo, las características de este procedimiento no satisfacen, ni de lejos, los rasgos que se han señalado anteriormente, que debiera reunir un procedimiento de solución de conflicto con carácter obligatorio y previo a la vía judicial, para ser respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva.

El retraso en el acceso a la jurisdicción que implica el sometimiento a este procedimiento, que lo acota la norma en un plazo máximo de hasta 30 días hábiles desde su presentación (art. 65.2 LRJS), es de difícil justificación. Pero es

⁴⁶ Por ejemplo, en las Islas Baleares el intento de conciliación previo a la vía judicial de reclamaciones por despido o cantidad se han de plantear en el Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (TAMIB), según establece el art. 6.1.c) del el II Acuerdo Interprofesional sobre la renovación y potenciación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares (TAMIB), BOIB de 3 de febrero de 2005. También hay otras Comunidades Autónomas que cuentan con una regulación similar, *vid. infra*.

⁴⁷ *Vid. Infra*.

aún menos explicable que se mantenga en vigor cuarenta y cinco años después, atendiendo a sus características, pues puede afirmarse que la propia regulación y la práctica diaria revela que se trata de un mero trámite. El art. 10 del RD 2756/1979, establece que dicha conciliación tendrá lugar en un solo acto, en el que el conciliador invitará a las partes a que intenten alcanzar un acuerdo asistidos en su caso “por los hombres buenos”, es decir, la labor del conciliador es más bien la de un fedatario público de la existencia de acuerdo o no, pues difícilmente puede hablarse de conciliación o de procedimiento de mediación⁴⁸ -aunque pueda sugerirles soluciones equitativas-, si el acto tiene una duración muy breve (en la práctica unos quince minutos), y no existe posibilidad alguna de volver a celebrar otra sesión. Cuando se alcanza un pacto, se debe, de un modo abrumadoramente mayoritario, a la negociación previamente realizada por las partes, que suelen haber acordado antes de iniciar el acto de conciliación, limitándose el conciliador a reflejarlo en el acta.

Entiendo que un trámite obligatorio con estas características no permite la realización de ningún derecho o interés protegido al más alto nivel. Su eficacia, extremadamente reducida -y ello no debido a la impericia del personal de los servicios administrativos-, sino a las nulas posibilidades que el procedimiento ofrece, obliga a cuestionarse si este procedimiento es respetuoso con la tutela judicial efectiva y ello no solamente porque sea obligatorio y genera un retraso en el acceso a la jurisdicción, sino porque tales rasgos van acompañados de una gran ineficacia. Es cierto que las partes deben hacer un ejercicio de responsabilidad y madurez intentando llegar a un acuerdo como exige el art. 63 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social⁴⁹, pero es necesario que el diseño técnico del procedimiento se corresponda con la denominación asignada y la naturaleza que del mismo se predica.

Como ya se ha indicado anteriormente, la viabilidad jurídica de un procedimiento extrajudicial como requisito de procedibilidad exige la configuración de un sistema autónomo de solución de conflictos individuales, diseñado por los interlocutores sociales en virtud del derecho de negociación colectiva y gestionado igualmente por representantes de los trabajadores y empresarios como garantes de derechos individuales de los sujetos afectados por el conflicto. Pero también es imprescindible que el procedimiento previo a la vía judicial que se impone tenga un diseño orientado hacia la solución del conflicto, que materialice un proceso de conciliación o mediación, con los tiempos, medios y profesionales adecuados a dicho fin, de lo contrario podría pensarse que se trata de una

⁴⁸ *Vid.* GONZÁLEZ DE PATTO, R., “Mediación y proceso social: expectativas, realidades y perspectivas de futuro”, en VV.AA., *Procedimientos alternativos... Op. Cit.*, pp. 80-81.

⁴⁹ En este sentido GARCÍA QUIÑONES, Juan Carlos, *La conciliación*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 314.

filfa, con un solo efecto: obstaculizar el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que difícilmente es posible hablar de que también los procedimientos alternativos a la vía judicial permiten alcanzar la justicia si su configuración técnica no favorece el alcance del acuerdo.

En lo que se refiere a la solución de conflictos colectivos nuestro ordenamiento jurídico dispone de un consolidado sistema de procedimientos autónomos fruto de un proceso largo y complicado de más de dos décadas, en el que fue necesario la realización de un gran esfuerzo y tenacidad por parte de los interlocutores sociales, y un importante apoyo institucional y económico de la Administración Pública⁵⁰. Ciertamente los datos estadísticos publicados por los distintos sistemas (estatal y autonómicos) evidencian los numerosos efectos positivos de su actividad⁵¹: millones de horas de trabajo no perdidas por haber alcanzado una solución antes de iniciar una huelga; la consecución de acuerdos de difícil alcance que han beneficiado a millones de trabajadores y han contribuido sobremedida a una gestión eficaz de la empresa y, en definitiva, la rápida solución de numerosos conflictos sobre derechos con un efecto positivo, y tan buscado, de descongestión de la Administración de Justicia. Que han tenido un efecto de sustitución absoluta desplazando a los servicios administrativos de conciliación, por ello es posible afirmar, que actualmente los procedimientos autónomos de solución de conflictos no sólo se encuentran totalmente asentados en nuestro sistema jurídico, sino que son una institución fundamental del mismo⁵².

Sin embargo, respecto a los conflictos individuales ese efecto no se ha producido, como indicaba al inicio del epígrafe, la conciliación previa de los servicios administrativos autonómicos como SMAC/CEMAC/SEMAC continúa utilizándose mayoritariamente en aquellos conflictos que son los más frecuentes en los juzgados: despidos y reclamaciones de cantidad. Como evidencia el anuario de estadísticas del Ministerio de Trabajo, del total de 296.689 asuntos judiciales

⁵⁰ Sobre el papel fundamental de la Administración para garantizar el éxito de los sistemas autónomos de solución de conflictos véase OLARTE ENCABO, S. (2021), “El papel de la administración autonómica andaluza a través del CARL en la resolución de conflictos colectivos de trabajo del SERCLA”, *Temas Laborales*, núm. 160, pp. 189-215.

⁵¹ En este sentido vid. CRUZ VILLALÓN, J. (2020), “Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales”, *Temas laborales*, núm. 154, p. 19.

⁵² “[E]l grado de madurez y civilización, también de productividad, de un sistema de relaciones de trabajo viene marcado, en gran medida, por el modo en el que hace frente a esta necesidad de canalización pacífica, institucionalizada, de los numerosos y muy diversos conflictos desarrollados en su seno. A mayor autonomía en el gobierno de la solución [...] mayor justicia sociolaboral”, MOLINA NAVARRETE, C. (2020), “Procedimientos autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales: balance de convergencias y divergencias 30 años después”, *Temas Laborales*, 154, p. 81.

que se plantearon en el año 2022, 115.085 fueron despidos y en 2021 de un total 267.097 conflictos individuales 135.361 fueron despidos⁵³.

Muchos de los acuerdos interprofesionales que han creado los sistemas autónomos de solución de conflictos en las distintas Comunidades Autónomas también contemplan la solución de algunos conflictos individuales, sin embargo, la plena sustitución no se ha producido por razones económicas y de infraestructura, los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales no tienen los medios para poder gestionar tal volumen de conflictos. Considero que la experiencia demostrada por los sistemas autónomos debe ser un aval para proceder al cambio respecto a la totalidad de los conflictos individuales. Conviene repasar los resultados alcanzados en aquellos sistemas que sí contemplan la solución de conflictos de naturaleza individual.

5.2. La solución autónoma de conflictos individuales: balance y perspectivas

5.2.1. Tratamiento de la solución de conflictos individuales en los sistemas autónomos actualmente vigentes

Son muchos los Acuerdos interprofesionales sobre solución extrajudicial de conflictos laborales que regulan procedimientos de solución de conflictos individuales. Conviene hacer un recorrido por los sistemas actualmente vigentes en las distintas Comunidades Autónomas para conocer el estado de la cuestión.

El II Acuerdo Interprofesional sobre renovación y potenciación del Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares firmado en enero de 2005, contempla la resolución de cualquier conflicto individual, incluidos despidos y reclamaciones de cantidad, excluyendo únicamente aquellos que versen sobre pretensiones derivadas de las elecciones a órganos de representación unitaria. Los resultados evidencian una alta efectividad, pues la consulta de las memorias correspondientes a los tres últimos años que han sido publicadas (años 2020, 2021 y 2022)⁵⁴, ponen de manifiesto un nivel de acuerdos superior al 55%⁵⁵, siendo aún más alto en materia de extinciones, en el ejercicio de 2021 del 70%, pero en todo caso superior al 60% en el arco temporal referido. Configura el

⁵³ Vid. Ministerio de Trabajo y Economía social, Anuario de Estadísticas, disponible en: <https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2022/AJS/AJS.pdf> (consultado el 28 de enero de 2024).

⁵⁴ Vid. Tribunal de Arbitraje y Mediación de las Islas Baleares, *Memorias de actividad del TAMIB*, disponible en <https://www.tamib.es/> (consultado el 28 de enero de 2025).

⁵⁵ En 2022 fue del 58%, en 2021 del 55% y en 2020 del 57%.

Véanse respectivamente Memoria anual de 2022, de 2021 y 2020 disponibles en https://www.tamib.es/wp-content/uploads/2023/05/MemoTamib_2022.pdf, <https://www.tamib.es/wp-content/uploads/2022/04/Memoria-actividad-2021.pdf> y <https://www.tamib.es/wp-content/uploads/2021/05/memotamib2020.pdf> (consultadas el 28 de enero de 2025).

trámite como preceptivo para aquellos conflictos individuales que la legislación procesal laboral exige conciliación previa para iniciar un procedimiento judicial.

También el IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en Aragón (IV ASECLA)⁵⁶ prevé la solución de cualquier conflicto individual salvo reclamaciones de cantidad que no se planteen en relación con la materia de otro conflicto para la que sí tiene competencia, según dispone el art. 3.3 del citado acuerdo. La consulta de los datos estadísticos del funcionamiento del sistema pone de manifiesto un alto nivel de acuerdos, alrededor del 70%, lo que supone una gran eficiencia del sistema, especialmente en materia de despidos. Así el número total de acuerdos alcanzados en mediación en el ejercicio 2023 fue de 71,40%; en 2022 fue del 70,25%⁵⁷ y 67,37% en 2021⁵⁸.

El Organismo de Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Cantabria (ORECLA), regulado actualmente por el VI Acuerdo Interprofesional de Cantabria sobre Resolución Extrajudicial de Conflictos Laborales, suscrito el 22 de junio de 2010⁵⁹, contempla en su ámbito objetivo la resolución autónoma de conflictos individuales, incluyendo, con carácter preceptivo, a todos aquellos en los que el art. 63 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exija conciliación previa para iniciar un procedimiento judicial, también los que conlleven la extinción de la relación laboral (art. 5.1 a) II). Las memorias disponibles sobre los resultados de la actividad solamente alcanzan hasta el año 2016, pero en el arco temporal comprendido entre 2012 a 2016 (años con datos disponibles), revelan un nivel de eficiencia del 45% de media, pues el porcentaje oscila desde el 40,34% en 2012, hasta el 49,16% en 2016, evidenciando una clara tendencia ascendente⁶⁰.

El Tribunal Laboral de Conciliación, Mediación y Arbitraje de La Rioja tiene entre sus competencias la resolución de conflictos individuales, según el art. 10 del reglamento de funcionamiento podrá conocer de todos aquellos que las partes sometan voluntariamente, salvo los que versen sobre tutela de derechos fundamentales (disposición adicional primera del reglamento). La memoria de

⁵⁶ Boletín Oficial de Aragón de 25 de mayo de 2022.

⁵⁷ Vid. Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje, *Memoria 2023*, p. 56, disponible en: <https://www.fundacionsama.com/wp-content/themes/sama/memorias/memoria-2023.pdf> (consultado el 30 de enero de 2025).

⁵⁸ Vid. Vid. Servicio Aragonés de Mediación y Arbitraje, *Memoria 2023*, p. 55, disponible en: <https://www.fundacionsama.com/wp-content/themes/sama/memorias/memoria-2021.pdf> (consultado el 30 de enero de 2025).

⁵⁹ Boletín Oficial de Cantabria de 14 de julio de 2010.

⁶⁰ Vid. ORECLA Fundación para las relaciones laborales de Cantabria, *Memoria de la fundación para las relaciones laborales de Cantabria 2016*, p. 12, disponible en: https://orecla.com/memoria_anual.pdf (consultado el 30 de enero de 2025).

actividad de 2023 manifiesta igualmente un porcentaje de avenencias bastante satisfactorio pues asciende al 54% de los conflictos tramitados de modo efectivo⁶¹.

El Tribunal Laboral de Navarra contempla la solución de conflictos individuales cualesquiera que sean estos, excluyendo sólo (según el art. 2 del Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de Conflictos Laborales de La Comunidad Foral de Navarra de 25 de noviembre de 2013⁶²) los sometidos a reclamación administrativa previa y los que versen sobre materia electoral, no obstante, no proporciona datos desagregados para conocer el porcentaje de acuerdos en conflictos individuales.

La disposición adicional primera del Reglamento de Funcionamiento del Tribunal Laboral de Cataluña⁶³, en cuanto a conflictos individuales excluye de su ámbito de tratamiento los que versen sobre régimen disciplinario (despidos y sanciones), reclamaciones de cantidad y tutela de derechos fundamentales, esta última exclusión tiene pocos efectos prácticos porque para iniciar un proceso sobre la vulneración de derechos fundamentales no es preceptiva la conciliación previa⁶⁴, pero la exclusión de despidos y reclamaciones de cantidad sí es relevante porque son los temas que generan un mayor número de procedimientos judiciales, como ya se ha indicado.

Los resultados del Tribunal Laboral Catalán también son bastante satisfactorios en materia de conflictos individuales, en el ejercicio 2023 se alcanzó acuerdo en un 67,3% de las ocasiones sumando el total de procedimientos de conciliación y mediación que se tramitaron de modo efectivo. En los años 2021 y 2020, los resultados son bastante similares, en 2021 sumando el total de acuerdos de tramitaciones efectivas tanto en conciliación como en mediación se alcanza un total de 86,32%⁶⁵ y en 2020 de 78,07%⁶⁶, es evidente que los resultados muestran una alta eficiencia de tales procedimientos, ahora bien se trata de procedimientos que tienen carácter voluntario, quizás ese rasgo puede favorecer una mayor

⁶¹ *Vid.* Tribunal Laboral de la Rioja, *Balance Tribunal Año 2023*, p. 2, disponible en: <file:///C:/Users/migra/Downloads/BALANCE%20TRIBUNAL%20LABORAL%20A%C3%91O%202023.pdf> (consultado el 30 de enero de 2024).

⁶² Boletín Oficial de Navarra de 23 de enero de 2014.

⁶³ Reglamento de funcionamiento del Tribunal Laboral de Catalunya, suscrito en fechas 24 de julio de 2019 y 22 de octubre de 2019 (DOGC de 28 de noviembre de 2019).

⁶⁴ *Vid.* Artículo 64.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

⁶⁵ *Vid.* Estadísticas del Tribunal Laboral Catalán disponible en: <https://www.tribulab.cat/wp-content/uploads/docs/tlc/estadistiques/any-2021.pdf> (consultado el 28 de enero de 2025).

⁶⁶ *Vid.* Estadísticas del Tribunal Laboral Catalán disponible en: <https://www.tribulab.cat/wp-content/uploads/docs/tlc/estadistiques/any-2020.pdf> (consultado el 28 de enero de 2025).

efectividad, en tanto los sujetos que inician el procedimiento tienen una mayor voluntad de acuerdo.

El Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), gestionado por el CARL, tiene un ámbito de aplicación similar al sistema catalán en cuanto a los conflictos individuales. Según establece el art. 4.3 del Reglamento de funcionamiento y procedimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía de 25 de enero de 2022⁶⁷, también queda fuera de su ámbito de aplicación extinciones contractuales y despidos, si bien incluye el resto de sanciones, e igualmente deja fuera de su ámbito aquellas reclamaciones de cantidad genéricas que no estén vinculadas con las materias incluidas en el citado precepto (clasificación profesional, movilidad funcional, modificación sustancial, excedencias o permisos, vacaciones entre otras). La consulta de los datos estadísticos del SERCLA revela una eficiencia menor a los sistemas anteriormente aludidos, en cuanto al porcentaje de acuerdos próximo al 30%, (26,33% en 2023⁶⁸; 30,18% en 2022 ; 28,70% en 2021⁶⁹). Sin embargo, en aquellos conflictos en los que es voluntario acudir al procedimiento -pues se trata de conflictos excluidos de conciliación preceptiva previa a la vía judicial-, el nivel de efectividad es mayor, alcanzando niveles superiores al 50% de acuerdo, cuando el conflicto versa sobre materias como vacaciones, o del 66,67% si trata de traslados o desplazamientos (datos del ejercicio 2023); en 2022, el porcentaje de acuerdos en tales procedimientos, no obligatorios, es del 37,56%; y en 2021 del 36,34%, alcanzando el 47,14% en conflictos sobre modificación sustancial, o el 61,64% en materias de traslados y desplazamientos.

Son varios los sistemas de solución autónoma de conflictos que han extendido recientemente su ámbito de aplicación para incluir la solución de conflictos individuales. En el año 2023 y con la aprobación del III Acuerdo Interprofesional del Sistema de Solución Autónoma de Conflictos Laborales en la Comunidad de Madrid, suscrito entre UGT-Madrid, CC. OO. Madrid y CEIM-CEOE, el día 29 noviembre de 2022, incluyó en su ámbito de aplicación los conflictos individuales, si bien la entrada en vigor no se produjo hasta el 10 de junio de 2023 una vez aprobado y publicado oficialmente el Reglamento de funcionamiento del sistema. Como el sistema andaluz y catalán, deja fuera de su ámbito las extinciones contractuales, excluye completamente los conflictos sobre régimen disciplinario,

⁶⁷ BOJA de 9 de febrero de 2022.

⁶⁸ Vid. Consejería de Empleo y Trabajo Autónomo, *Memoria de actuaciones del CARL 2024*, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2024-06/Memoria%202023.pdf> (consultado el 28 de enero de 2025).

⁶⁹ Vid. Consejería de Empleo y Trabajo Autónomo, *Memoria de actuaciones de 2021 del CARL. Informes anuales de negociación colectiva y SERCLA*, disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/sites/default/files/2023-05/Memoria%20CARL%202021.pdf> (consultado el 28 de enero de 2025).

en este aspecto difiere del andaluz, y los conflictos sobre reclamaciones de cantidad sólo son objeto de tratamiento sin no son superiores a 6000 euros. La configuración de la mediación tiene carácter voluntario (art. 5.11]Reglamento de Funcionamiento del Sistema de Solución Autónoma de Conflictos Laborales y del Instituto Regional de Mediación y Arbitraje de la Comunidad de Madrid), aún no es posible conocer los resultados de tales procedimientos pues no existen datos publicados al respecto.

El II Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Asturias de 15 de mayo de 2023⁷⁰, igualmente amplió su ámbito de aplicación a los conflictos individuales, en el Reglamento, que se firmó un año después, se especifica que podrá someterse cualquier conflicto individual para los que sea preceptivo conciliación o mediación previa a la vía judicial, no obstante, aún no ha empezado el Servicio Asturiano de Solución Extrajudicial de Conflictos (SASEC), a resolver conflictos individuales, pues si bien el Reglamento entró en vigor el seis de junio de 2024, la disposición final segunda de la citada norma retrasaba la tramitación de tal modalidad de conflictos a la fecha que determinase el Patronato de la Fundación gestora.

Anteriormente, en los años 2019 y 2020 se había procedido a la ampliación del ámbito objetivo de los Acuerdos Gallego y de la Región de Murcia, respectivamente.

El artículo 7 del Acuerdo interprofesional gallego sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo (AGA), prevé la resolución de aquellos conflictos individuales para los que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social no exige conciliación previa, añadiendo aquellos que originan la aplicación de sanciones, excepto que se trate de despido⁷¹. Configura el trámite en términos de voluntariedad. No es posible reflejar datos de la actividad del AGA en relación a conflictos individuales, pues las memorias disponibles en la página web del Consejo Gallego de Relaciones Laborales desde 2020 a 2024, no muestran los datos desagregados⁷², pero si es posible apreciar un incremento de los expedientes resueltos y del porcentaje de acuerdos, frente a un total de 108 expedientes tramitados en 2021, alcanzando un 68% de acuerdos⁷³, en 2022 se

⁷⁰ BOPA 11 de octubre de 2023.

⁷¹ Señalar que el AGA ha sido pionero introduciendo la posibilidad de realizar también mediación intrajudicial incluso en el trámite de ejecución de sentencia. Sobre el proceso de negociación y contenido del nuevo AGA vid. MARTÍNEZ BARBERO, V., “El Consello Galego de Relacións Laborais: gestión y prevención del conflicto laboral”, en VV.AA., Procedimientos alternativos de solución de conflictos..., Op. Cit., p. 359 y ss.

⁷² Disponible en <https://www.cgri.gal/publicacions-2/memoria/> (consultado el 30 de enero de 2025)

⁷³ Vid. Consejo Gallego de Relaciones Laborales, *Memoria de actividades de 2021*, p. 33. Disponible en <https://www.cgri.gal/wp-content/uploads/2022/04/Memoria-de-actividades-2021>.

tramitaron 141 expedientes, con un 75,29% de acuerdos⁷⁴, y en 2023 se tramitaron 164 expedientes alcanzando acuerdo en un 73%⁷⁵.

Fue en el año 2020, cuando el III Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de la Región de Murcia (ASACMUR-III)⁷⁶, procedió a la ampliación del ámbito de aplicación, incluyendo determinados conflictos individuales. El procedimiento quedaba configurado con carácter de voluntario y se extendía a cualquier tipo de conflicto salvo los que versen sobre resolución del contrato de trabajo, tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, régimen disciplinario y reclamaciones de cantidad, cualquiera que fuera su cuantía, según dispone el art. 6 del citado acuerdo. No obstante, la consulta de las memorias de los ejercicios 2021 y siguientes evidencian una muy escasa utilización del sistema⁷⁷, imputable según consideran los gestores a su carácter voluntario.

El Acuerdo Interprofesional Canario por el que se modifican y refunden los Acuerdos sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo firmado el 21 de mayo de 2004⁷⁸, previó, en el art. 3, la inclusión de cualquier conflicto individual para el que se requiera conciliación previa según la regulación procesal laboral, e incluso se establecía la posibilidad de plantear ante el sistema la solución de conflictos que afecten al personal de la Comunidad Autónoma de Canarias, excluyendo en este caso los relativos a las sanciones que lleven aparejadas la extinción de la relación laboral. Sin embargo, en la disposición transitoria del propio Acuerdo deja en suspenso esa previsión salvo para los conflictos que afectan al personal laboral de la Comunidad Canaria, es decir, un ámbito de aplicación muy reducido. Situación que permanece en la actualidad.

En una situación similar se encuentra la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. El II Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de Castilla-La Mancha firmado en junio de 2009, amplió su ámbito de aplicación a los conflictos individuales siempre que no trataran sobre despido o reclamación de cantidad, sin embargo, razones nuevamente de tipo económico obligaron a [pdf](#) (consultado el 30 de enero de 2025).

⁷⁴ Vid. Consejo Gallego de Relaciones Laborales, *Memoria de actividades de 2022*, p. 37. Disponible en <https://www.cgrl.gal/wp-content/uploads/2023/05/Memoria-de-actividades-2022.pdf> (consultado el 30 de enero de 2025).

⁷⁵ Vid. Consejo Gallego de Relaciones Laborales, *Memoria de actividades de 2023*, pp. 45 y 46. Disponible en https://www.cgrl.gal/wp-content/uploads/2024/04/Memoria2023_dixital_definitiva.pdf (consultado el 30 de enero de 2024).

⁷⁶ BORM de 27 de enero de 2021.

⁷⁷ Vid. Fundación de Relaciones Laborales de la Región de Murcia, Memoria de actividades correspondientes a los años 2021, 2022 y 2023. La memoria de actividades de 2023 p. 24, señala que solamente se ha planteado un conflicto individual durante ese ejercicio (disponible en: https://www.fundacionrlm.org/wp-content/uploads/2024/11/FRL_memoria_2023_w.pdf, consultada el 30 de enero de 2025) y en las Memorias anteriores no se plantea ninguno.

⁷⁸ Boletín Oficial de Canarias de 30 de julio de 2004.

dejar en suspenso dicha actividad con la aprobación del III Acuerdo (III ASAC-CLM) firmado el 9 de diciembre de 2013⁷⁹ (disposición adicional primera), situación que aún se mantiene.

El III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales y determinados Aspectos de la Negociación Colectiva de Castilla y León (ASACL) de 29 de septiembre de 2015⁸⁰ incluyó dentro de su ámbito de aplicación la solución de conflictos individuales, excluyendo los relativos a las reclamaciones de cantidad y derechos fundamentales, no obstante, la experiencia solamente se puso en marcha en la provincia de Valladolid a partir del 3 de noviembre de 2016 como se indica en la disposición transitoria cuarta del acuerdo de modificación del III Acuerdo Interprofesional sobre Procedimientos de Solución Autónoma de Conflictos Laborales y Determinados Aspectos de la Negociación Colectiva en Castilla y León, suscrito con fecha 6 de abril de 2017⁸¹, y hay que decir que continúa en la misma situación.

Conviene señalar que la vigencia de este sistema autónomo ha estado comprometida en los últimos años debido a que en noviembre del año 2022 las Cortes de Castilla y León retiraron la subvención de la Fundación SERLA, fundación que gestiona los procedimientos de solución de conflictos previstos en el Acuerdo Interprofesional. Finalmente, las presiones recibidas por parte del Gobierno de la nación⁸², por la OIT⁸³, por el Consejo Económico y Social de Castilla y León⁸⁴, y por las propias organizaciones sindicales y patronales⁸⁵ han

⁷⁹ Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 20 de marzo de 2014.

⁸⁰ Boletín Oficial de Castilla y León de 23 de noviembre de 2015.

⁸¹ Boletín Oficial de Castilla y León de 12 de abril de 2017.

⁸² *Vid.* “El Gobierno presenta un requerimiento judicial para que Castilla y León recupere la solución de conflictos laborales”, el Diario.es, 13 de marzo de 2023 (disponible en https://www.eldiario.es/castilla-y-leon/politica/gobierno-presenta-requerimiento-judicial-junta-castilla-leon-reponga-serla_1_10028269.html, consultado el 25 de julio de 2023).

⁸³ “La OIT advierte que suprimir el Serla sería una «decisión sin precedentes»”, Diario de León, 3 de junio de 2023 (disponible en <https://www.diariodeleon.es/articulo/castillayleon/oit-advierte-que-suprimir-serla-seria-decision-precedentes/202306030333262341587.html>, consultado el 25 de julio de 2023). “El Gobierno tomará medidas ante la situación del Serla tras una nueva advertencia de la OIT”, EFE, 2 de junio de 2023 (disponible en <https://efe.com/castilla-y-leon/2023-06-02/el-gobierno-adoptara-medidas-sobre-el-serla-tras-la-carta-de-la-oit/>, consultado el 25 de julio de 2023).

⁸⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN, *El sistema de solución autónoma de conflictos laborales de Castilla y León*, Op.Cit.

⁸⁵ *Vid.* “Patronal y sindicatos se unen para salvar un Serla en “peligro de extinción” y alertan del impacto de su cierre”, SORIANoticias.com, 28 de febrero de 2023 (disponible en <https://sorianoticias.com/noticia/2023-02-28-patronal-y-sindicatos-se-unen-para-salvar-un-serla-en-peligro-de-extincion-y-alertan-del-impacto-de-su-cierre-98219>, consultado el 25 de febrero de 2023).

parado el proceso de desmantelamiento del sistema, que era el objetivo pretendido⁸⁶. Pero no cabe duda, que su grado de desarrollo, aunque pueda ser parecido al existente en otras Comunidades Autónomas, responde a causas bien distintas, el proceso que se desencadenó fue inverso. Frente a la apuesta consensuada del crecimiento de otros sistemas autónomos, en esta Comunidad se pretendió su demolición desde la propia Administración, que puso en juego la viabilidad del sistema especialmente para los conflictos individuales. No obstante, no es posible valorar los resultados en relación a tal modalidad de conflictos ya que no hay datos disponibles posteriores a 2015⁸⁷.

No contemplan la solución de conflictos individuales ni el Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos de Extremadura, creado mediante Acuerdo Interprofesional sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Extremadura (ASEC-EX)⁸⁸, aunque en la disposición adicional segunda se plantea la posibilidad de ampliación a dicho ámbito, una vez analizados los resultados de la actividad del sistema. Y tampoco incluye en su ámbito de aplicación los conflictos individuales el sistema valenciano, el VII acuerdo de solución autónoma de conflictos laborales de la Comunidad Valenciana (ASAC-CV)⁸⁹, actualmente en vigor, los excluye expresamente en su artículo 6.2 c).

El análisis precedente pone de manifiesto que la solución de conflictos individuales no es ajena al sistema de solución autónoma actualmente vigente en nuestro país. Aunque el espacio que ocupe sea menor, ello no viene motivado por falta de voluntad de sus artífices, ni por impericia de sus operadores, creo que las experiencias reflejadas acreditan lo contrario, y manifiestan unos resultados muy satisfactorios.

El alto volumen de conflictos individuales exige infraestructura y un mayor presupuesto económico, que no siempre es fácil conseguir, esas son las causas por las que muchos sistemas no acaban de ampliar su ámbito objetivo para incluir las controversias individuales o para incluir cualquier modalidad de conflicto, y por las que no se ha producido el efecto de sustitución de los procedimientos

⁸⁶ Sobre este tema véase *in extenso* GRANADOS ROMERA, M.I., “Desmantelamiento del sistema autónomo de solución de conflictos: vulneración de un mandato constitucional”, *Trabajo y Derecho*, 110/2024, pp.

⁸⁷ En este sentido véase FUNDACIÓN SERLA, Memorias anuales, sólo publicadas hasta el ejercicio 2015 disponible en: <https://www.serla.es/es/memorias-anuales> (consultado el 31 de enero de 2025).

⁸⁸ DOE de 16 de abril de 1998.

⁸⁹ Diario Oficial de la Generalitat Valenciana de 21 de marzo de 2023.

autónomos respecto al sistema administrativo, que en cambio sí ha tenido lugar respecto a los conflictos colectivos.

5.2.2. Los procedimientos de solución de conflictos individuales creados por negociación colectiva como mecanismo preprocesal: instrumento de garantía de la tutela judicial efectiva

El estudio realizado evidencia que los sistemas autónomos de solución de conflictos laborales no sólo son instancias perfectamente habilitadas para llevar a cabo la solución de conflictos individuales, sino que además sus artífices consideran que tal actividad es una manifestación más del derecho de negociación colectiva, por ello, que formen parte del ámbito objetivo de los diferentes acuerdos sobre solución extrajudicial vigentes en las Comunidades Autónomas no debe considerarse como un contenido insólito o extraño, sino al contrario, connatural a tales sistemas.

Conviene igualmente destacar que la búsqueda de la eficiencia como mecanismo de justicia no debe conducirnos a fijar la atención exclusivamente en el nivel de acuerdos alcanzados. Es evidente, que lo pretendido, en todo caso, es que el conflicto se resuelva con la puesta en práctica de los procedimientos autónomos, y el objetivo último ha de ser alcanzar el mayor número de pactos, ahora bien, lo verdaderamente exigible desde el punto de vista técnico, para evitar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, es que el procedimiento establecido, haya sido creado por la negociación colectiva, y posibilite de facto un procedimiento autónomo de solución de conflictos, que se trate de una mediación o una conciliación real, es ese el modo de proteger otro bien o derecho constitucional que justifica la limitación de la tutela judicial efectiva. Actualmente sólo los procedimientos creados a través de los interlocutores sociales proporcionan tales garantías. En cambio, si el procedimiento obligatorio y previo a la vía judicial, ha sido diseñado por el Estado, y no es propiamente una conciliación ni una mediación, a pesar de que esa sea la denominación, y las partes tienen que intentar acordar por sus propios medios -que es lo que en la práctica viene ocurriendo-, no está justificado el retraso de acceso a la jurisdicción y considero que sí se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

A tenor de la argumentación precedente estimo que la conciliación o mediación previa administrativa no atiende la protección de esos intereses o bienes constitucionalmente protegidos a los que alude el Tribunal Constitucional. Para que el retraso en el acceso a la jurisdicción sea legítimo y deje indemne el derecho a la tutela judicial efectiva, sería conveniente la modificación del artículo 63 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social de modo que la conciliación o mediación previa a la vía judicial a la que remita, como trámite preprocesal ineludible, sea exclusivamente la regulada en los Acuerdos interprofesionales fruto de la

negociación colectiva. A mi juicio este sería el único modo de garantizar un acomodo constitucional de dicho requisito de procedibilidad.

Mercado de Trabajo

LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO EN EUROPA ANTE LA PANDEMIA: REACCIÓN O CAMBIO DE TENDENCIA

ACTIVE EMPLOYMENT POLICIES IN EUROPE IN THE FACE OF THE PANDEMIC: REACTION OR CHANGE IN TREND

JOAN ANTONI ALUJAS RUIZ

Profesor agregado de Economía Aplicada

Universidad de Barcelona

ORCID: 0000-0003-3321-2926

EXTRACTO

Palabras clave: políticas activas; ciclo económico; desempleo

Nuestro estudio se centra en el análisis de la respuesta de las políticas activas de empleo como instrumento para intentar contrarrestar los efectos de la crisis derivada de la pandemia del COVID-19 en Europa y si ha supuesto un cambio de tendencia o solo una reacción para evitar que el aumento de desempleo deviniera estructural. Con este propósito, a partir de los datos de la *Labour market policies (LMP) database – European Commission* sobre el gasto público en políticas de mercado de trabajo, se analizan una serie de indicadores que tienen en cuenta el nivel de gasto, su composición y la tasa de paro, con el objetivo de evidenciar las diferencias entre países a la hora de aplicar las medidas de política activa. La conclusión más evidente que se deriva del análisis efectuado es que la respuesta fue una reacción, aumentando el gasto sobre todo en 2020, pero concentrado por una parte en los incentivos al mantenimiento del empleo y por otra, en las prestaciones de desempleo parcial, ambas medidas vinculadas a los esquemas de retención del empleo. Posteriormente, se vuelve de forma mayoritaria a los niveles y a la estructura de gasto registrada en 2019. La relevancia del tema se refleja en la diferente estrategia de política de empleo aplicada en comparación a la llevada a cabo durante la crisis de 2008.

ABSTRACT

Key words: active policies; business cycle; unemployment

Our study focuses on the analysis of the response of active labour market policies as an instrument to try to counteract the effects of the crisis derived from the COVID-19 pandemic in Europe and whether it has meant a change in trend or only a reaction to prevent the increase in unemployment from becoming structural. For this purpose, based on the data provided by the European Commission through the Labour market policies (LMP) database on public spending on labour market policies, a series of indicators are analysed that take into account the level of spending, its composition and the unemployment rate, with the aim of highlighting the differences between countries when it comes to applying active policy measures. The most obvious conclusion to be drawn from the analysis is that the response was reactive, with spending increasing especially in 2020, but concentrated on the one hand on incentives to maintain employment and on the other hand on partial unemployment benefits, both measures linked to job retention schemes. Subsequently, there is a majority return to the levels and structure of spending recorded in 2019. The relevance of the issue is reflected in the different employment policy strategy implemented compared to that carried out during the crisis of 2008.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL GASTO EN POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO: ACTIVAS *VERSUS* PASIVAS
3. ESTRUCTURA DEL GASTO EN MEDIDAS DE POLÍTICA ACTIVA
 - 3.1. Distribución por grandes categorías del gasto activo
 - 3.2. Medidas específicas impulsadas durante la pandemia
4. INTENSIDAD DEL GASTO EN POLÍTICAS ACTIVAS
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

El buen funcionamiento y la eficacia de las políticas activas de empleo o de mercado de trabajo pueden aportar beneficios económicos y sociales a medio y largo plazo. La inversión en políticas activas puede generar un impacto positivo en el empleo al contribuir a reducir los desajustes y la escasez de mano de obra, dotando a los trabajadores de las cualificaciones requeridas, apoyando las transiciones laborales y reforzando la participación en el mercado laboral de los grupos infrarrepresentados (European Commission, 2024).

A la hora de evaluar la efectividad de las políticas activas y establecer conclusiones, existe un amplio consenso sobre la necesidad de que transcurra un cierto tiempo. Sin embargo, lo que sí se puede constatar es cómo reaccionaron los países europeos ante los efectos de la pandemia en el mercado de trabajo. Los cambios en el ciclo económico influyen de forma decisiva en la evolución del gasto destinado a las políticas activas dentro del marco de la política de empleo. Dichas políticas podrían, de hecho, jugar un papel como “estabilizador automático” en la economía (Quiggin, 2001). El gasto en programas activos sería entonces anticíclico, aumentando cuando la economía está en recesión y el desempleo crece y disminuyendo cuando la economía está en una fase expansiva y el paro desciende.

Las políticas activas de mercado de trabajo pueden ayudar a los países a mitigar el impacto de las crisis económicas, pero también desempeñan un papel importante incluso cuando las condiciones del ciclo económico son más favorables. En consecuencia, la adopción de un conjunto bien diseñado de políticas activas puede contribuir a estimular la creación de puestos de trabajo, minimizando

los costes a largo plazo de un elevado desempleo y preparando el terreno para la que la recuperación económica sea más intensiva en empleo.

La eficacia de las políticas activas es sustancial durante las recesiones (Romero y Kuddo, 2019), mientras que su grado está relacionado con la fase real del ciclo económico y laboral, ya que es más probable que las políticas activas produzcan efectos positivos cuando el crecimiento del PIB es mayor y el desempleo relativamente bajo (Dar y Tzannatos, 1999).

La naturaleza de la crisis del COVID-19 y su incertidumbre limitaron la adopción de medidas de política activa. Los responsables políticos dirigieron sus acciones principalmente a la retención de empleos y el apoyo a los ingresos mediante mecanismos de asistencia financiera (Eichhorst et al., 2022).

Una lección que se aprendió de la crisis de 2008 es que los planes de retención de empleo desempeñan un papel importante para amortiguar el impacto de una crisis económica sobre el empleo. La experiencia de la pandemia ilustra que dichos planes fueron parte integral de una gestión de la crisis más centrada en la demanda. En este sentido, permitieron a las empresas capear la situación económica al mantener su liquidez financiera, evitar pérdidas de empleos innecesarias y actuar como un estabilizador económico automático al sostener la demanda interna mediante la protección de los salarios de los trabajadores (Drahokoupil y Müller, 2021).

Cuando muchos empleos se suspendieron debido a las medidas de confinamiento y distanciamiento social al comienzo de la pandemia, los esquemas de mantenimiento del empleo a corto plazo hicieron un gran trabajo para preservar la posición de los trabajadores, al tiempo que favorecían el ajuste del mercado laboral al menor coste para los agentes económicos. Por tanto, como implicación para la formulación de políticas, dichos esquemas parecen ser una vez más una herramienta política muy relevante cuando la estabilidad del mercado laboral es el objetivo, siempre y cuando se espere que el shock sea transitorio (García-Clemente et al., 2023).

Independientemente de las diferencias entre los esquemas de retención de empleos y las políticas activas en sentido estricto, los primeros tienen como objetivo preservar los puestos de trabajo dentro de las empresas durante las recesiones, mientras que las segundas se concentran en apoyar a los demandantes de empleo y mejorar los resultados del mercado laboral.

La elevada incertidumbre y los sucesivos confinamientos empujó a centrarse inicialmente en preservar la demanda laboral mediante medidas adecuadas de apoyo ad hoc para las empresas o de sostenimiento el empleo a través de planes

de retención, fuera a través de la suspensión del mismo o de la jornada laboral reducida.

El recurso a la jornada reducida implica beneficios y riesgos para todas las partes. La principal ventaja desde la perspectiva del empresario es que, en caso de problemas económicos temporales, la seguridad laboral permite a las empresas conservar las competencias específicas de la empresa y evitar despidos y posibles costes de recontractación. Al mismo tiempo, la jornada reducida garantiza la contención de la pérdida de ingresos del trabajador, tanto a corto como a largo plazo, porque a menudo se puede evitar el desempleo y los trabajadores acaban volviendo a trabajar en sus horarios habituales (Fitzenberger y Walwei, 2023).

Después de la primera ola de la crisis y las medidas de distanciamiento social, se promovió la implementación de políticas activas ajustadas a las nuevas condiciones causadas por el COVID-19 o incluso ampliaron el conjunto de estas medidas. Si bien la incertidumbre implícita y los confinamientos sucesivos diferenciaron el carácter de esta crisis de las anteriores y limitaron el uso amplio de las políticas activas, la intención de los responsables políticos de proteger tanto a empleados como a empleadores permitió que las economías europeas se recuperaran con relativa rapidez (Bozani, 2024).

Entre los nuevos programas de política activa y los planes existentes (que se ampliaron y modificaron considerablemente), los planes de mantenimiento del empleo, prestaciones por desempleo parcial y subsidios salariales para la protección del empleo demostraron ser el conjunto de medidas más importante al comienzo de la pandemia, preservando los puestos de trabajo y conteniendo así el aumento de desempleo (OECD, 2020). El gran interés y la amplia aceptación de los planes de mantenimiento del empleo en muchos países se relaciona con la singularidad de la crisis¹ del COVID-19, que constituyó un fuerte choque externo para las economías (European Commission, 2023). Tanto es así, que algunos países que no utilizaban estos planes antes, los han integrado en sus instrumentos de política de empleo para poder reactivarlos rápidamente en caso de ser necesario.

No obstante, los programas puestos en marcha inicialmente, si bien tal vez proporcionaron un nivel adecuado de protección a las empresas y los trabajadores contra el enorme impacto que representó la pandemia, no son sostenibles a medio plazo, pudiendo inhibir cierta reasignación eficiente de recursos al mantener a

¹ El impacto económico de la crisis del COVID-19, a diferencia de la crisis financiera de 2008, se caracterizó por una suspensión temporal generalizada de la actividad económica en lugar de un colapso de sectores específicos de la economía, lo que permitió realizar esfuerzos preventivos para preservar los puestos de trabajo.

flote algunas empresas de baja productividad y una baja calidad en los ajustes entre trabajadores y puestos de trabajo (Costa et al., 2020).

Cabe poner de relieve que, a medio y largo plazo, el impacto de los cambios tecnológicos y demográficos sobre el empleo y la productividad será tanto más positivo cuanto mayor sea la capacidad de la oferta de trabajo para adaptarse a las nuevas demandas del mercado. En esta adaptación, la mejora del funcionamiento de las políticas activas y pasivas de mercado de trabajo es fundamental para hacer frente a la reasignación sectorial y ocupacional del empleo (Banco de España, 2024).

El objetivo de este trabajo es evidenciar cuál ha sido la respuesta de las políticas activas a la crisis derivada del COVID-19 en el contexto europeo y su evolución posterior, con especial énfasis en el caso español. Para ello, se analizan en primer lugar la evolución del gasto en políticas de mercado de trabajo y la proporción del gasto activo sobre el gasto total en políticas de mercado de trabajo en los países de la Unión Europea (UE), comprobando si se han registrado cambios como consecuencia del efecto de la pandemia sobre los mercados de trabajo y en qué medida dichos cambios se han revertido con posterioridad. En segundo lugar, se examinan las diferencias en la composición del gasto en políticas activas, lo que nos permitirá clasificar a los países según la importancia que confieren a las distintas medidas (servicios de orientación y asesoramiento a la búsqueda de empleo, formación y reciclaje, incentivos tanto a la contratación como al mantenimiento del empleo, ayudas a la creación de empresas, creación directa de empleo en el sector público y ayudas al empleo protegido). En tercer lugar, el análisis del gasto activo se completa con la evolución del indicador de intensidad, lo que permite valorar el grado de esfuerzo en políticas activas teniendo en cuenta la tasa de desempleo. Por último, el trabajo finaliza con una serie de conclusiones y recomendaciones de política económica.

La metodología de análisis es de carácter cuantitativo y se centra en la información procedente de la *Labour market policies (LMP) database* de la Comisión Europea y de la *Labour force survey. LFS series- detailed annual survey results* de Eurostat. El período analizado comprende entre 2019 y 2022 (último año disponible en cuanto al gasto en políticas de mercado de trabajo) e incluye a los países de la UE que presentan datos estadísticos completos para todos los años objeto de estudio.

2. EL GASTO EN POLÍTICAS DE MERCADO DE TRABAJO: ACTIVAS *VERSUS* PASIVAS

El gasto en políticas de empleo o de mercado de trabajo comprende el gasto en políticas activas y en políticas pasivas. Las primeras se dirigen a incentivar la

creación de empleo en el sector privado (asalariado o autónomo), a crear directamente empleo en el sector público, a favorecer el ajuste entre oferta y demanda de trabajo mediante acciones de formación o mejoras en la labor de intermediación de los servicios públicos de empleo y en último término, a facilitar la inserción laboral de personas con especiales dificultades en el mercado de trabajo. Por su parte, las políticas pasivas de empleo son las destinadas a compensar, al menos parcialmente, la caída de ingresos derivada de la pérdida de empleo. Entre dichas políticas destacan como las más relevantes las prestaciones contributivas por desempleo, aunque también se incluyen las ayudas públicas a la jubilación anticipada por motivos relacionados con el mercado de trabajo.

Cabe subrayar que por muy eficaces que sean las políticas activas, si los incentivos a la búsqueda de empleo no están suficientemente alineados, las transiciones de trabajadores desde el desempleo hacia el empleo serán reducidas. Y, viceversa, unas prestaciones por desempleo muy orientadas a incentivar la búsqueda de empleo no serán ni suficientes ni eficaces para alcanzar dicho objetivo si las políticas activas no contribuyen eficazmente a incrementar la empleabilidad de los trabajadores (Banco de España, 2024).

El gasto total en políticas de mercado de trabajo en los países de la UE alcanzó un máximo con la puesta en marcha de programas de apoyo al empleo durante la pandemia del COVID-19. Dicho gasto aumentó sustancialmente en 2020 en comparación con años anteriores, alcanzando un máximo histórico de casi el 3% del PIB de media, disminuyendo al 2,3% en 2021, hasta registrar en 2022 un nivel inferior al de 2019.

El gasto activo aumenta en la mayoría de los países de la UE al inicio de la pandemia, excepto en Dinamarca, Finlandia, Grecia, Letonia y Suecia. El carácter anticíclico es mucho más acusado en el gasto pasivo y se registra en todos los países analizados. Entre 2019 y 2020 Lituania, Irlanda, Países Bajos, Polonia y España se anotan los mayores incrementos en el gasto en políticas activas. Por otro lado, en Polonia, Chequia, Grecia y Eslovenia se registran los mayores aumentos en el gasto en políticas pasivas (cuadro 1). Los incrementos del gasto pasivo son superiores a los del gasto activo en todos los países a excepción de Irlanda, Lituania y Países Bajos. Por otra parte, mientras que en 2019 el gasto en políticas activas era encabezado por Dinamarca, en 2020 el líder pasa a ser Países Bajos, con un 2,21% del PIB, en tanto que Irlanda, Lituania y España superan el nivel del 1%. Por contra, Letonia y Eslovenia registraron los niveles más bajos. En el caso del gasto pasivo, España, Francia, Grecia y Austria registran las mayores cifras en 2020, siendo, a excepción de Grecia, los países que lideraban también

dicho gasto en 2019. En cambio, Hungría y Letonia se anotaron los menores niveles, no superando el 0,5 del PIB (cuadro 1).

En 2021 el gasto en políticas activas (aunque sigue siendo superior al registrado antes de la pandemia) disminuye respecto al año anterior en la mayoría de los países analizados. Lituania, Eslovaquia y Hungría registran las mayores caídas, situándose estos dos últimos ya por debajo del nivel de gasto de 2019. Por el contrario, los mayores aumentos entre 2020 y 2021 se los anotan Grecia, Italia y Portugal. Asimismo, el gasto en políticas pasivas disminuye en todos los países excepto en Eslovaquia, Irlanda y Lituania. Cabe destacar a Polonia, Luxemburgo, Estonia, Suecia y Hungría, con caídas de entre el 42% y el 72% (cuadro 1). La retirada de la mayoría de restricciones durante 2021 y la consecuente mejora de la situación económica explicarían dicho comportamiento. Por otro lado, Dinamarca, Países Bajos, Irlanda y Suecia son los países que más presupuesto dedicaron a políticas activas, superando todos el 1% del PIB. España se quedó a pocas décimas de dicho nivel. Por contra, a la cola se situaron Eslovenia, Chequia, Grecia y Hungría con un nivel de gasto en torno al 0,3% del PIB. En el caso del gasto pasivo España, Francia, Grecia y Austria siguen registrando los mayores niveles, todos ellos por encima del 2% del PIB. En cambio, las cifras más bajas se las anotan Hungría y Polonia con un volumen de gasto cercano al 0,2% del PIB (cuadro 1).

Entre 2021 y 2022 el gasto en políticas activas disminuye en todos los países a excepción de Francia y Luxemburgo. Las mayores caídas se registran en Irlanda, Países Bajos, Lituania y Polonia, mientras que en Austria, Finlandia y Suecia los descensos apenas superan el 5%. Por otra parte, el gasto en políticas pasivas disminuye en todos los países excepto en Letonia. Los mayores descensos se los anotan Chequia, Eslovenia Eslovaquia, Grecia, Lituania, Polonia y Suecia, con caídas de alrededor del 70% (cuadro 1). Esto se explica porque la vuelta a la normalidad hace innecesario mantener las medidas puestas en marcha en 2020. Por otro lado, solo Dinamarca supera con creces el nivel del 1% del PIB destinado a políticas activas en 2022, seguido a distancia por Suecia. Por el contrario, Letonia, Eslovaquia y Eslovenia registran las cifras más bajas, no superando el 0,2% del PIB. En el caso del gasto pasivo, Francia y España lideran el ranking con niveles superiores al 1,5% del PIB. En el otro extremo destaca Polonia con apenas el 0,1% del PIB y Hungría y Chequia con alrededor del 0,2% (cuadro 1).

El gasto en políticas activas en 2022 es menor al registrado en 2019 en la mayoría de países excepto en Portugal, Austria, Francia, España, Países Bajos y especialmente en Italia, con un aumento de más del 50%. Por el contrario, las

mayores caídas se las anotan Hungría, Eslovaquia, Grecia y Letonia, gastando claramente por debajo del nivel anterior a la pandemia.

En el caso del gasto pasivo se registra la misma evolución, siendo su nivel inferior en 2022 en la mayoría de los países analizados. Cabe destacar a Suecia, Dinamarca, Polonia y Países Bajos con descensos de entre el 30% y el 40%. En cambio, se sitúa claramente por encima en Eslovaquia y Chequia. En España, Finlandia y Lituania se mantiene dicho gasto prácticamente al mismo nivel al registrado en 2019 (cuadro 1).

Por tanto, se puede afirmar que el efecto de la pandemia sobre el gasto en políticas de mercado de trabajo se ha traducido en un aumento transitorio, sobre todo en 2020, para volver en 2022 a niveles incluso inferiores a los registrados en 2019, tanto en el gasto activo como pasivo. Por tanto, no ha habido un cambio de tendencia, sino una reacción ante la crisis derivada del COVID-19. Sin duda, el incremento del presupuesto tanto en políticas activas como pasivas ha contribuido a minimizar la incidencia de dicha crisis sobre el empleo, así como a contener el aumento del desempleo.

En el caso de España cabe destacar que es uno de los países con un mayor nivel de gasto activo y pasivo en 2020, lo que refleja una reacción muy diferente a la adoptada durante la recesión que se inicia en 2008. Además, es uno de los países donde el gasto activo en 2022 es superior al registrado en 2019.

En consecuencia, a partir de los datos analizados y excluyendo el efecto de la pandemia, se pueden agrupar a los países de la UE en función del nivel de gasto destinado a las políticas activas. Un primer grupo, con un nivel inferior al 0,3% del PIB, formado por los países del Este de Europa (excepto Estonia) y Grecia. El segundo grupo se situaría entre el 0,3% y el 0,6% del PIB formado por Alemania, Estonia, Irlanda, Italia y Portugal. El tercer grupo comprendería los países que gastan entre el 0,6 y el 0,8% del PIB (España, Bélgica, y Luxemburgo).

Finalmente, el grupo con un mayor nivel de gasto activo (por encima del 0,8% del PIB) estaría formado por Austria, Finlandia y especialmente Dinamarca y Suecia.

No obstante, si se considera solo la reacción a la pandemia en 2020 cabe señalar que Irlanda, Lituania, España y especialmente Países Bajos, se situarían entre en el grupo con mayor nivel de gasto en políticas activas.

Tabla 1. Gasto en políticas de mercado de trabajo

	Gasto en % PIB							
	Activas				Pasivas			
	2019	2020	2021	2022	2019	2020	2021	2022
Alemania	0,59	0,61	0,57	0,53	0,72	1,30	1,19	0,78
Austria	0,7	0,78	0,87	0,83	1,29	3,18	2,37	1,20
Bélgica	0,89	0,92	0,87	0,69	1,08	2,00	1,36	0,93
Chequia	0,28	0,30	0,30	0,27	0,15	1,03	0,79	0,22
Dinamarca	1,88	1,79	1,65	1,51	0,95	2,13	1,41	0,64
Eslovaquia	0,23	0,33	0,17	0,15	0,33	1,28	1,81	0,58
Eslovenia	0,20	0,21	0,23	0,18	0,37	1,86	1,18	0,28
España	0,69	1,19	0,94	0,76	1,52	3,38	2,29	1,57
Estonia	0,52	0,57	0,55	0,44	0,45	1,80	0,84	0,56
Finlandia	0,92	0,86	0,83	0,79	1,14	1,75	1,54	1,11
Francia	0,72	0,74	0,82	0,84	1,87	3,37	2,46	1,70
Grecia	0,36	0,20	0,31	0,25	0,58	3,19	2,00	0,63
Hungría	0,58	0,61	0,33	0,24	0,21	0,36	0,21	0,20
Irlanda	0,31	1,34	1,22	0,34	0,56	0,92	1,37	0,45
Italia	0,27	0,34	0,44	0,41	1,29	2,74	1,70	1,02
Letonia	0,15	0,14	0,14	0,11	0,42	0,52	0,36	0,38
Lituania	0,21	1,32	0,36	0,20	0,43	1,51	1,51	0,44
Luxemburgo	0,75	0,80	0,70	0,70	0,55	2,12	0,85	0,57
Países Bajos	0,56	2,21	1,55	0,61	1,22	1,74	1,26	0,86

	Gasto en % PIB							
	Activas				Pasivas			
	2019	2020	2021	2022	2019	2020	2021	2022
Polonia	0,32	0,77	0,53	0,30	0,13	0,96	0,27	0,09
Portugal	0,39	0,57	0,69	0,48	0,86	1,53	1,39	0,76
Suecia	1,02	0,97	1,05	0,99	0,43	1,28	0,74	0,26

Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

El gasto activo varía con el ciclo económico, al igual que cualquier tipo de gasto relacionado con el desempleo, pero el gasto activo en relación al gasto total es de hecho procíclico, el porcentaje dedicado a las políticas activas aumenta en la fase alcista y disminuye en la fase recesiva. En este sentido, aunque el gasto en políticas activas aumentó de forma generalizada en 2020 no ha logrado igualar el gran incremento registrado en el gasto en políticas pasivas.

La proporción del gasto total en políticas de mercado de trabajo destinado a políticas activas en los países de la UE ha seguido dicha pauta, disminuyendo en general entre 2019 y 2020, como consecuencia de la crisis y el aumento en el gasto pasivo (concentrado en las prestaciones por desempleo parcial como se verá más adelante). En cambio, posteriormente aumenta de forma generalizada en consonancia con la recuperación económica, aunque sin superar los niveles registrados antes de la pandemia (gráfico 1).

La proporción del gasto activo sobre el gasto total en políticas de mercado de trabajo se mantiene en la mayoría de los países europeos por debajo del 50% durante el periodo analizado, siendo por tanto inferior a la del gasto pasivo, aunque existen diferencias remarcables.

En 2019 destacan Chequia, Dinamarca, Estonia, Luxemburgo y especialmente Hungría, Polonia y Suecia, con un porcentaje de gasto activo superior al 70%. Por el contrario, Italia, Letonia y Francia son los que menos proporción destinan. España se sitúa algo por debajo de la media europea con un 31,2% del gasto total en políticas activas. Entre 2019 y 2020 dicha proporción disminuye en todos los países excepto en Irlanda, Lituania y Países Bajos. La razón en estos últimos es que el gasto activo aumenta muy por encima del gasto pasivo. Por otra parte, Grecia, Chequia y Eslovenia son por este orden los países en que más se reduce la proporción de gasto activo (gráfico 1). El inicio de la crisis derivada del

COVID-19 y el consiguiente mayor recurso a las políticas pasivas explican dicho comportamiento

En 2020 solo Hungría, Irlanda y Países Bajos supera el 50% de gasto dedicado a medidas activas. Por contra, Grecia apenas alcanza el 6%, mientras que Eslovenia e Italia apenas superan el 10%. España se sitúa ahora casi en la media europea, aunque la proporción de gasto activo ha caído al 26%. Entre 2020 y 2021 dicha proporción aumenta en todos los países a excepción de Hungría, Irlanda, Lituania y Países Bajos y, de forma especial en Eslovaquia, donde se reduce a menos de la mitad. Por otro lado, los mayores aumentos del porcentaje de gasto activo se registran en Estonia, Italia y Luxemburgo (gráfico 1). La menor necesidad de gasto en prestaciones por desempleo en comparación a 2020 explica sin duda la evolución del mencionado indicador.

En 2021 Polonia, Hungría, Suecia, Países Bajos, Dinamarca, son los que mayor porcentaje destinan a políticas activas. Por el contrario, Eslovaquia, Grecia, Eslovenia y Lituania no alcanzan ni siquiera el 20%, muy por debajo del nivel registrado en 2019. España recupera terreno y la proporción de gasto activo se sitúa en el 29% (gráfico 2). Entre 2021 y 2022 la proporción de gasto activo en relación al gasto total en políticas de empleo aumenta en la mayoría de países excepto en Hungría, Irlanda, Letonia y Países Bajos. En estos últimos la caída del gasto activo es superior a la registrada en el gasto pasivo. Los aumentos son en general notables, destacando Austria, Chequia y en especial Eslovenia, donde más que se dobla. Los menores incrementos se registran en Bélgica, España y Portugal (gráfico 1). La recuperación económica y por tanto el menor gasto en políticas pasivas explicarían el comportamiento de la proporción de gasto activo.

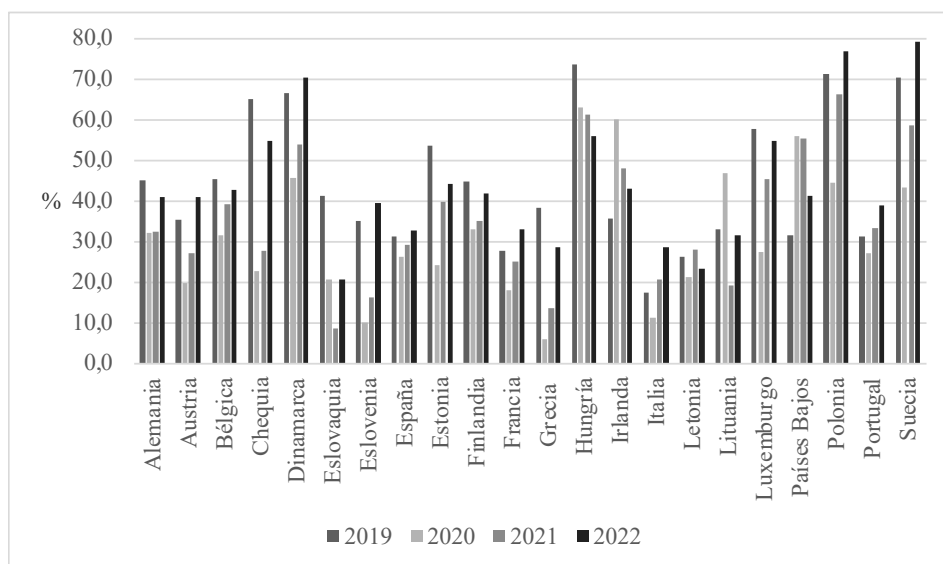
En 2022 Suecia registra la proporción más elevada (79,2%) y junto con Dinamarca y Polonia son los únicos países que superan el 70% de gasto destinado a las políticas activas. Chequia, Hungría y Luxemburgo completan la lista de los que superan el 50%. Eslovaquia, Letonia, Grecia e Italia son los que se anotan la proporción más baja de gasto activo, no superando en ningún caso el 30%. En España sigue aumentando en relación a 2020, alcanzando un porcentaje del 32,6% (gráfico 1).

En 2022 y en relación a 2019, la proporción de gasto activo respecto al gasto total en políticas de empleo aumenta en la mitad de los países analizados, destacando Italia, Suecia, Países Bajos y Portugal. En la otra mitad disminuye, destacando Eslovaquia, Hungría y Grecia donde se registran las mayores caídas en dicha proporción. En cambio, se mantiene con ligeras variaciones en España y en Lituania (gráfico 1).

Por tanto, en base a los datos analizados se puede afirmar que la proporción del gasto en políticas activas disminuye en casi todos los países por el impacto

de la crisis del COVID-19. En consecuencia, el comportamiento de la proporción de gasto activo sobre el gasto total en políticas de empleo responde claramente al ciclo económico tal y como señalan Forslund et al. (2011).

Gráfico 1. Porcentaje de gasto activo en relación al gasto total



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

3. ESTRUCTURA DEL GASTO EN MEDIDAS DE POLÍTICA ACTIVA

3.1. Distribución por grandes categorías del gasto activo

El análisis de la distribución por grandes categorías del gasto en políticas activas, a partir de los datos disponibles de la LMP database de la Comisión Europea, permite observar las diferencias entre los países de la UE en función de la importancia que conceden a las diferentes medidas (servicios de empleo, formación, incentivos al empleo, ayudas a la creación de empresas, creación directa de empleo en el sector público y ayudas al empleo protegido).

En 2019 solo tres países destinan el mayor porcentaje de gasto activo a la categoría de servicios de empleo (Alemania, Bélgica y Eslovenia). Por el contrario, Grecia no destina presupuesto a dicha categoría, mientras que Hungría y Luxemburgo gastan alrededor del 10%. La formación es la primera categoría

de gasto en cinco países, destacando Italia, Portugal y especialmente Austria, con un porcentaje superior al 57%, mientras que Chequia y Polonia no registran gasto alguno y Hungría apenas suma un 3,5%. En los incentivos al empleo sobresalen Eslovaquia, Luxemburgo, Suecia y sobre todo Lituania, con más del 50% del total de gasto activo. Por contra, Chequia, Francia, Alemania y Países Bajos se sitúan en torno al 3%. En las medidas orientadas a la creación directa de empleo destacan Grecia, Hungría e Irlanda, mientras que Dinamarca, Estonia, Italia, Lituania y Suecia no gastan nada. El gasto en la categoría de creación de empresas es prácticamente nulo en la mayoría de países, destacando España (donde es la primera categoría de gasto) y Polonia. Por último, la ayuda al empleo protegido es la primera categoría de gasto en Dinamarca, Países Bajos, Chequia, Estonia y Polonia (los dos primeros con más del 50% del presupuesto activo). En el caso de España se registra una estructura de gasto activo bastante equilibrada entre las diferentes categorías (gráfico 2).

Entre 2019 y 2020 la categoría que más aumenta su proporción en el total de gasto activo y en la mayoría de países son los incentivos al empleo,² destacando Países Bajos, Irlanda y España. En los servicios de empleo su proporción en el gasto activo disminuye o se mantiene excepto en Austria, Finlandia, Italia y Suecia. El peso de la formación en el total de gasto en políticas activas solo aumenta en seis países, en especial en Bélgica. En la creación directa de empleo la pérdida de peso en el gasto activo es generalizada, particularmente en Eslovaquia, Irlanda y Países Bajos. En las ayudas a la creación de empresas solo cuatro países registran un aumento, sobre todo Austria y Lituania. La ayuda al empleo protegido disminuye o se mantiene en la mayoría de países, destacando las caídas en Lituania, Países Bajos e Irlanda (gráficos 2 y 3).

En 2020 siguen siendo los mismos tres países los que dedican la mayor proporción del gasto activo a los servicios de empleo. La categoría de formación se mantiene como la principal partida de gasto en cinco países, destacando Austria y Finlandia con porcentajes superiores al 50% y al 40% respectivamente, mientras que Grecia, Chequia y Polonia no destinan presupuesto alguno. Por otro lado, hasta diez países destinan el mayor porcentaje de su gasto en políticas activas a la categoría de incentivos al empleo, destacando Lituania con más del 90%, seguido de Países Bajos y Eslovaquia. Por contra, dicha medida representa menos del 5% en Francia, Chequia y Alemania. En España el porcentaje de gasto en incentivos al empleo alcanza el 47%, revertiendo así la anterior estructura equilibrada. La proporción de gasto activo en la creación directa de empleo solo es la principal categoría de gasto en Hungría. Dicha proporción sigue siendo nula

² Por tanto, la categoría de incentivos al empleo es la responsable del incremento del gasto en políticas activas como respuesta a la crisis derivada de la pandemia, conllevando el aumento de su proporción en el gasto activo una caída en el peso del resto de medidas.

en los mismos países que en 2019, sumándose ahora Eslovaquia. En el caso de las ayudas a la creación de empresas, el mayor porcentaje de gasto se registra en Grecia (12,5%), seguida de España (10,1%), siendo en el resto de países muy bajo o nulo. En la ayuda al empleo protegido Dinamarca y Chequia son los países con una mayor proporción de gasto activo en dicha categoría (gráfico 3).

Entre 2020 y 2021 la proporción de los incentivos al empleo en el gasto activo disminuye o se mantiene en la mayoría de los países, con la excepción sobre todo de Italia, Francia y Austria. Cabe destacar el aumento en la proporción de gasto activo en la categoría de los servicios de empleo en Lituania, mientras que disminuye o se mantiene en la mayoría de países. El peso de la formación en el total de gasto en políticas activas aumenta en ocho países, especialmente en Lituania y Países Bajos. La proporción del gasto activo en la creación directa de empleo se mantiene o disminuye en la mayoría de países, mientras que destaca el aumento en Hungría y Letonia. En las ayudas a la creación de empresas solo en España y Polonia se registra un aumento destacable de su proporción en el gasto activo. El peso de la ayuda al empleo protegido disminuye o se mantiene en la mayoría de países, destacando por contra el aumento registrado en Lituania y Eslovaquia (gráficos 3 y 4).

En 2021 se mantienen los mismos países que destinan el mayor porcentaje de gasto activo a los servicios de empleo. Por contra, Italia no destina presupuesto alguno a dicha categoría, mientras que Grecia e Irlanda gastan tan solo el 1,6%. La formación es la primera categoría de gasto en cuatro países, destacando Francia, Finlandia y especialmente Austria, con un porcentaje superior al 55%, mientras que Chequia Hungría y Polonia no registran gasto alguno. Por otra parte, son de nuevo diez países los que destinan el mayor porcentaje del gasto en políticas activas a la categoría de incentivos al empleo, destacando Irlanda (84,1%) seguido de Lituania, Países Bajos y Eslovaquia. En España el porcentaje de gasto en incentivos al empleo se sitúa en el 32,6%, siendo la primera categoría de gasto activo. La proporción de gasto activo en la creación directa de empleo solo es la principal categoría de gasto en Hungría y Grecia. La proporción del gasto en las ayudas a la creación de empresas es prácticamente nula en la mayoría de países, destacando nuevamente el porcentaje registrado en Grecia y España. En el caso de las ayudas al empleo protegido, Dinamarca y Chequia siguen siendo, al igual que en 2020, los países con un mayor porcentaje de gasto activo en dicha categoría (gráfico 4).

Entre 2021 y 2022 la proporción de los incentivos al empleo en el gasto activo disminuye o se mantiene también en la mayoría de los países, con la excepción sobre todo de Grecia y Estonia. En los servicios de empleo destaca el aumento en Lituania y Países Bajos, mientras que la proporción de dicha categoría en el gasto

activo se mantiene en cinco países y disminuye especialmente en Irlanda. El peso de la formación en el total de gasto en políticas activas aumenta en la mitad de los países analizados, destacando de nuevo Lituania y Países Bajos. La proporción del gasto activo en la creación directa de empleo se mantiene o disminuye en la mayoría de países con la excepción de Polonia, España, Bélgica, Finlandia y Francia. En la ayuda a la creación de empresas solo se registra un aumento de su proporción en el gasto activo en cuatro países, particularmente en Polonia y Finlandia. El peso de la ayuda al empleo protegido aumenta en la mayoría de países, destacando Países Bajos y Lituania (gráficos 4 y 5).

En 2022 cinco países destinan el mayor porcentaje de gasto activo a la categoría de servicios de empleo, siendo Bélgica, Estonia, Eslovenia, España y especialmente Alemania con alrededor del 55%. La formación es la primera categoría de gasto en Austria, Finlandia, Francia y Portugal. Por otro lado, ahora se reduce a seis el número de países que destinan el mayor porcentaje de su gasto en políticas activas a la categoría de incentivos al empleo, destacando Grecia e Italia con más del 60% seguidos de Eslovaquia, Irlanda, Luxemburgo y Lituania. Por el contrario, en Alemania, Chequia y Dinamarca dicha proporción apenas supera el 4%. En España el porcentaje de gasto en incentivos al empleo se sitúa en un nivel similar al registrado en 2019. La proporción de gasto activo en la creación directa de empleo solo es la primera categoría de gasto en Hungría, mientras que sigue siendo inexistente en los mismos países que en 2020. En el caso de las ayudas a la creación de empresas, el mayor porcentaje de gasto se registra en España seguida de Grecia y Polonia, siendo en el resto de países muy bajo o nulo. La ayuda al empleo protegido es la primera categoría de gasto activo en Dinamarca, Chequia (ambos con más del 50% del presupuesto activo), Países Bajos y Polonia (gráfico 5).

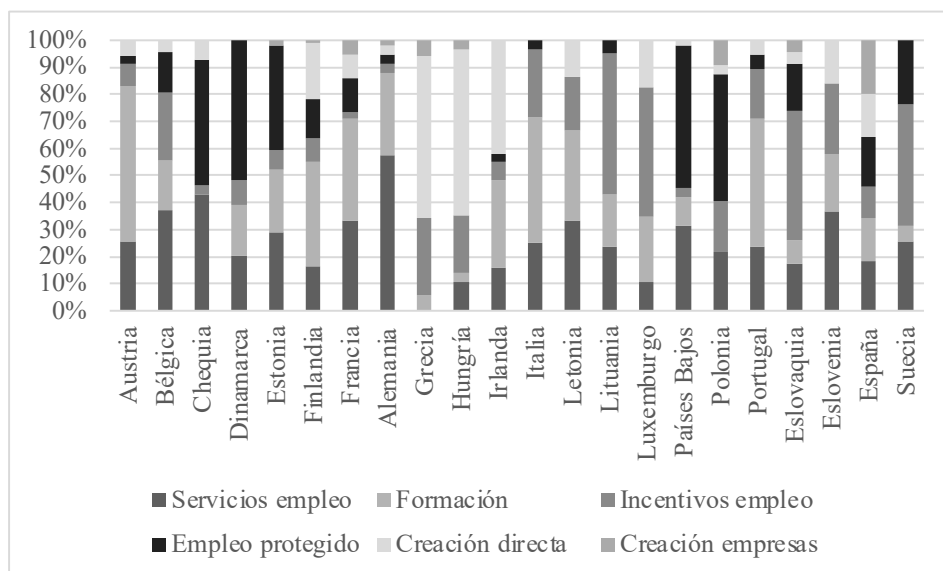
En base a los datos analizados se puede afirmar que, tanto antes como durante y después del COVID-19, la mayoría de los países concentran más de la mitad del gasto en 3 categorías (incentivos al empleo, formación y servicios de empleo). Por el contrario, el gasto en la categoría de creación directa de empleo en el sector público es bajo o nulo, ya que este tipo de medidas se han constatado relativamente ineficientes para mejorar la empleabilidad de los participantes tal y como señalan Bánociová y Martinková (2017). No obstante, sí pueden desempeñar un papel positivo en el apoyo a sus ingresos, dándoles acceso a la protección social y previniendo la erosión de habilidades asociadas a largos periodos de inactividad (ILO, 2015). Entre 2019 y 2020 aumenta la proporción de gasto activo en incentivos al empleo en la mayoría de países y en diez es la primera categoría de gasto, hecho este que también se repetirá en 2021. Precisamente,

Brown y Koettl (2015) sostienen que los incentivos al empleo pueden estimular el flujo de salida del desempleo durante la recuperación económica.

En la distribución del gasto en políticas activas hay una serie de países que mantienen la misma categoría como principal medida de gasto a lo largo de todo el período analizado. En los servicios de empleo, Alemania y Eslovenia; en la categoría de formación, Austria, Finlandia y Francia; en los incentivos al empleo Lituania, Luxemburgo, Eslovaquia y Suecia; en el caso de la ayuda al empleo protegido, Dinamarca y Chequia y finalmente, Hungría en la creación directa de empleo. Por otra parte, no hay ningún país que tenga de forma recurrente como medida principal de gasto activo las ayudas a la creación de empresas.

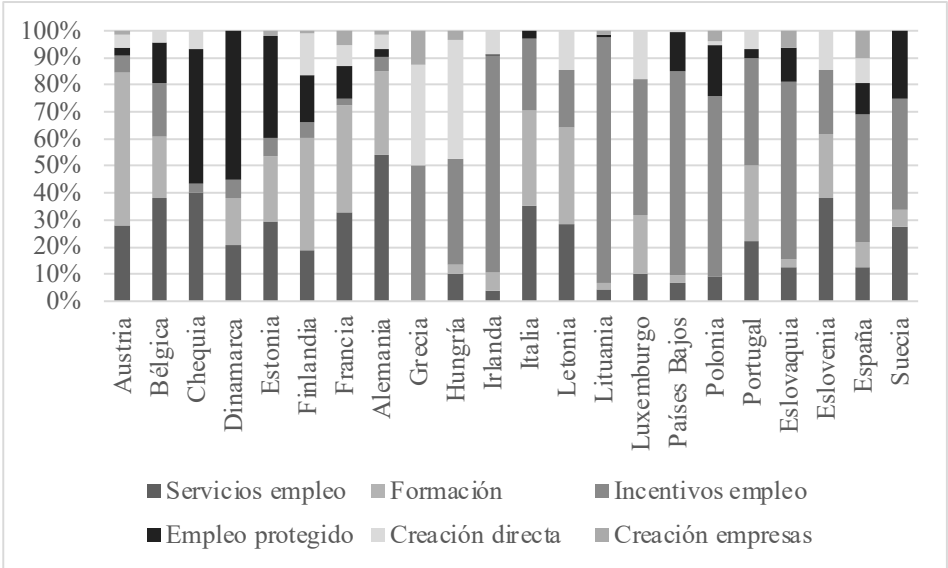
En relación al caso español, cabe señalar que el modelo de gasto activo registra un comportamiento de ida y vuelta, con una estructura equilibrada entre las diferentes categorías de gasto en 2019, pasando a primar los incentivos al empleo en 2020 y 2021 y volviendo en 2022 al tipo de estructura anterior a la pandemia.

Gráfico 2. Estructura del gasto en políticas activas (2019)



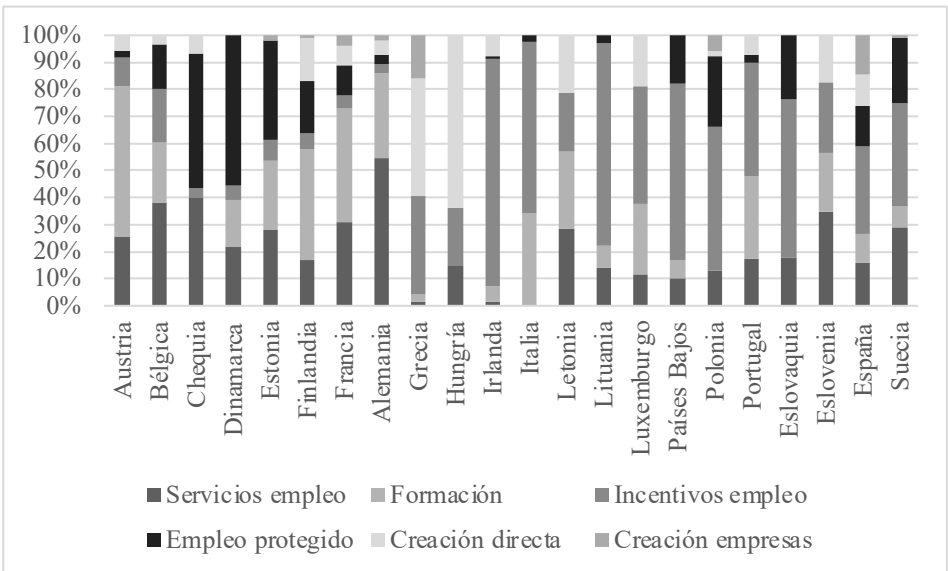
Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

Gráfico 3. Estructura del gasto en políticas activas (2020)

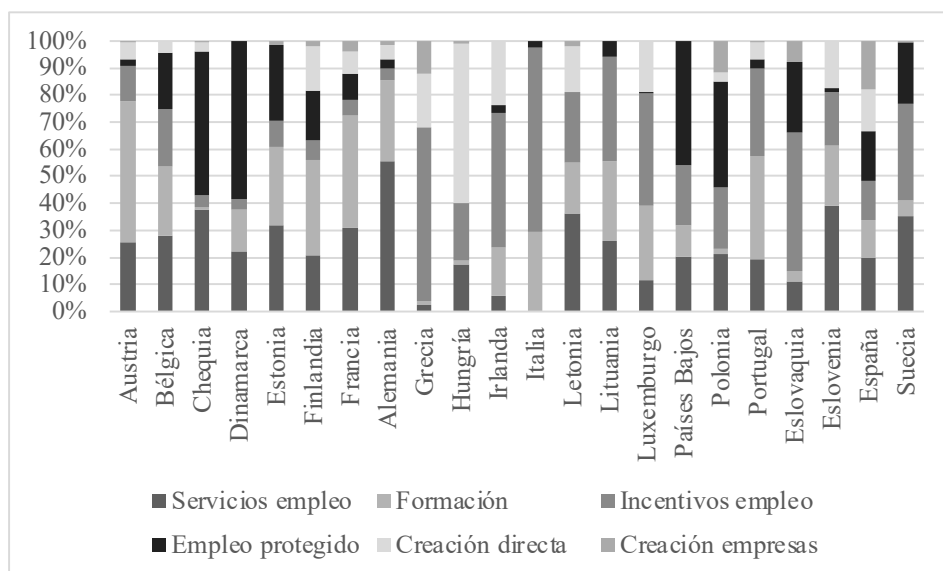


Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

Gráfico 4. Estructura del gasto en políticas activas (2021)



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

Gráfico 5. Estructura del gasto en políticas activas (2022)

Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

3.2. Medidas específicas impulsadas durante la pandemia

El análisis de la estructura del gasto no sería completo sin tener en cuenta a dos medidas específicas que han sido claves a la hora de afrontar la crisis derivada de la pandemia, los incentivos al mantenimiento del empleo y las prestaciones por desempleo parcial.

El aumento en el gasto en incentivos al empleo en 2020 se debe sobre todo a los incentivos al mantenimiento del empleo, poniendo así mayor énfasis en la prevención que en el tratamiento del desempleo. En contraposición, durante la crisis de 2008 el gasto se concentró en los incentivos a la contratación. Esto refleja el hecho de que la crisis financiera fue un shock económico que rápidamente provocó quiebras, pérdidas de empleo y un marcado aumento del desempleo, de

modo que la política activa se centró en incentivar la contratación como estrategia de recuperación.

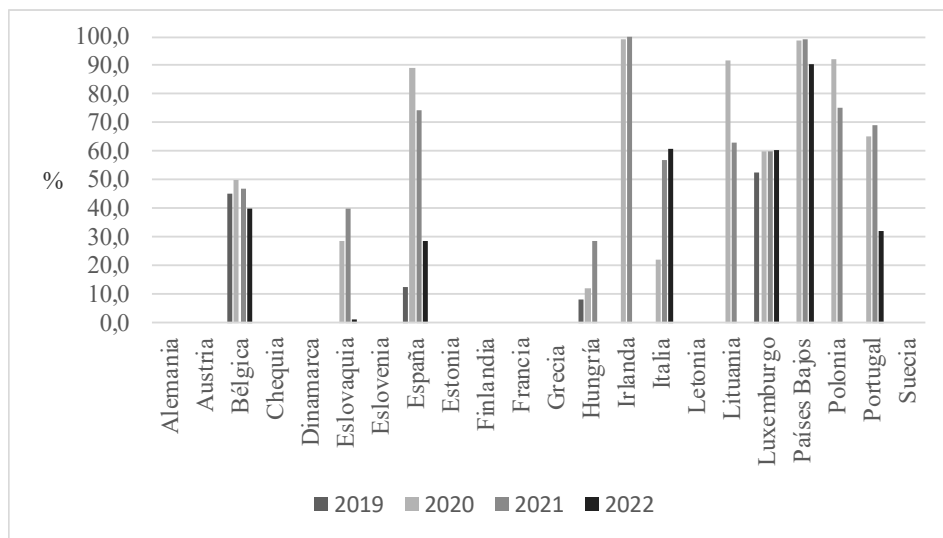
En 2019, solo 4 países gastaban en incentivos al mantenimiento del empleo (Bélgica, España, Hungría y Luxemburgo), mientras que en 2020 dicho gasto se registró en 11 países.

La mayor proporción del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo en relación al gasto total en incentivos al empleo en 2020 se registra en Irlanda, Países Bajos, Polonia, Lituania y España (con niveles iguales o superiores al 90%). En cambio, en Eslovaquia, Italia y Hungría el porcentaje está por debajo del 30% (gráfico 6).

Entre 2020 y 2021, el gasto en incentivos para el mantenimiento del empleo se reduce en la mayoría de países revirtiendo parte del aumento observado en el año anterior, aunque se mantuvo de forma clara por encima del nivel registrado en 2019. Esto refleja el enfoque excepcional que se puso en las acciones para apoyar a las personas empleadas, preservando los puestos de trabajo y previniendo el desempleo durante la pandemia, así como la posterior eliminación gradual de esta medida. En 2021 Irlanda y Países Bajos siguen liderando la proporción del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo con prácticamente el 100%, mientras que España y Polonia se sitúan alrededor del 75%. Dicha proporción aumenta de forma notable en Italia, alcanzando el 60% (gráfico 6).

Entre 2021 y 2022 el porcentaje de gasto en incentivos al mantenimiento del empleo respecto al total de incentivos al empleo disminuye en todos los países excepto en Italia y Luxemburgo. Las mayores caídas se registran en España y Portugal y en ambos, no superando dicho porcentaje en 2022 el 30%. Por otro lado, destaca Países Bajos con una proporción del 90% (gráfico 6).

Gráfico 6. Porcentaje gasto incentivos mantenimiento empleo / gasto incentivos empleo



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

El gasto en prestaciones por desempleo parcial³ pasa de ser casi insignificante en 2019 a representar una proporción notable del gasto pasivo en 2020 en la mayoría de países, explicando en gran parte el aumento del presupuesto en políticas pasivas. Esto refleja el uso generalizado de este tipo de medidas para prevenir el desempleo, compensando la pérdida de salarios mientras las empresas se vieran obligadas a cerrar temporalmente o a reducir las horas de trabajo⁴.

En 2019 el gasto en prestaciones por desempleo parcial era nulo en quince países, en tanto que en 2020 solo Irlanda y Letonia no registraron gasto alguno. El porcentaje en relación al gasto pasivo aumenta sobre todo en Polonia y Chequia (concentrando ambos más del 80%) seguido de Eslovenia, Grecia y Luxemburgo. Por el contrario, el menor porcentaje se registra en Finlandia, Hungría y Países Bajos (gráfico 7).

El impacto menguante de la crisis en 2021 dio lugar a una reducción generalizada del gasto en prestaciones por desempleo parcial excepto en Lituania

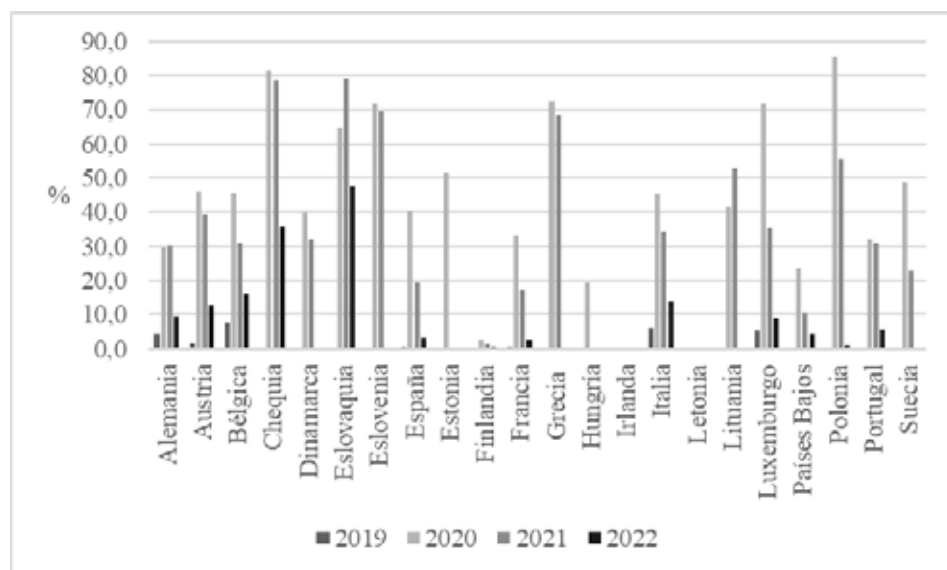
³ Aun no siendo estrictamente una política activa, está estrechamente ligada al uso de los incentivos al mantenimiento del empleo.

⁴ Este comportamiento difiere del registrado al inicio de la crisis de 2008, donde el aumento del gasto pasivo respondía en exclusiva a los despidos generalizados.

y Eslovaquia. La proporción de dicho gasto en las políticas pasivas se reduce especialmente en Estonia, Luxemburgo, Polonia y Suecia. El mayor porcentaje se registra en Chequia y Eslovaquia con alrededor del 80%, mientras que en Finlandia es apenas del 1%. En España la proporción se reduce a la mitad en relación a 2020 (gráfico 7).

Entre 2021 y 2022 la proporción de gasto en prestaciones por desempleo parcial disminuye en todos los países, en especial en Eslovenia, Grecia, Lituania y Polonia. La superación de la crisis del COVID-19 explicaría dicho comportamiento. Los porcentajes más elevados en 2022 se los anotan Eslovaquia y Chequia. Con todo, en la mayoría de países la mencionada proporción es superior a la registrada en 2019 (gráfico 7).

Gráfico 7. Porcentaje gasto prestaciones por desempleo parcial / gasto pasivo



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

Cabe señalar que las prestaciones por desempleo parcial y los incentivos para el mantenimiento del empleo comparten el mismo objetivo básico de mantener a las personas empleadas. La diferencia clave entre ambos es que los incentivos para el mantenimiento del empleo ayudan a las personas a seguir trabajando durante la crisis, mientras que las prestaciones por desempleo parcial compensan la pérdida de ingresos durante el despido temporal. En conjunto, estas

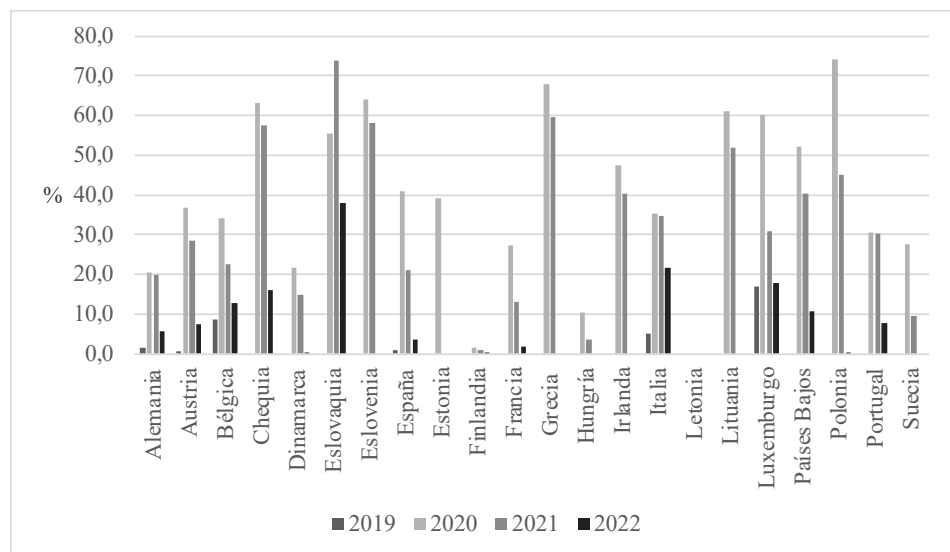
dos categorías explicaron la mayor parte del incremento en el gasto en políticas de mercado de trabajo en todos los países analizados excepto en Letonia. Sin embargo, el recurso a las prestaciones por desempleo parcial fue más prominente que el uso de incentivos para el mantenimiento del empleo en todos a excepción de Irlanda, Lituania y Países Bajos.

En 2019 la combinación de ambas medidas era inexistente en la mayoría de países excepto en Alemania Austria, Bélgica, España, Italia y Luxemburgo. Entre 2019 y 2020 el porcentaje del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo más el gasto en prestaciones por desempleo parcial en relación al gasto total en políticas de mercado de trabajo aumenta en todos los países y pasa a ser superior al 50% en siete de ellos en 2020, destacando Polonia y Grecia (gráfico 8).

Entre 2020 y 2021 el mencionado porcentaje disminuye en todos los países a excepción de Eslovaquia, donde pasa del 55,3% al 73,7%. Grecia, Eslovenia y Grecia son los que registran también en 2021 los porcentajes más elevados. Por el contrario, en Estonia la proporción es nula, mientras que en Finlandia y Hungría se anotan los niveles más bajos. En España dicho porcentaje se reduce a la mitad tras haber alcanzado el 40,7% en 2020 (gráfico 8).

Entre 2021 y 2022 el porcentaje del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo más el gasto en prestaciones por desempleo parcial en relación al gasto total en políticas de mercado de trabajo se reduce en todos los países sin excepción, registrándose las mayores caídas en Eslovenia, Grecia y Lituania. En cambio, la menor reducción se la anotan Bélgica, Italia y Luxemburgo. Sin duda, la mejora de la situación económica hace que el uso de estas dos medidas ya no sea prioritario. En 2022 destaca de nuevo Eslovaquia, con una proporción del 38%. En la mayoría de países el mencionado porcentaje es superior al registrado en 2019, siendo nulo ahora solo en siete países (gráfico 8).

Gráfico 8. Porcentaje gasto incentivos mantenimiento empleo + gasto prestaciones por desempleo parcial / gasto total



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database y elaboración propia.

4. INTENSIDAD DEL GASTO EN POLÍTICAS ACTIVAS

El análisis del grado de esfuerzo que realizan los países de la UE en políticas activas debe incluir también el indicador de intensidad del gasto en políticas activas de mercado de trabajo. Dicho indicador se define como el cociente entre el gasto activo en % del PIB y la tasa de desempleo. De esta manera es posible ajustar las diferencias en el número de personas desempleadas entre los países y de esta forma realizar análisis comparativos más afinados. La ventaja de este indicador es que nos permite reflejar de forma más clara el distinto grado de esfuerzo en políticas activas por parte de los países europeos.

La intensidad del gasto activo en el conjunto de la UE responde al ciclo económico, aunque en sentido contrario al registrado en la proporción de gasto activo sobre el total. La intensidad aumenta en 2020, reflejando un aumento del esfuerzo en políticas activas como consecuencia de un incremento del gasto activo mucho mayor que el aumento del desempleo. Por el contrario, al inicio de la crisis de 2008 el crecimiento del gasto activo fue inferior al repunte del desempleo, con la consecuente caída en el indicador de intensidad. Esto refleja el

cambio de enfoque hacia acciones que respalden la preservación de los puestos de trabajo y la prevención del desempleo en respuesta a los riesgos generados por la pandemia. En cambio, a partir de 2021 el indicador de intensidad disminuye debido a que se registra una reducción del gasto activo (reflejando un desmantelamiento parcial de las acciones de apoyo introducidas en 2020), mientras casi se mantiene la tasa de desempleo en un principio, para reducirse posteriormente en 2022.

No obstante, la media europea esconde grandes diferencias entre los países para dicho indicador. En 2019 el grado de esfuerzo más elevado se registra en Alemania, Bélgica, Países Bajos y especialmente en Dinamarca. Por contra, el indicador de intensidad del gasto activo se anota los niveles más bajos en Grecia, Letonia, Italia y Lituania. La intensidad del gasto activo disminuye entre 2019 y 2020 en la mayoría de los países, en especial en Grecia, Estonia y Letonia. En contraste, cabe destacar los sustanciales aumentos registrados en Lituania, Irlanda, Países Bajos y Polonia⁵ (gráfico 9). En España la intensidad aumenta casi un 60% con un incremento del gasto activo (72,5%) muy superior al aumento de la tasa de desempleo (10%).

En 2020 el indicador de intensidad más elevado se registra en Países Bajos, más de cinco veces por encima de la media europea. Dinamarca, Irlanda y Polonia completan el grupo de países con un indicador más elevado. En el otro extremo se encuentran Grecia, Letonia, Italia, Eslovenia y Eslovaquia, con niveles muy por debajo de la media (gráfico 9). Entre 2020 y 2021 el indicador de intensidad disminuye en la mayoría de países, destacando las caídas registradas en Lituania, Eslovaquia, Hungría, Países Bajos y Polonia. Por el contrario, dicho indicador aumenta especialmente en Grecia, Italia y Portugal, debido al destacable crecimiento del gasto activo, ya que la tasa de paro disminuye o se mantiene.

En 2021 Países Bajos, Dinamarca e Irlanda lideran la intensidad del gasto activo, seguidos a distancia por Alemania y Polonia. En cambio, Letonia, Grecia y Eslovaquia se sitúan con los niveles más bajos del indicador de intensidad, muy por debajo de la media europea. La evolución entre 2021 y 2022 muestra como en la mayoría de los países analizados el indicador de intensidad disminuye, habida cuenta de que la reducción del gasto en políticas activas es muy superior a la registrada en la tasa de desempleo. Las mayores caídas tienen lugar en Irlanda, Países Bajos, Polonia y Lituania mientras que destacan los aumentos

5 El aumento espectacular del gasto en políticas activas entre 2019 y 2020 explicaría dicho comportamiento. Tanto es así, que el indicador de intensidad acaba aumentando para el conjunto de la UE.

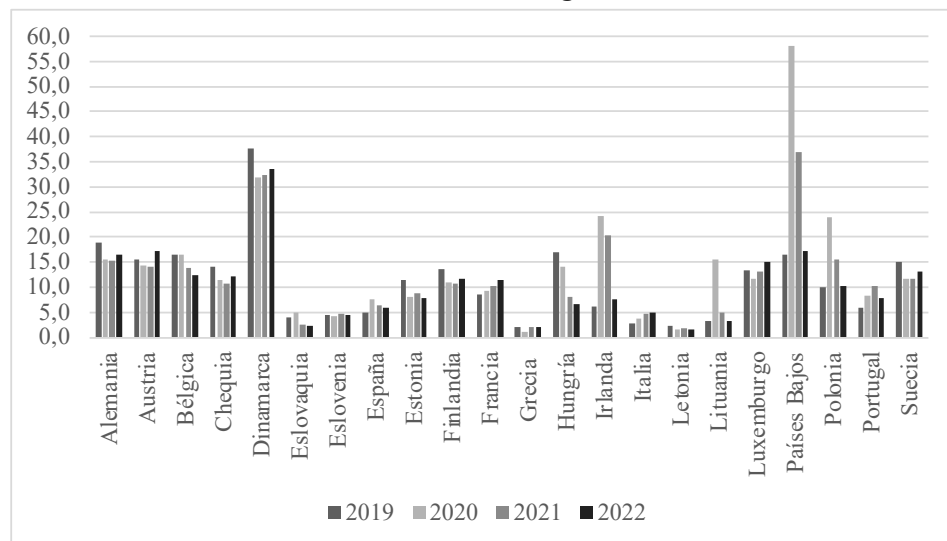
registrados en Austria, Luxemburgo y Suecia. En España registra uno de los menores descensos en el indicador de intensidad (gráfico 9).

En 2022 Dinamarca vuelve a ser con diferencia el país con el indicador de intensidad del gasto activo más elevado, seguido de Austria y Países Bajos y Alemania. Por el contrario, Letonia, Grecia y Eslovaquia se anotan de nuevo los indicadores de intensidad más bajos (gráfico 9).

En 2022 y en relación a 2019, la intensidad del gasto activo aumenta en la mitad de los países analizados, destacando Italia, Francia y Portugal. En la otra mitad disminuye, destacando las caídas registradas en Hungría, Eslovaquia, Letonia y Estonia. En cambio, se mantiene casi sin variación en Eslovenia y Lituania. Por otra parte, en España el indicador de intensidad supera en 2022 el nivel registrado en 2019, con un aumento del 19,5% (gráfico 9).

Finalmente, cabe remarcar que Dinamarca lidera o se mantiene entre los países con un indicador de intensidad del gasto activo más elevado a lo largo del todo el período analizado. Por contra, Grecia y Letonia mantienen los indicadores de intensidad más bajos antes y después de la pandemia. Por otro lado, Países Bajos registra unos cambios notables pasando a ser el país con un mayor indicador de intensidad tanto en 2020 como en 2021. En el caso de España, a pesar del repunte de 2020, se mantiene como uno de los países con un indicador de intensidad del gasto activo más bajo y claramente por debajo de la media europea.

Gráfico 9. Intensidad del gasto activo



Fuente: European Commission. Labour market policies (LMP) database; Eurostat. Labour force survey. LFS series - detailed annual survey results y elaboración propia.

5. CONCLUSIONES

En primer lugar, cabe señalar que el gasto en políticas activas aumenta en la mayoría de los países de la UE al inicio de la pandemia, excepto en Dinamarca, Finlandia, Grecia, Letonia y Suecia. El carácter anticíclico es mucho más acusado en el gasto en políticas pasivas y se registra en todos los países. Los incrementos del gasto pasivo son superiores a los del gasto activo en todos los países a excepción de Irlanda, Lituania y Países Bajos. En 2021 el gasto en políticas activas (aunque sigue siendo superior al registrado antes de la pandemia) disminuye respecto al año anterior en la mayoría de los países analizados. Asimismo, el gasto en políticas pasivas disminuye en todos los países excepto en Eslovaquia, Irlanda y Lituania. La retirada de la mayoría de restricciones durante 2021 y la consecuente mejora de la situación económica explicarían dicho comportamiento. En 2022 el gasto en políticas activas disminuye en todos los países a excepción de Francia y Luxemburgo. Por otra parte, el gasto en políticas pasivas desciende en todos los países excepto en Letonia. Sin lugar a dudas, la vuelta a la normalidad hace innecesario mantener las medidas puestas en marcha en 2020.

En consecuencia, el efecto de la pandemia sobre el gasto en políticas de mercado de trabajo se ha traducido en un aumento transitorio, sobre todo en 2020, para volver en 2022 a niveles incluso inferiores a los registrados en 2019 tanto en el gasto activo como pasivo. Por tanto, no ha habido un cambio de tendencia, sino una reacción ante la crisis derivada del COVID-19. El incremento del presupuesto tanto en políticas activas como pasivas ha contribuido a minimizar la incidencia de dicha crisis sobre el empleo, así como a contener el aumento del desempleo. En el caso de España cabe destacar que es uno de los países con un mayor gasto activo y pasivo en 2020, lo que refleja una política muy diferente a la adoptada durante la recesión de 2008.

La proporción del gasto total en políticas de mercado de trabajo destinado a políticas activas en los países de la UE ha seguido una pauta procíclica, disminuyendo entre 2019 y 2020 excepto en Irlanda, Lituania y Países Bajos, como consecuencia de la crisis y el aumento en el gasto pasivo. En cambio, posteriormente aumenta de forma generalizada en consonancia con la recuperación económica y la menor necesidad de gastar en políticas pasivas, aunque sin superar los niveles registrados antes de la pandemia en la mitad de los países analizados.

En cuanto a la estructura del gasto en políticas activas, entre 2019 y 2020 la categoría que más aumenta su proporción en el total de gasto activo y en la mayoría de países son los incentivos al empleo, destacando Países Bajos, Irlanda y España. Entre 2020 y 2021 la proporción de los incentivos al empleo en el gasto activo disminuye o se mantiene en la mayoría de los países, excepto en Italia, Francia y Austria. Tanto en 2020 como en 2021 hasta diez países destinan

el mayor porcentaje de su gasto en políticas activas a dicha categoría. Entre 2021 y 2022 la proporción de los incentivos al empleo en el gasto activo disminuye o se mantiene también en la mayoría de los países, con la excepción sobre todo de Grecia y Estonia.

En la distribución del gasto en políticas activas, hay que destacar a una serie de países que mantienen la misma categoría como principal medida de gasto a lo largo de todo el período analizado. En los servicios de empleo, Alemania y Eslovenia; en la categoría de formación, Austria, Finlandia y Francia; en los incentivos al empleo Lituania, Luxemburgo, Eslovaquia y Suecia; en el caso de la ayuda al empleo protegido, Dinamarca y Chequia y finalmente, Hungría en la creación directa de empleo en el sector público.

En relación al caso español, cabe señalar que el modelo de gasto activo registra un comportamiento de ida y vuelta, con una estructura equilibrada entre las diferentes categorías de gasto en 2019 que pasa a primar los incentivos al empleo en 2020 y 2021, para volver en 2022 a una estructura muy similar a la anterior a la pandemia.

El aumento en el gasto en incentivos al empleo en 2020 se debe en su mayor parte a los incentivos al mantenimiento del empleo, poniendo así mayor énfasis en la prevención que en el tratamiento del desempleo. En contraste, durante la crisis de 2008 el gasto se concentró en los incentivos a la contratación. La mayor proporción del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo en relación al gasto total en incentivos al empleo en 2020 se registra en Irlanda, Países Bajos, Polonia, Lituania y España (con niveles iguales o superiores al 90%). A partir de 2021, el gasto en incentivos para el mantenimiento del empleo se redujo en la mayoría de países revirtiendo parte del aumento observado en el año anterior. Esto refleja el enfoque excepcional que se puso en las acciones para apoyar a las personas empleadas, preservando los puestos de trabajo y previniendo el desempleo durante la pandemia, al igual que eliminando después de forma gradual estas medidas.

El gasto en prestaciones por desempleo parcial pasa de ser casi insignificante en 2019 a representar una proporción notable del gasto pasivo en 2020 en la mayoría de países excepto en Irlanda y Letonia. Esto refleja el uso generalizado de este tipo de medidas para prevenir el desempleo compensando la pérdida de salarios mientras las empresas se vieran obligadas a cerrar temporalmente o a reducir las horas de trabajo. El impacto menguante de la crisis en 2021 dio lugar a una reducción generalizada de la proporción de gasto en prestaciones por

desempleo parcial excepto en Lituania y Eslovaquia, extendiéndose en 2022 a todos los países, en especial a Eslovenia, Grecia, Lituania y Polonia.

Las prestaciones por desempleo parcial y los incentivos para el mantenimiento del empleo comparten el mismo objetivo básico de mantener a las personas empleadas. En conjunto, estas dos categorías explicaron la mayor parte del incremento en el gasto en políticas de mercado de trabajo entre 2019 y 2020 en todos los países excepto en Letonia. Sin embargo, el recurso a las prestaciones por desempleo parcial fue más prominente que el uso de incentivos para el mantenimiento del empleo a excepción de Irlanda, Lituania y Países Bajos. Entre 2021 y 2022 el porcentaje del gasto en incentivos al mantenimiento del empleo más el gasto en prestaciones por desempleo parcial en relación al gasto total en políticas de mercado de trabajo se reduce en todos los países sin excepción, registrándose las mayores caídas en Eslovenia, Grecia y Lituania.

La intensidad del gasto activo aumenta en 2020 en el conjunto de la UE, reflejando un aumento del esfuerzo en políticas activas como consecuencia de un incremento del gasto activo mayor que el aumento del desempleo. Los sustanciales aumentos de la intensidad del gasto activo entre 2019 y 2020 registrados en Lituania, Irlanda, Países Bajos y Polonia explican el comportamiento de la media europea, a pesar de que dicho indicador disminuyó en la mayoría de países analizados. A partir de 2021 el indicador de intensidad disminuye debido a que se registra una reducción del gasto activo, manteniéndose casi inalterada la tasa de desempleo en un principio, para reducirse después el gasto en políticas activas muy por encima de la caída en la tasa de paro. Dinamarca lidera o se mantiene entre los países con un indicador de intensidad más elevado a lo largo del todo el período analizado. En el caso de España, a pesar del repunte de 2020 y de que en 2022 el nivel es superior al registrado en 2019, se mantiene como uno de los países con un indicador de intensidad del gasto activo más bajo.

En definitiva, el uso extensivo de esquemas de retención de empleo ha contribuido significativamente al aumento del gasto en programas de políticas de mercado de trabajo. Los servicios públicos de empleo han abordado los efectos del COVID-19 implementando rápidamente mecanismos temporales nuevos y modificados de retención de empleo, principalmente en forma de esquemas de trabajo de jornada reducida. El uso extensivo de estos esquemas ha impedido que el desempleo aumente y ha ayudado a los empleadores a reanudar rápidamente sus actividades a medida que se eliminaban las restricciones relacionadas con la pandemia y la economía se recuperaba. La respuesta de las políticas de mercado

de trabajo también refleja los aprendizajes derivados de las dificultades y los déficits encontrados durante y después de la crisis de 2008.

Al mirar en retrospectiva la respuesta a la crisis derivada de la pandemia, se puede ver una fase inicial que se caracterizó por muchas intervenciones políticas temporales con el objetivo de asegurar la supervivencia de los empleos existentes y la estabilización de los ingresos. Sin embargo, a medida que se reactiva la economía, el énfasis se pone gradualmente en medidas para apoyar la recuperación del empleo y la adaptación de los trabajadores al período posterior a la crisis. Ahora bien, la experiencia derivada de la pandemia sugiere que los planes de mantenimiento del empleo deberían integrarse mejor en los instrumentos de política activa de mercado de trabajo e incluir incentivos claros para la oferta de formación de las personas desempleadas.

Por último, es necesario poner de relieve que la economía digital, la economía de los cuidados o la transición energética van a generar nuevas oportunidades de empleo. La profesionalización de estas actividades es un reto para las políticas activas, que han de ser capaces de proveer de las cualificaciones y competencias que requieran estos nuevos empleos. Por otro lado, el cambio tecnológico tiene un impacto más grande en determinados colectivos como mayores de 45 años, desempleados de larga duración y jóvenes con baja cualificación. Por tanto, es fundamental una mayor inversión y más eficiente en políticas activas que permita promover una adecuada adaptación de los trabajadores al nuevo entorno productivo.

6. BIBLIOGRAFÍA

BANCO DE ESPAÑA (2024). “El mercado de trabajo español: situación actual, tendencias estructurales y políticas de empleo”. En: Informe Anual 2023. (pp.178-229).

BÁNOCIOVÁ, A. y MARTINKOVÁ, S. (2017): “Active Labour Market Policies of Selected European Countries and Their Competitiveness”, *Journal of Competitiveness*, Vol. 9, nº3, pp. 5-21.

BOZANI, V. (2024). “The European Labour Market Recovery: Policy Responses During and After the COVID-19 Crisis”. En: S. Amine (Ed.), *Public*

Policy Evaluation and Analysis. Contributions to Economics. (pp. 29-52). Springer, Cham.

BROWN, A.J.G. y KOETTL, J. (2015): “Active labor market programs – employment gain or fiscal drain?” *IZA Journal of Labor Economics*, Vol. 4 (12).

COSTA, M., JOYCE, R., POSTEL-VINAY, F. y XU, X. (2020). “The Challenges for Labour Market Policy during the COVID-19 Pandemic”, *Fiscal Studies*, Vol. 41, nº 2, pp. 371-382.

DAR, A. y TZANNATOS, Z. (1999). *Active labor market programs: A review of the evidence from evaluations*. Social Protection Discussion Paper Series N° 9901, World Bank, Washington DC.

DRAHOKOUPIL, J. y MÜLLER, T. (2021). *Job retention schemes in Europe. A lifeline during the COVID-19 pandemic*, Working Paper 2021.07, The European Trade Union Institute, Brussels.

EICHHORST, W., MARX, P., RINNE, U. y BRUMMER, J. (2022). *Job retention schemes during the COVID-19; a review of policy responses*. International Labour Organization (ILO) and Institute of Labour Economics (IZA).

EUROPEAN COMMISSION. “Labour market policies (LMP) database”, en <https://webgate.ec.europa.eu/empl/redisstat/databrowser/explore/all/lmp?lang=en&display=card&sort=category>

EUROSTAT. “Labour force survey. LFS series - detailed annual survey results”, en https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/lfsa_urgan/default/table?lang=en&category=labour.employ.lfsa.lfsa_unemp

EUROPEAN COMMISSION (2023). *New forms of active labour market policy programmes*. European Network of Public Employment Services. Brussels.

EUROPEAN COMMISSION (2024). *Employment and Social Developments in Europe 2024*. Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion. Brussels.

FITZENBERGER, B. y WALWEI, U. (2023). *Short-time work during the COVID-19 crisis: Lessons learned*, IAB-Forschungsbericht, No. 5/2023, Institute for Employment Research, Nuremberg.

FORSLUND, A., FREDRIKSSON, P. y VIKSTRÖM, J. (2011): “What active labor market policy works in a recession?” *Nordic Economic Policy Review*, nº 1, pp.171-201.

GARCÍA-CLEMENTE, J., RUBINO, N. y CONGREGADO, E. (2023). “Reemployment premium effect of furlough programs: evaluating Spain’s scheme during the COVID-19 crisis”. *Journal for Labour Market Research*, 57: 17.

ILO (2015): *Inventory of labour market policy measures in the EU 2008–13: The crisis and beyond*, Geneva.

OECD (2020): *Job retention schemes during the COVID-19 lockdown and beyond*. OECD Policy Responses to Coronavirus (COVID-19), OECD Publishing, Paris.

QUIGGIN, J. (2001): “Active Labour Market Policy and Macroeconomic Stabilisation”, *The Drawing Board: An Australian Review of Public Affairs*, Vol. 2, nº 2, pp. 51–66.

ROMERO, J. M., & KUDDO, A. (2019). *Moving forward with ALMPs: Active labor policy and the changing nature of labor markets*. Social Protection and Jobs Discussion Paper No. 1936, World Bank, Washington DC.

Comentarios de Jurisprudencia

PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Universidad de Málaga

FRAUDE DE LEY EN LAS SITUACIONES LEGALES DE DESEMPLEO: DESPIDO POR FALTAS DE ASISTENCIA NO JUSTIFICADAS

FRAUD OF THE LAW IN LEGAL SITUATIONS OF UNEMPLOYMENT: DISMISSAL FOR UNJUSTIFIED ABSENCES

Sentencia del TSJ de Cataluña 4655/2024, de 22 de abril de 2024

ECLI:ES:TSJCAT:2024:46

JOSÉ IVÁN PÉREZ LÓPEZ *

SUPUESTO DE HECHO: El litigio se origina a raíz de la revocación por parte del Servicio Público de Empleo Estatal de la prestación por desempleo reconocida a la actora. El objeto de la controversia gira en torno a si la trabajadora estaba, o no, en una situación real de desempleo, por haber forzado su propio despido disciplinario mediante ausencias reiteradas y sancionadas con la intención de acceder fraudulentamente a la prestación, encubriendo un cese voluntario que materializa a través de un despido disciplinario provocado. La trabajadora recurrente fundamenta su pretensión en que su situación legal de desempleo se deriva del despido disciplinario formalizado por la empresa, invocando el artículo 268.4 de la Ley General de la Seguridad Social. Este precepto dispone que la decisión empresarial de extinguir el contrato genera, *per se*, la situación legal de desempleo

RESUMEN: La sentencia confirma la resolución del Servicio Público de Empleo siguiendo la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, como la de 23 de octubre de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:3682), relativa a la interpretación y alcance del fraude de ley en este tipo de situaciones. Para

* Investigador predoctoral contratado FPU del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de Málaga. ORCID: 0009-0005-0865-0125 Este trabajo se enmarca en el Instituto de Investigación sobre “Juventud, el mercado de trabajo inclusivo y la protección jurídico-social y económica” de la Universidad de Málaga (JUVUMA). También ha sido realizado en el marco de las Redes de I+D+i de la Universidad de Málaga titulados: “Hacia una transformación digital, ecológica y justa en las nuevas relaciones laborales” (referencia B1-2023_031), y “El Sistema Español de Pensiones ante el reto de la revolución digital y robótica: una aproximación multidisciplinar” (referencia B1-2021_11).

el Tribunal existen indicios suficientes en el acta de infracción para confirmar la existencia de una conducta fraudulenta destinada a obtener indebidamente la prestación. Del debate destaca el análisis de la presunción de certeza derivada del artículo 53.2 LISOS y su carácter *iuris tantum*, en conexión con el *animus fraudandi*.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. BREVE REPASO NORMATIVO: LA INVOLUNTARIEDAD COMO CARACTERÍSTICA DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO
2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA
 - 2.1. Posiciones de las partes
 - 2.2. Conclusión del Tribunal
 - 2.3. Falta de prueba directa sobre la intención fraudulenta de la trabajadora
 - 2.4. Impacto de los estereotipos de género en la valoración de la conducta de la trabajadora
3. A MAYOR ABUNDAMIENTO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES SOBRE LOS QUE PIVOTA LA DOCTRINA DE LA SALA
 - 3.1. El fraude de ley en la doctrina y la jurisprudencia
 - 3.2. La presunción de certeza de las actas de inspección
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN. BREVE REPASO NORMATIVO: LA INVOLUNTARIEDAD COMO CARACTERÍSTICA DE LA SITUACIÓN LEGAL DE DESEMPLEO

La expresión «*pudiendo y queriendo trabajar*» en la legislación española sobre desempleo se introdujo por primera vez en el art. 1 de la Ley 62/1961, de 22 de julio, que estableció el Seguro Nacional de Desempleo. Esta ley beneficiaba a los trabajadores por cuenta ajena que, pudiendo y queriendo trabajar, perdían su ocupación y, con ello, su salario. O, dicho de otro modo, se protegía por desempleo a los que involuntariamente perdieron su empleo. La mencionada normativa trajo consigo la Ley 39/1962, de 21 de julio, sobre ordenación de la Inspección de Trabajo¹, que atribuyó a estos empleados públicos, respecto al Seguro Nacional de Desempleo, la potestad de vigilar su cumplimiento, supervisar su aplicación eficiente y asegurar que las empresas y demás sujetos obligados respetaran las disposiciones legales relacionadas.

Esta involuntariedad en el cese de la relación laboral se ha mantenido en nuestro ordenamiento jurídico a lo largo del tiempo. De hecho, con el cambio de

¹ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 1962.

sistema político que supuso la entrada de la Constitución española de 1978, la protección frente al desempleo se convierte en una de los elementos fundamentales del campo objetivo de protección del sistema de Seguridad Social (y del Estado social y democrático de Derecho) proclamado en sus arts. 1.1 y 41. En este contexto, el desempleo se configura como una contingencia protegible en expansión al consagrar implícitamente una protección frente a cualquier tipo de necesidad.

Como muestra de lo que decimos, de un lado, en un primer momento, el art. 17 de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, Básica de Empleo² hizo de suya esta expresión al definir la situación legal de desempleo bajo los mismos términos. Esta disposición consideraba como situación legal de desempleo a quienes, “pudiendo y queriendo trabajar”, perdieran su ocupación por causas no imputables a ellos. Y más tarde, de otro lado, el art. 1.1 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo³ también utilizó dicha expresión al regular la protección de la contingencia de desempleo para quienes perdieran su empleo o vieran reducida su jornada ordinaria de trabajo⁴.

Por otro lado, el Texto Refundido de 1994 de la Ley General de la Seguridad Social adoptó la regulación de la Ley 31/1984 en su contenido por lo que la configuración jurídica del desempleo protegido se ha mantenido inalterada en su esencia, fundamentándose en el criterio de «pudiendo y queriendo trabajar». De hecho, en la vigente Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS, establecida por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, este criterio continúa resultando esencial para la determinación de la situación legal de desempleo, conforme a su artículo 262, y, por ende, para el acceso a las correspondientes prestaciones.

No obstante, al igual que ha sucedido con la normativa reguladora de la Inspección de Trabajo, la LGSS ha ido incorporando nuevos supuestos y realidades

² «BOE» núm. 250, de 17 de octubre de 1980.

³ «BOE» núm. 186, de 4 de agosto de 1984.

⁴ El Tribunal Supremo, en STS de 8 de febrero de 1995 rec. 1015/1994 arrojó un poco más de claridad sobre estos dos presupuestos añadiendo que dicha situación requiere, pues, una intención de trabajar y de disponibilidad para el trabajo, lo que, excluye qué circunstancias normales personales o familiares puedan esgrimirse como causa de rechazo de trabajo adecuado, ya que el objeto de protección no es una situación de conveniencia, sino de necesidad y voluntad de realizar una actividad laboral que se ve truncada en la realidad.

sociales que permiten el reconocimiento de la situación legal de desempleo con pleno respaldo normativo⁵.

Dicho enunciado implica una doble vertiente:

- La capacidad para trabajar -«pudiendo»-: supone que la persona se encuentra en condiciones físicas y psíquicas adecuadas para desempeñar una actividad laboral.
- La disponibilidad y voluntad de trabajar -«queriendo»-: implica que el trabajador manifiesta intención real de trabajar y está disponible para aceptar un empleo adecuado, lo cual se traduce en la exigencia de estar inscrito como demandante de empleo.

La fórmula «pudiendo y queriendo trabajar» constituye, por tanto, un criterio clave para diferenciar la situación legal de desempleo de otras formas de inactividad que quedan fuera del ámbito de protección de la Seguridad Social.

Sin embargo, en ocasiones, el trabajador, de forma individual o en concierto con el empresario, simula un despido con el fin de percibir fraudulentamente la prestación por desempleo. En estos casos, no se considera que el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo, ya que actúa fraudulentamente para generar una apariencia de realidad, cuyo objetivo es obtener unas consecuencias jurídicas que la verdadera realidad no permitiría.

Una de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en esclarecer la figura del fraude de ley, fue la STS 6 de febrero de 1957⁶, las cual vino afirmando que el fraude de Ley -art. 6.4 del Código Civil- viene configurado por la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de cobertura que es a la que acoge quien intenta el fraude, y la que a través de esta y en forma fraudulenta se pretende eludir, exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan. La jurisprudencia ha seguido respaldando la misma tesis añadiendo además que el fraude de ley supone toda actividad tendente a inutilizar la finalidad práctica de una ley material, mediante la utilización de otra que sirve de cobertura para ello. El fraude de ley exige una serie de actos que,

⁵ Sin ánimo de ser exhaustivo el art. 267 de la LGSS recoge multitud de supuestos que equivalen a la situación legal de desempleo: Al terminar el trabajo por despido; fin de contrato; causas objetivas; muerte/jubilación del empleador, etc.; Al suspenderse el contrato -por ERTE o por violencia de género/sexual-; Al reducirse la jornada temporalmente por decisión del empresario; En periodos de inactividad de fijos-discontinuos; Al regresar del extranjero sin prestaciones allí y con cotizaciones en España; Al cesar involuntariamente en ciertos cargos públicos, etc.

⁶ ECLI: ECLI:ES:TS:1957:1046.

pese a su apariencia legal, violan el contenido ético de un precepto legal⁷. Pese a ser un término de fuerte médula civilista, lo cierto es que en el ámbito del orden social comporta una modalidad específica defraudatoria que incide de lleno con la financiación del sistema de Seguridad Social⁸.

2. SUPUESTO DE HECHO ANALIZADO Y CUESTIÓN CONTROVERTIDA

La trabajadora demandante, trabajó desde el 1 de octubre de 2000 para empresa de limpieza con categoría profesional de limpiadora a tiempo parcial⁹ -42,5 % de jornada-. Fue despedida disciplinariamente el 29 de enero de 2021 por ausencias injustificadas al trabajo desde el 18 de enero, siendo esta conducta sancionable según el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de Catalunya¹⁰ y el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores. Antes del despido, la trabajadora ya había recibido dos cartas de amonestación por ausencias injustificadas en agosto y octubre de 2020. Tras su despido, solicitó y le fue concedida una prestación por desempleo -febrero-octubre de 2021-, por un importe total de 4.059,20 €. La Inspección de Trabajo, a instancia del Servicio Público de Empleo Estatal -en adelante, SEPE-, emitió un informe el 7 de octubre de 2021 concluyendo que la trabajadora había incurrido en fraude de ley, forzando su despido para acceder a la prestación, lo cual se consideraba un cese voluntario encubierto. En consecuencia, el SEPE revocó la prestación concedida y reclamó la devolución de lo percibido. La trabajadora no impugnó judicialmente su despido, pero sí la resolución del SEPE, siendo inicialmente estimada su demanda por el Juzgado de lo Social de Lleida, que anuló la revocación de la prestación. Contra esta decisión recurrió el SEPE ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

La cuestión controvertida que resuelve la sentencia del TSJ de Cataluña gira en torno a la existencia o no de fraude de ley en la conducta de la trabajadora al provocar su despido para obtener una prestación por desempleo. En particular, se analiza si, a pesar de la existencia formal de un despido, concurren indicios

⁷ SSTs 26 de mayo de 1989 TOL1.730.881, con cita de las SSTs de 12 de noviembre de 1988 y 14 de febrero de 1986.

⁸ López Insua, M. D. M.: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, Revista de Derecho de la Seguridad Social, nº. 3, 2015, pág. 124.

⁹ Existen 943.262 contratos indefinidos a tiempo parcial, representando un 25,58% de la modalidad contractual más habitual. Observatorio de las Ocupaciones. Informe del Mercado de Trabajo de las mujeres estatal, 2024, pág. 30. Datos disponibles en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.igualdadnlaempresa.es/recursos/CentroDocumentacion/docs/Informe_del_Mercado_de_Trabajo_de_las_Mujeres_2024.pdf

¹⁰ Resolución EMT/1729/2023, de 9 de mayo, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Convenio colectivo de trabajo del sector de la limpieza de edificios y locales de Cataluña para los años 2022 a 2025 (código de convenio núm. 79002415012005).

suficientes que permitan considerar que el verdadero motivo de la extinción fue un cese voluntario encubierto, lo que excluiría el derecho a percibir dicha prestación.

Asimismo, se discute si el mero soporte formal del despido -carta empresarial- es suficiente para acreditar la situación legal de desempleo, o si, por el contrario, debe prevalecer el análisis material de la conducta de la trabajadora y sus consecuencias jurídicas, en especial cuando se denuncia un fraude que habría sido acreditado mediante indicios múltiples y relevantes, reiteradas ausencias, conocimiento de sus consecuencias disciplinarias, falta de justificación médica en el momento de los hechos.

2.1. Posiciones de las partes

En el procedimiento seguido ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se enfrentaron dos visiones jurídicas claramente contrapuestas en torno a la extinción de la relación laboral de una trabajadora y su derecho a percibir prestaciones por desempleo.

Por un lado, la trabajadora sostenía que su situación se ajustaba plenamente a los supuestos legales que otorgan derecho a la prestación por desempleo. Había sido despedida disciplinariamente por su empresa el 29 de enero de 2021 y, conforme al artículo 267.1.a.3º de la LGSS, dicha extinción por despido le colocaba en situación legal de desempleo. Además, se amparaba en el artículo 268.4 de la misma ley, que establece que la decisión del empresario de extinguir el contrato, por sí sola, genera esa situación legal, sin necesidad de impugnación judicial por parte del trabajador.

Apoyándose en este “soporte formal”, la trabajadora defendía que el mero hecho de haber sido despedida era suficiente para acceder legítimamente a la prestación. Rechazaba cualquier imputación de fraude y alegaba que su situación de salud -una pluripatología que le causaba disnea- justificaba, al menos en parte, las ausencias que condujeron al despido. Si bien los informes médicos que documentaban dicha dolencia eran posteriores al cese, consideraba que evidenciaban un estado clínico que ya existía entonces. Asimismo, cuestionó el valor jurídico del informe de la Inspección de Trabajo, en el que se señalaba que su conducta había sido fraudulenta, recordando que tales informes no gozan de presunción de certeza en el orden social, al versar sobre la interpretación jurídica de hechos, y no sobre su constatación directa.

Frente a esta posición, el SEPE argumentaba que la trabajadora no había sido despedida por causas ajenas a su voluntad, sino que había provocado deliberadamente su despido mediante una conducta reiterada y consciente de inasistencia injustificada al trabajo. Este patrón de conducta, que incluyó dos

amonestaciones previas y una prolongada ausencia de doce días inmediatamente anterior al despido, denotaba -según el SEPE- una clara intención de obtener fraudulentamente la prestación por desempleo, encubriendo un cese voluntario como si fuera un despido disciplinario¹¹.

El SEPE invocó el artículo 6.4 del Código Civil, relativo al fraude de ley, aduciendo que la trabajadora había hecho uso formal de una norma -la del despido como causa legítima de acceso a la prestación- para obtener un resultado prohibido -el cobro de una prestación que no le correspondía, por haber cesado voluntariamente-. A su juicio, el comportamiento doloso de la trabajadora quedó acreditado no sólo por los hechos-especialmente la ausencia de cualquier justificación médica contemporánea a las faltas-, sino también por su inactividad tras el despido, ya que no lo impugnó judicialmente, como habría hecho alguien despedido injustamente.

El SEPE sostenía, además, que no se trataba de una simple diferencia de interpretación, sino de una conducta consciente y reiterada, dirigida a forzar el despido como estrategia para generar artificialmente una situación de desempleo. Subrayaba que la existencia de un despido formal no podía prevalecer sobre la realidad material de los hechos, y que el juzgador debía ir más allá de las apariencias para detectar y sancionar el fraude.

En suma, mientras la trabajadora reclamaba la prevalencia del acto formal del despido, como suficiente para acreditar su derecho a la prestación, el SEPE defendía que el Tribunal debía atender a la realidad sustantiva del comportamiento y valorar los indicios probados como base para declarar el fraude de ley, revocar la prestación concedida y reclamar la devolución de las cantidades percibidas.

2.2. Conclusión del Tribunal

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, llamado a resolver la controversia, no se limitó a valorar la legalidad formal del despido que originó la percepción de la prestación por desempleo, sino que profundizó en el análisis sustantivo de la conducta de la trabajadora y en los elementos que pudieran evidenciar un fraude de ley.

El Tribunal comenzó reconociendo que, efectivamente, la trabajadora había sido despedida disciplinariamente, lo que conforme al artículo 267 de la LGSS, constituye en principio una situación legal de desempleo. Sin embargo, advirtió

¹¹ Haciendo caso omiso al dictado de la STS de 6 de mayo de 2011 Rec. 5225/2007 que con precisión indica, respecto al valor probatorio de las actas, que sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignan en las actas y diligencia.

que el mero soporte formal del despido -es decir, la existencia de una carta de despido no impugnada- no puede ser considerado, por sí solo, determinante cuando se alegan indicios sólidos de que la extinción del contrato fue provocada dolosamente por la trabajadora para obtener un beneficio económico indebido.

Frente a la posición de la sentencia de instancia, que había aceptado como suficiente el elemento formal del despido, el TSJ adoptó un enfoque más exigente, acorde con la doctrina consolidada sobre el fraude de ley. Para ello, examinó con detenimiento los indicios acumulados en el caso: la existencia de dos amonestaciones anteriores por faltas graves de asistencia injustificada; la ausencia continuada e injustificada durante doce días justo antes del despido; la falta de pruebas médicas que justificaran las ausencias en esas fechas; y la inacción de la trabajadora, que no impugnó el despido ni ofreció explicaciones válidas sobre su comportamiento.

El Tribunal valoró que los informes médicos presentados eran muy posteriores al despido, por lo que no podían justificar las ausencias de enero de 2021. Además, rechazó el argumento de que la trabajadora “debió haber solicitado la baja médica”, aclarando que la incapacidad temporal no se solicita, sino que debe ser diagnosticada por un médico, lo que en este caso no ocurrió.

La sentencia enfatiza que, para declarar la existencia de fraude de ley, no basta con la presunción; se requieren hechos probados que permitan inferir de forma lógica y concluyente la intención defraudatoria. Y en este caso, dichos hechos -la reiteración de ausencias, la falta de justificación y la pasividad procesal de la trabajadora- resultaban suficientemente claros y contundentes como para concluir que la trabajadora forzó su despido como una estrategia premeditada para acceder ilegítimamente a la prestación por desempleo.

El Tribunal también señaló que la empresa optó por el despido disciplinario -y no por comunicar una baja voluntaria- precisamente para evitar un eventual reproche judicial en caso de que no se considerara suficientemente clara la voluntad de la trabajadora de cesar. Sin embargo, ello no desvirtúa que, en los hechos, la conducta de la trabajadora equivalía a un cese voluntario, al dejar de cumplir sus obligaciones laborales sin justificación alguna.

En consecuencia, el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso del SEPE, revocó la sentencia de instancia, y confirmó la resolución administrativa que declaraba la percepción indebida de la prestación, fijando en 4.059,20 € la cuantía a devolver. La decisión se adoptó sin imposición de costas, al tratarse de una estimación del recurso.

Otro punto crítico es la valoración del informe de Inspección de Trabajo, que sirvió de base para la revocación de la prestación por parte del SEPE. El Tribunal

reconoce formalmente que dicho informe no goza de presunción de certeza en el orden social cuando contiene valoraciones jurídicas -como la calificación de fraude de ley-, pero en la práctica le atribuye un peso probatorio determinante, convirtiéndolo en el eje central de su fundamentación¹².

En efecto, aunque se señala que el informe carece de presunción de veracidad en sus conclusiones, el Tribunal se alinea sin crítica con su contenido, replicando su razonamiento, sin valorar autónomamente los hechos ni realizar un análisis independiente de la calificación jurídica del comportamiento de la trabajadora. Esta actitud implica una aceptación tácita de la presunción de certeza sustancialmente, aunque se niegue formalmente, lo que debilita las garantías del procedimiento y vulnera el principio de valoración judicial libre y razonada de la prueba.

Además, debe señalarse que el informe de la Inspección de Trabajo evidencia una clara falta de imparcialidad¹³ desde su origen. La sanción impuesta a la trabajadora no deriva directamente de la actuación inspectora, sino de un procedimiento sancionador previamente iniciado por el SEPE. Esto refuerza la sospecha de una posible contaminación del criterio del inspector, quien, influenciado por la resolución previa, no analiza los hechos con objetividad, sino que confirma lo que ya se ha determinado. En lugar de llevar a cabo una investigación independiente, su actuación parece dirigida a respaldar la conclusión del SEPE, validando sus afirmaciones en lugar de verificar si realmente existía fraude, erosionando no solo el principio de objetividad de la Administración -art. 103 CE-, sino también la imparcialidad que debe presidir la actuación inspectora de conformidad con los arts. 2 d) y 3.1 de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social¹⁴.

El inspector asumió que la trabajadora provocó su despido para acceder fraudulentamente al desempleo, sin aportar pruebas directas ni considerar

¹² Pudiendo separarse de las razones esgrimidas en el acta, ya que éstas no le vinculan. La STS de 8 de junio de 2021 reitera que el Juzgador de instancia no se encuentra condicionado de manera definitiva ni por las apreciaciones jurídicas del acta de infracción, ni tampoco por los hechos constatados en la misma, cuando de la prueba practicada en el juicio, con las debidas garantías de inmediatez, publicidad, concentración y oralidad, llega a una apreciación y convicción distinta.

¹³ Sobre este principio *vid.* STC 136/1992 ECLI:ES:TC:1992:136 la cual dispone que el hecho de haber estado en contacto con el material de hecho necesario para que se celebre el juicio puede hacer nacer en el ánimo del Juez o Tribunal sentenciador prejuicios y prevenciones respecto de la culpabilidad del imputado, quebrándose así la imparcialidad. Algo parecido sucede en el caso aquí analizado, pues se evidencia cierta contaminación del Tribunal justamente por la presunción de veracidad, sin resolver el juego de las presunciones del art. 53.2 b) Ley 39/2015 y art. 23 Ley 23/2015.

¹⁴ «BOE» núm. 174, de 22/07/2015. De conformidad con dichos artículos, el Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social se ordena, en su organización y funcionamiento, conforme a los siguientes principios (...) Imparcialidad, objetividad e igualdad de trato y no discriminación

circunstancias personales como su estado de salud. Además, otorgó un peso excesivo a la falta de impugnación del despido como indicio de fraude, ignorando otras explicaciones plausibles. La trabajadora no tuvo oportunidad real de defenderse antes de la revocación de su prestación, vulnerando su derecho a la contradicción. En definitiva, el procedimiento sancionador estuvo sesgado y careció de garantías suficientes.

2.3. Falta de prueba directa sobre la intención fraudulenta de la trabajadora

El fallo judicial se fundamenta en la presunción de que la trabajadora, mediante ausencias reiteradas, provocó deliberadamente su despido con el fin de acceder a la prestación por desempleo. Sin embargo, la sentencia no argumenta de forma concluyente sobre la intención fraudulenta de la demandante, sino que se basa en indicios y conjeturas. De hecho, la Inspección de Trabajo determinó que no existía connivencia entre la trabajadora y la empresa para provocar un despido ficticio, lo que pone en entredicho la afirmación de que la trabajadora “buscó el despido” para obtener el beneficio de la prestación. La sentencia se separa además de la doctrina emana por el Tribunal Supremo en STS de 6 de febrero de 2003, en un caso más o menos parecido que, no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa y que no cabe presumir, sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude¹⁵. Además, vacía de contenido la posibilidad de percibir la prestación por desempleo justificada en un despido disciplinario, pues los artículos 262 y 267 de la LGSS permiten tal posibilidad y en concreto el art. 268.4 LGSS reconoce que, en el

en el ejercicio de la función inspectora. También reconoce que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se ejercerá en su totalidad por funcionarios de carrera de nivel técnico superior y habilitación nacional, pertenecientes al Cuerpo Superior de Inspectores de Trabajo y Seguridad Social, cuya situación jurídica y condiciones de servicio les garanticen la independencia técnica, objetividad e imparcialidad que prescriben los Convenios número 81 y 129 de la Organización Internacional del Trabajo.

¹⁵ A mayor abundamiento, el Tribunal añade con gran criterio que un Tribunal de justicia no puede descuidar: trasciende perjudicialmente, y sin justificación plausible además, al contexto social en que hoy se mueven los trabajadores; pues nada excluye, al menos razonablemente, que en una concreta relación laboral indefinida, aparezcan momentos de crispación o desasosiego, que lleven al trabajador a abandonar voluntariamente su puesto de trabajo; y después, a aceptar el que se le ofrezca, aunque sea de índole temporal, acuciado por las necesidades propias y de los suyos. Declarar que este trabajador, con ese simple comportamiento, se convierte en un *fraudator* y que soporta procesalmente la carga de probar esa crisis personal, cuya justificación será muchas veces dificultosa; o construir una presunción de fraude que solamente se apoya en la simple sucesión contractual de mérito; ambas cosas, se insiste, serían algo carente del más mínimo apoyo en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Se trataba de una sucesión. el *fraude de ley* es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención. Vuelve a insistir en que el fraude, es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento. Vuelve a desechar la tesis objetiva del fraude.

supuesto de despido o extinción de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo. Además, tal y como afirma la mencionada sentencia, si el legislador no ha incluido el fraude de ley en la prestación por desempleo, se debe hacer una aplicación residual y excepcional de dicho instituto, al encontrarse extramuros de los casos contemplados del art. 272 de la LGSS.

La doctrina del Tribunal Supremo ha sido clara al establecer que el fraude de ley no se presume, sino que debe ser probado por quien lo alega. La carga de la prueba en este caso recaía en el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), que no aportó elementos objetivos que demostraran que la trabajadora tenía un propósito defraudatorio. La sentencia, sin embargo, invierte esta carga y asume que la trabajadora debía probar que no actuó con dolo, lo que resulta contrario a los principios del debido proceso y del derecho laboral, que deben garantizar la protección de la parte más débil de la relación laboral. Respecto a esta línea interpretativa, el Tribunal ignora además lo comentado más arriba, es decir, las garantías esenciales de todo procedimiento sancionador. El art. 51.2 de la LISOS, reconoce expresamente la sujeción de dicho procedimiento a dos normas: una derogada -la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social- y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -actuales Ley 39/2015 y 40/2015 ambas de 1 de octubre-. No sólo no se hace mención alguna respecto a la constatación y fundamentación de un elemento culpabilístico -art. 28.1 Ley 40/2015- sino que omite de forma manifiesta la presunción de no responsabilidad administrativa del art. 53.1 2 b) de la Ley 39/2015¹⁶.

Por otro lado, el único soporte que utiliza el Tribunal para imponer dicha sanción radica en la prueba indiciaria¹⁷, sin embargo, no tiene en cuenta la

¹⁶ La STS de 3 de Junio de 2008 núm. 146/2004 reitera la doctrina del Tribunal Constitucional que señala que el principio de presunción de inocencia garantiza el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad, y comporta, entre otras exigencias, la de que la Administración pruebe y, por ende, motive, no sólo los hechos constitutivos de la infracción, la participación en tales hechos y las circunstancias que constituyen un criterio de graduación, sino también la culpabilidad que justifique la imposición de sanción (entre otras, SSTC 76/1990, de 26 de Abril; 14/1997, de 28 de Enero; 209/1999, de 29 de Noviembre y 33/2000, de 14 de Febrero)". Asimismo, la STS de 10 de Julio de 2007 rec.306/2002 precisa que ha de ser la administración la que demuestre la culpabilidad pues no es el interesado quien ha de probar la falta de culpabilidad. Hasta hoy se siguen acogiendo dichos argumentos *vid.* STSJ CAT 2664/2018 ECLI: ES:TSJCAT:2018:2664.

¹⁷ Hasta el punto de incumplir la interpretación de otros magistrados de propia sala *vid.* STSJ CAT de 14 de febrero de 2015 por cuanto realiza una aplicación más rigurosa y garantista de la apreciación indiciaria del fraude en un caso similar.

doctrina del Tribunal Supremo -STS 25 de mayo del 2000¹⁸- al no argumentar la inferencia entre el indicio base, la afirmación consecuencia y el enlace lógico y racional entre el primero y segundo. La inferencia que realiza el Tribunal sobre el *hecho indiciario* es el siguiente:

Parte de reiteradas ausencias injustificadas a su puesto de trabajo como hecho indiciario. Aquí se incurre en la primera incongruencia al enlazar un hecho -ausencias injustificadas a su puesto de trabajo- con una conducta -voluntad de forzar su propio despido-. Frente a este hecho indiciario el Tribunal infiere la *afirmación consecuencia*: fabricó fraudulentamente su despido. Tampoco argumenta el enlace lógico entre estos dos elementos haciendo imposible la comprensión del juicio formulado a partir del indicio. Por tanto, al incumplir tales requisitos, se desconoce cuál fue la verdadera razón por la que dejó de acudir a su puesto de trabajo, pudiendo fácilmente sugerirse múltiples motivos, todos ellos huérfanos de probanza en contra.

El Tribunal incumple además la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹ por cuanto realiza una inferencia basada más en la sospecha que en una auténtica convicción judicial de culpabilidad, la cual tampoco exterioriza mediante una motivación o explicación al respecto de tal inferencia, limitándose a esgrimir sucintamente que los hechos arrojan la conclusión de que forzó su propio despido.

2.4. Impacto de los estereotipos de género en la valoración de la conducta de la trabajadora

La sentencia no considera las condiciones estructurales de género que afectan a las mujeres en el mercado laboral, especialmente en sectores como el de la limpieza, donde las trabajadoras suelen enfrentar condiciones de precariedad, bajos salarios y dificultades para conciliar la vida laboral y personal. El porcentaje de mujeres dedicadas como Personal de limpieza de oficinas, hoteles y establecimientos similares asciende en 2024 a un 81,30%²⁰. El desempleo sigue afectando más a las mujeres que a los hombres. Las desempleadas con menor

¹⁸ Resulta especialmente llamativo que respalde su razonamiento con fundamentos jurídicos extraídos de la doctrina que ella misma cita, mientras que, al mismo tiempo, los incumple.

¹⁹ La STC 175/1985 ECLI:ES:TC:1985:175 exige que el proceso de reflexión judicial de la prueba por indicios no sea ni absurdo, ni caprichoso, ni en definitiva un pensamiento construido él basado en su propio capricho, o en su propia convicción moral. Añade el TC que el juzgador o Tribunal no puede llegar a esa convicción de autoría “porque sí”, o porque lo observa o detecta como la “única explicación posible”. La autoría que determina una condena no es “la mejor explicación posible a lo ocurrido”.

²⁰ Observatorio de las ocupaciones. Informa del Mercado de Trabajo de las mujeres estatal, 2024, pág. 41. Datos disponibles en: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.igualdadennlaempresa.es/recursos/CentroDocumentacion/docs/Informe_del_Mercado_de_Trabajo_de_las_Mujeres_2024.pdf

formación -estudios primarios o sin ella y/o Educación Secundaria Obligatoria-, representan el 63,98 % sobre el total de paradas del colectivo²¹.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -STSJ CAT 4655/2024- evidencia una falta de perspectiva de género en la valoración de los hechos y en la aplicación del derecho. Esta crítica se centrará en dos aspectos fundamentales: 1º la ausencia de prueba directa sobre la supuesta intención dolosa de la trabajadora al forzar su despido para obtener una prestación por desempleo y 2º el impacto de los estereotipos de género en la valoración de la conducta de la demandante, quien trabajaba como limpiadora, una profesión altamente feminizada²².

El hecho de que la trabajadora padeciera una “pluripatología severa” con afectaciones cardíacas y osteomusculares, según consta en los hechos probados, debió ser un elemento clave en la valoración de su conducta, máxime estando en vigor la Ley 15/2022 de 12 de julio²³. Sin embargo, la sentencia omite considerar cómo estas condiciones de salud pudieron influir en sus ausencias y en su desempeño laboral. En lugar de analizar la posibilidad de que la trabajadora estuviera enfrentando dificultades para cumplir con su jornada debido a su estado de salud, el Tribunal asume que sus ausencias responden a una estrategia fraudulenta²⁴ pasando por alto los arts. 4 y 6.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁵, y es que todavía el sector de la limpieza es un sector donde se reconoce un alto nivel de incumplimiento de las normas laborales en detrimento de los derechos de las trabajadoras que debe ser superado mediante el apoyo institucional correspondiente, y no mediante prejuicios o impresiones gratuitas²⁶. Este razonamiento invisibiliza las barreras estructurales que enfrentan muchas mujeres en el mercado laboral, especialmente aquellas con problemas de salud o cargas de cuidado. La sentencia, al interpretar

²¹ Observatorio de las Ocupaciones. Informe del mercado...*Ob. Cit.* pág. 33.

²² De La Casa Quesada, S.: “La multidiscriminación laboral. Techos de cristal y muros invisibles por orientación sexual y género”, *Revista de Estudios Jurídico laborales y de Seguridad Social*, 2025, núm 10, pág. 81.

²³ «BOE» núm. 167, de 13/07/2022.

²⁴ La sentencia se aparta del criterio interpretativo de género construido por la STS 576/2022, de 23 de junio de 2022 ECLI:ES:TS:2022:2549, del Pleno de Sala de lo Social la cual dispuso un criterio hermenéutico novedoso titulado *Doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género*. Dicho criterio interpretativo podría sintetizarse además con la STC 48/2024, de 8 de abril, la cual reconoce que la perspectiva de género es un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho.

²⁵ «BOE» núm. 71, de 23/03/2007.

²⁶ Benito Benítez, M. A.: “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 457.

la falta de impugnación del despido como un indicio intencionado, desconoce las posibles razones por las cuales una mujer en una situación de vulnerabilidad podría optar por no iniciar un litigio, como la falta de recursos económicos, el miedo a represalias o la imposibilidad de enfrentar un proceso judicial prolongado.

3. A MAYOR ABUNDAMIENTO DE LOS ELEMENTOS ESENCIALES SOBRE LOS QUE PIVOTA LA DOCTRINA DE LA SALA

3.1. El fraude de ley en la doctrina y la jurisprudencia

A) El fraude de ley, sin embargo, debe ser acreditado mediante el análisis de las circunstancias concretas de cada caso, pues, en caso contrario, el trabajador deviene titular legítimo del derecho a la prestación. Dicha acreditación puede realizarse a través de la prueba de presunciones, siempre que se respeten los principios de carga de la prueba y valoración racional de la misma. Tal y como se comentó anteriormente, el art. 267 de la LGSS recoge multitud de supuestos que equivalen a la situación legal de desempleo. Las sucesivas incorporaciones y modificaciones del mencionado precepto no hacen más que alumbrar una vocación expansiva de ampliar y proyectar su protección a la mayoría de los casos y supuestos que el legislador considere acreedores de protección. También por razones de adaptación y actualización a fin de que el desarrollo industrial, tecnológico y digital no suponga un obstáculo de cara a la protección por desempleo. En torno a estas nuevas realidades, surgen instituciones relativamente novedosas, como la presunción de certeza en ciertos actos administrativos, la cual, si no se aplica con rigor, puede erosionar garantías procesales o incluso vulnerar principios jurídicos constitucionales. Asimismo, en la interpretación y aplicación de las normas, debe observarse un equilibrio entre la lucha contra el fraude y el respeto a los derechos fundamentales, a fin de preservar la seguridad jurídica y los principios del Estado de Derecho. A continuación, se detallará en concreto cuales son las mencionadas realidades y a consecuencia jurídica que los Juzgados y Tribunales han ido atribuyéndoles.

Como también se ha mencionado anteriormente, la doctrina general respecto al fraude de ley, ha sido más o menos sostenida a lo largo de los años, por lo que a todas luces puede exponerse la doctrina consolidada de la STS de 5 de abril de 1994 TOL1.666.699 -citando otras anteriores-²⁷, la cual dispone que el fraude de Ley reconocido en el art. 6.4 del Código Civil²⁸ viene configurado por

²⁷ SSTs de 30 de marzo de 1988 TOL1.735.737 y de noviembre de 1992 TOL1.662.129.

²⁸ Cuyo origen se remonta a la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código Civil. «BOE» núm. 69, de 21 de marzo de 1973. Más adelante se promulga el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 1974. Su párrafo décimo noveno esgrimía que en la configuración del fraude prepondera la idea de

la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de cobertura que es a la que acoge quien intenta el fraude, y la que a través de esta y en forma fraudulenta se pretende eludir, exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan. Dada la existencia de la buena fe en el tráfico jurídico como principio que preside las relaciones y negocios jurídicos entre las partes, el fraude de ley nunca se presume y como consecuencia impone a la parte a quien lo alega la carga de probar tal fraude de conformidad con el art. 217 LEC²⁹. El fundamento jurídico que sostiene tal afirmación radica en que la presunción es justamente la contraria, en aras a la seguridad del tráfico jurídico, suponiéndose que las instituciones jurídicas se ejercitan conforme al fin para el que han sido concebidas, salvo que, precisamente, por quien se sostenga lo contrario, se pruebe que no fue así³⁰. La doctrina autonómica insistió en dicho fundamento respecto a su no presunción añadiendo además que el fraude de ley requiere la constancia de un actuar doloso tendente a alcanzar la aplicación de una determinada norma que por su espíritu no sea aplicable, todo ello basado en pruebas concretas, no en presunciones, por muy fundadas que puedan parecer³¹. Esta línea ha sido más o menos mantenida hasta la actualidad³², proclamando la no presunción del fraude, debiendo acreditarse si existen indicios suficientes de ello³³, que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como

considerar el ordenamiento jurídico como un todo; por eso es reputada fraudulenta la sumisión a una norma llevada a cabo con el propósito de obtener un resultado prohibido o contrario al conjunto del ordenamiento. Por otra parte, si frente a la norma elegida aparece otra tratada de eludir, habrá de aplicarse la última. Ello quiere decir que la consecuencia correspondiente no queda circunscrita a la nulidad del acto a través del cual pretendiera lograrse un resultado fraudulento, sino que ha de comprender también la efectiva aplicación de la norma pertinente, aunque no queden excluidas ciertas consecuencias anulatorias. De esta primigenia lectura ya se desprende el necesario elemento intencional que subyace en él.

²⁹ STS de 13 de diciembre de 1987 TOL2.347.030.

³⁰ La prohibición de la presunción de fraude ha sido relativizada o dulcificada posteriormente por la STS de 14 de mayo de 2008 rec. 884/2007: la expresión no presunción del fraude ha de entenderse en el sentido de que no se ha de partir de éste como hecho dado y supuesto a falta de prueba en contrario (al modo de una inversión de la carga probatoria, ciertamente prohibida a estos efectos), pero naturalmente no excluye en absoluto la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones. Este argumento bebe de sentencias anteriores *vid.* SSTs 21 de junio de 1990 y 4 de febrero de 1999 cuando aún se encontraba vigente el art. 1253 del Código Civil referente a las presunciones.

³¹ STSJ de Andalucía 773/2000 de 28 Abr. 2000, rec. 451/2000.

³² STS de 25 de mayo del 2000 ECLI:ES:TS:2000:4239.

³³ Dichos indicios han de estar plenamente probados, -no puede tratarse de meras sospechas-, y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta tipificada “Igualmente recuerda que para distinguir entre la existencia de una verdadera prueba indiciaria capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y la presencia de simples sospechas, conviene recordar que una prueba indiciaria ha de partir de unos hechos (indicios) plenamente probados, pues no cabe

probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia -ya que debe apreciarlo el juez de instancia.

B) Teorías sobre el fraude

Conforme al análisis jurisprudencial, se advierten dos corrientes doctrinales en la interpretación del fraude de ley, cuya tensión ha sido constante tanto en la Sala Cuarta como en la Sala Primera del Tribunal Supremo: la teoría objetiva y la teoría subjetiva, así como una posición de síntesis que intenta armonizarlas.

Desde la perspectiva objetiva, el fraude de ley se configura a partir de la mera constatación del resultado prohibido, sin que sea exigible acreditar la intención defraudatoria por parte de quien lo perpetra. En virtud de esta concepción, lo esencial es la producción de un efecto contrario a la norma que se ha pretendido eludir, mediante la utilización formal de otra disposición legal que sirve como cobertura aparente. Así, determinadas resoluciones del Tribunal Supremo han sostenido que, si bien el fraude no se presume y debe ser probado, no resulta necesario justificar la intencionalidad de los agentes, siendo suficiente que los hechos objetivos evidencien un uso desviado del ordenamiento jurídico, orientado a la obtención de un resultado antijurídico³⁴.

Esta teoría sugiere una motivación sancionadora cuanto menos cuestionable, por cuanto prescinde del elemento intencional como fundamento, defenestrando el principio de culpabilidad, lo que conllevaría vaciar de aplicabilidad los arts. 262.1 y 267.1 a) 3º de la LGSS. La STS 24 de noviembre de 2015 ECLI: ES:TS:2015:5835 se limita a reiterar dicha teoría afirmando que es suficiente que los datos objetivos revelen el amparo en el texto de una norma y la obtención de un resultado prohibido o contrario a la ley.

En contraposición, la corriente subjetiva erige como elemento central del fraude de ley. El denominado *animus fraudandi*³⁵ exige la existencia de un

evidentemente construir certezas sobre la base de simples probabilidades. De esos hechos que constituyen los indicios debe llegarse, a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, a considerar probados los hechos constitutivos de la infracción. Puede ocurrir, no obstante, que los mismos hechos probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso, el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar por qué elige la más conveniente *vid.* STC 229/1988 ECLI:ES:TC:1988:229.

³⁴ SSTs 19 de junio de 1995 ECLI: ES:TS:1995:3584 y 31 de mayo de 2007 rec. 401/2006.

³⁵ Teoría muchísimo más acorde y con mayor encaje hermenéutico habida cuenta del sistema sancionador reconocido *vid.* art. 28 de la Ley 40/2015 del Régimen Jurídico del Sector público -por remisión del art. 51.2 de la LISOS-, al reconocer expresamente la necesidad de un elemento subjetivo -a modo de art. 5 del Código Penal-, como presupuesto ineludible para imponer la sanción toda vez que deben resultar las personas físicas y jurídicas responsables de las mismas a título de dolo o culpa. Respaldada además por una más que consolidada y pacífica doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional al sostener que los principios

propósito deliberado y consciente de eludir la aplicación de la norma que debiera regir el caso concreto. Esta postura entiende que el fraude es esencialmente intencional y que su configuración exige probar que el sujeto actuó con la finalidad de encubrir mediante la apariencia de legalidad una conducta que, en su esencia, vulnera el ordenamiento jurídico. Así, el Tribunal Supremo ha reiterado que el fraude no puede reducirse a una mera infracción objetiva, ni confundirse con un error en la selección del instrumento jurídico, sino que requiere una voluntad dirigida a subvertir el espíritu de la norma³⁶.

Se reitera la existencia de dicha voluntad, y reitera que el fraude es algo integrado por un elemento subjetivo o de intención, de manera que para que pueda hablarse de fraude es necesario que la utilización de determinada norma del ordenamiento jurídico persiga, pretenda, o muestre el propósito, de eludir otra norma del propio ordenamiento³⁷. El Tribunal Supremo no excluye la posibilidad de que el carácter fraudulento de una contratación pueda establecerse por la vía de la prueba de presunciones cuando entre los hechos demostrados y el que se trata de deducir hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, como acaece en el supuesto de la sentencia que será objeto de análisis en este trabajo³⁸.

No obstante esta dicotomía, parte de la jurisprudencia ha adoptado una posición de equilibrio o de síntesis, reconociendo que el fraude de ley comporta una apariencia de legalidad objetivamente verificable, pero también una intención subyacente de frustrar el fin legítimo de la norma. Así, la STS de 22 de diciembre de 1997 ECLI: ES:TS:1997:7898 lo define como toda conducta que, al amparo de una norma formalmente aplicable, persigue anular los efectos prácticos de otra, con lo cual, pese a su forma legal, tal conducta incurre en una violación del

inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador en cuanto que ambos son manifestaciones del ius puniendi del Estado, de tal modo que las exigencias esenciales derivadas de los derechos fundamentales que proclaman los artículos 24 y 25 CE son extensibles a la actividad sancionadora de la Administración. Y, en concreto, el derecho a la presunción de inocencia -art. 24.2 CE- supone, entre otras consecuencias, que no pueda admitirse en el ámbito sancionador de la Administración la responsabilidad objetiva, exigiéndose la concurrencia de dolo o de culpa, en línea con la interpretación del TC al señalar que aun sin reconocimiento explícito en la Constitución, el principio de culpabilidad puede inferirse de los principios de legalidad y prohibición del exceso -art. 25.1 CE- o de las exigencias inherentes al Estado de Derecho. Por tanto, en el ilícito administrativo y tributario no puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa – STC 76/90, de 26 de abril rec. 695/1985 y SSTs de 12 de enero de 1996 TOL189.592 y 13 de junio de 1997 TOL195.083.

³⁶ SSTs de 17 de abril de 1997, 3 de febrero de 1998. Citadas por la STS de 8 de junio de 2021 ECLI: ES:TS:2021:2677.

³⁷ Algunas incluso hasta el punto de que la acreditación del fraude alcance cotas de carácter notorio e inequívoco *vid.* STS de 6 de febrero de 2006 rec. 737/1995.

³⁸ STS de 24 de febrero de 2003 rec.4369/2001.

contenido ético y teleológico del precepto defraudado. Se trata de una intencionalidad de carácter cualificado y específico dirigido a la obtención ilegal de la prestación por desempleo³⁹.

En definitiva, si bien ha existido una oscilación jurisprudencial entre ambas teorías, lo cierto es que en la actualidad predomina la tesis subjetiva, asentada en la idea de que el fraude de ley, conforme al artículo 6.4 del Código Civil en relación con los arts. 26.1, 26.3 y 23.1 c)⁴⁰ LISOS, constituye una conducta intencionalmente desviada, que no se agota en la mera obtención de un resultado ilícito, sino que implica una manipulación consciente del ordenamiento jurídico para obtener consecuencias que la aplicación recta de la norma no permitiría.

Esta complejidad explica por qué la valoración de la conducta defraudatoria se encomienda al órgano judicial, dentro de los límites que impone la legislación procesal. Tal y como se ha mencionado anteriormente, el elemento subjetivo ha sido crucial y determinante para declarar el fraude de ley en la mayoría de los casos. Pueden observarse en la doctrina de los Tribunales muchas muestras que confirman lo que aquí se expone y defiende, especialmente, en el acceso o disfrute de las prestaciones por maternidad, actualmente denominadas por nacimiento de hijos. *V. gr.*: cuando la trabajadora que solicitó prestación por maternidad tras ser contratada por una empresa regentada por su hermano, el cual fijó una base de cotización superior a la normal, obligó a la Inspección de Trabajo a investigar un posible fraude, confirmándose el *animus fraudandi*⁴¹; o cuando la empresa fue sancionada por incrementar indebidamente la base de cotización de la trabajadora, lo que supuestamente provocó un aumento en su prestación por maternidad, sin embargo, la ausencia del elemento subjetivo provocó la desestimación del fraude al carecer de enlace directo y preciso los hechos probados y la deducción de mismo⁴²; o cuando la demandante y su nuera simulaban una relación laboral para obtener indebidamente la prestación de maternidad, lo que llevó a la imposición de una sanción por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social⁴³. Se constató la conducta fraudulenta al probar el elemento subjetivo, argumento compartido por la doctrina constitucional respecto de un caso en el que una trabajadora contratada en avanzado estado de gestación reclamó la prestación por maternidad cedida a su marido. Al no existir elementos que demostraran fraude o mala fe en dicho caso, se descarta el fraude de ley⁴⁴; o este otro en el que se

³⁹ Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2014, pág. 14.

⁴⁰ La remisión al Código Civil mediante la LISOS en lo que respecta al fraude fue declarado constitucional en virtud de la STC de 26 de marzo de 1987.

⁴¹ STSJ Cataluña de 29 septiembre de 2014 rec. 2617/2014.

⁴² STSJ de Galicia de 10 de febrero de 2023 ECLI: ES:TSJGAL:2023:963.

⁴³ STSJ de Castilla y León de 9 de noviembre de 2021 ECLI: ES:TSJCL:2021:4141.

⁴⁴ STC de 17 de 2003 ECLI:ES:TC:2003:17.

constataron indicios de fraude en la contratación ficticia por parte de una pareja para percibir prestaciones de maternidad, sin pruebas de prestación real de servicios⁴⁵; y la apreciación de connivencia fraudulenta entre trabajadora y empresario para obtener prestaciones por maternidad, fundamentado en irregularidades derivadas de la modalidad contractual concertada⁴⁶.

3.2. La presunción de certeza de las actas de inspección

La inercia conseguida de los Convenios 81 y 129 de la OIT influyeron en la redacción de la primera LISOS desembocando en la Ley 8/1988, de 7 de abril⁴⁷, la cual introduce en su art. 52.2 la presunción de certeza de las actas de la inspección de trabajo⁴⁸. Con ello se superó la dispersión normativa y se dio una adecuada colocación específica extrayendo del Estatuto de los Trabajadores de 1985 su art. 57⁴⁹, por no superar las nuevas garantías constitucionales⁵⁰. Se mantiene constante y pacífica dicha redacción con la promulgación de los sucesivos cuerpos

⁴⁵ STSJ de Andalucía de 6 de junio de 2024 ECLI: ES:TSJAND:2024:5637.

⁴⁶ STSJ de Andalucía de 19 de febrero de 2012 rec. 1822/2005.

⁴⁷ «BOE» núm. 91, de 15 de abril de 1988.

⁴⁸ La presunción de certeza de las actas de infracción de los inspectores de trabajo significa que, en principio, las actas son consideradas correctas y verídicas, salvo que se aporte prueba suficiente en contrario. Ello comporta que, en caso de impugnación del acta de infracción, se deberá demostrar la falsedad de los hechos reflejados en el acta de forma sólida, ya que no basta con meras alegaciones. En otras palabras, la carga de la prueba recae sobre el empleador, trabajador o afectado, quien deberá presentar evidencias que desvirtúen la presunción de certeza. La casuística judicial revela que esta presunción supone en algunas ocasiones una auténtica *probatio diabólica* en atención a cada caso concreto. Habrá momentos en los que el impugnante no tendrá otra que ingeniárselas para conseguir realizar durante la fase del recibimiento de la prueba, actividad probatoria negativa *v. gr.*: demostrar no haber hecho algo; convencer con algún soporte material no haber realizado alguna cosa etc.

⁴⁹ Desarrollado por el Real Decreto 2347/1985, de 4 de diciembre. «BOE» núm. 302, de 18 de diciembre de 1985.

⁵⁰ Declarado nulo en STS de 10 de noviembre de 1986 al no superar las exigencias provenientes de los arts. 9.3, y 29 de la CE. En ella se aduce que el mandato del art. 25 de la Constitución de 1978 sobre el principio de legalidad en el derecho sancionatorio administrativo es trascendente y que ha llegado a imprimir un notable cambio en las exigencias a respetar, puesto que, manteniendo la atribución a la Administración de la potestad para sancionar, ello ha de realizarse a través de Ley formal; en parejo sentido, se viene a admitir que la tipificación normativa previa de conductas sancionables ha de realizarse a través de igual mecanismo legal, sin que sean suficientes amplias y vagas remisiones abstractas mediante descripciones carentes de toda precisión. Aclarado también por el Tribunal Constitucional en STC 218/2005: el principio de tipicidad, previsto en el art. 25 de la CE y 129.1 y 2 de la Ley 30/1992 -actual Ley 40/2015- significa que sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una ley. Este principio obliga a la Administración a precisar de manera suficiente y correcta en las actas de infracción la norma específica en la que se ha efectuado la predeterminación del ilícito en el que se subsumen los hechos imputables al infractor, pero esta aplicación del tipo infractor corresponde en exclusiva a la Administración y no a los órganos judiciales que no pueden suplir a aquella para mantener la sanción cuando no haya identificado expresa o tácitamente el tipo.

normativos sobre Seguridad Social *ex art.* 203 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁵¹ hasta la actual regulación, de 2015.

Desde su aprobación en 1988, la LISOS se convirtió en una pieza clave para ordenar y redefinir con claridad las conductas sancionables en el ámbito laboral y de la Seguridad Social. Uno de los focos de esta ley fue precisamente proteger el sistema de prestaciones por desempleo de los abusos y fraudes que pudieran cometerse, tanto por empresas como por trabajadores. En este contexto, la LISOS de 1988 contemplaba como infracción muy grave cualquier actuación del trabajador y empresario -arts. 29 y 30- orientada a obtener prestaciones por desempleo de manera fraudulenta. Esto incluía, por ejemplo, simular una relación laboral o un despido, ocultar información relevante, o manipular datos con la intención de cobrar el paro sin tener derecho a ello⁵². Todo ello en aras de preservar la sostenibilidad de este nuevo modelo constitucional. El principal aspecto innovador que cabe resaltar es el reconocimiento del principio democrático -*ratio democrático*- o conjunto de garantías procedimentales y límites a la potestad sancionadora, establecidos inicialmente en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y actualmente vigentes a través de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁵³ y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público⁵⁴. Estos principios han sido mantenidos y aplicados de forma rigurosa, consolidando la seguridad jurídica, la cual encuentra una manifestación relevante en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social -LISOS-.

La presunción de certeza de las actas levantadas por la Inspección de Trabajo constituye un principio fundamental en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador laboral. Esta presunción otorga a los documentos elaborados por los inspectores de trabajo un valor probatorio privilegiado, en tanto reflejan de forma objetiva y documentada los hechos constatados en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral y de Seguridad Social⁵⁵. En virtud de esta presunción, los hechos consignados por el inspector se presumen ciertos y veraces, salvo prueba en contrario, trasladando al adminis-

⁵¹ «BOE» núm. 154, de 29/06/1994.

⁵² La LGSS de 1994 fue uno de los textos más restrictivos de cara a la percepción de la prestación por desempleo pues provenía de las modificaciones operadas por el Real Decreto Ley 1/1992, de 3 abril, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo. «BOE» núm. 84, de 7 de abril de 1992.

⁵³ «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

⁵⁴ «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

⁵⁵ El art. 15 del 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

trado la carga de desacreditar lo afirmado en el acta. Esta característica responde a la necesidad de dotar de eficacia y autoridad a las actuaciones inspectoras, facilitando la función pública de tutela de los derechos laborales y garantizando la observancia de las obligaciones legales por parte de los empleadores. No obstante, esta presunción no es absoluta, ya que está limitada a los hechos que el inspector haya percibido directamente y requiere que las actas cumplan los requisitos legales de forma y fondo, en concordancia con los principios de legalidad, objetividad y debido proceso⁵⁶. Su reconocimiento y alcance varían según el ordenamiento jurídico de cada país, aunque es una figura común en la mayoría de los sistemas jurídicos que regulan la actuación de la administración laboral.

La presunción de certeza se encuentra escuetamente contenida en el art. 53.2 LISOS; art. 23 de la Ley 23/2015, de 21 de julio⁵⁷, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, junto con su desarrollo reglamentario, el art. 15 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. Tal y como se desprende de su regulación, esta presunción abarca los hechos y circunstancias que haya sido constatados por el funcionario actuante. El art. 32. c) del citado Reglamento, obliga a dicho funcionario a describir con la suficiente precisión tales hechos y los medios utilizados para su esclarecimiento, y las disposiciones infringidas con expresión del precepto o preceptos vulnerados. Dichos requisitos deben obrar en el acta de infracción rigurosamente para gozar de la mencionada presunción⁵⁸. Este requisito ha sido exigido por la jurisprudencia insistiendo en que la presunción de certeza se ciñe a hechos consignados en acta, que serán los concluyentes para derivar o inferir, tanto a efectos de prueba en el expediente administrativo sancionador como en el ámbito procesal, otros hechos no observados directamente por el Inspector⁵⁹. Por su parte, la doctrina administrativista⁶⁰ se ha mantenido más o menos uniforme en orden a sistematizar la presunción de certeza de las actas de la Inspección de Trabajo en el sentido de atribuir de base a las mismas la imparcialidad y especialización del Inspector actuante y atribuir a tales

para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, atribuye a las actas el carácter de documento público. «BOE» núm. 132, de 03/06/1998.

⁵⁶ La STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2003 rec. 367/2013 dispuso que la presunción de certeza de las actas de Inspección, al tratarse de una presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario, dicha prueba ha de ser eficiente, precisa y claramente convincente.

⁵⁷ «BOE» núm. 174, de 22/07/2015.

⁵⁸ Se reitera también en el criterio técnico nº 103/2020 de 8 de septiembre de 2020, sobre actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el cual exige para garantizar dicha presunción de certeza, que los hechos recogidos en las actas sean precisos y tengan un contenido mínimo tanto referido a los aspectos de cómo se ha desarrollado la actuación inspectora propiamente dicha.

⁵⁹ SSTs de 10 de julio de 1981 TOL967.463 y 29 de marzo de 2017 ECLI: ES:TS:2017:3834.

⁶⁰ SSTs de 4 de diciembre de 2009 rec. 292/2008; 8 de mayo del 2000 rec. 287/1995 con cita de las SSTs 29 de enero y 11 de marzo de 1992.

actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario. También limita la presunción de certeza solo a 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. No se reconoce la presunción de certeza a las simples apreciaciones globales⁶¹. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional delimitó dicha presunción al afirmar que el valor probatorio sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias⁶². Estos elementos excluidos de tal presunción se mantienen hasta ahora en la doctrina judicial de todos los Juzgados y Tribunales a nivel estatal⁶³.

Dicho lo anterior, resulta sorprendente observar que no son pocas las sentencias que se resuelven condenatoriamente haciendo uso de la presunción de veracidad como medio probatorio para justificar el requisito subjetivo del fraude, pese a que los Juzgados y Tribunales pueden apartarse de tal presunción siempre que se fundamenten las conclusiones y razonamientos que le llevaron a no admitir dicha presunción, de conformidad con el art. 97.2 LRJS. Se debe recordar que la

⁶¹ La jurisprudencia, de manera consistente y unánime, ha establecido una clara oposición a la validez de resoluciones administrativas que se fundamentan en actas de infracción con contenido insuficiente. Esta postura se refleja en diversas sentencias del Tribunal Supremo -SSTS de 6 de junio de 1997; 21 de junio de 1996 y 9 de mayo de 1997-. La razón principal de esta oposición radica en la vulneración del artículo 53.1.a) de la LISOS. Este artículo exige que las actas de infracción detallen de forma precisa y exhaustiva los hechos constatados por el inspector actuante, haciendo especial énfasis en aquellos elementos que resultan relevantes para la correcta tipificación de la infracción y la adecuada graduación de la sanción. Es evidente que la ley impone un mayor rigor en la descripción de los hechos, lo cual, en última instancia, refleja la consolidación de las exigencias que la jurisprudencia ha venido estableciendo a lo largo del tiempo -STS 15 de septiembre de 1992-. En otras palabras, la jurisprudencia ha sido firme en su demanda de que las actas de infracción sean lo suficientemente detalladas como para permitir a los interesados comprender claramente las razones detrás de la sanción impuesta. Esto garantiza el derecho a la defensa y evita la arbitrariedad en la actuación administrativa. La insuficiencia en la descripción de los hechos en el acta de infracción puede llevar a la nulidad de la resolución administrativa correspondiente.

⁶² STC 76/1990 de 26 de abril. Y acogidas en la jurisdicción ordinaria *vid.* SSTS de 4 marzo de 1993 y de 4 de junio de 1990 citadas en la SJ de lo Social núm. 5 de Palma de Mallorca de 22 de septiembre de 2023 res. 240/2023 rec. 128/2022.

⁶³ *Vid.* STS de 4 de marzo de 1993 citada en la SJ de lo Social núm. 5 de Oviedo ECLI: ES:JSO:2024:1804.

tarea de interpretación y la valoración de las pruebas es función exclusiva de los órganos judiciales ordinarios, conforme al art. 117.3 CE⁶⁴.

De todo lo expuesto, se deduce que la presunción de certeza no opera de manera automática y plena. El inspector tiene la obligación de reflejar de manera rigurosa aquellos elementos de convicción en los que fundamenta su conclusión y, por consiguiente, merecedores de una sanción administrativa. Se insiste en el rigor exigido además de los arts. 8 y 14.1 del RD 928/1998 que redundan en no perder la dirección de la citada STS de 11 de julio de 1997 pues, como se ha mencionado anteriormente, en toda infracción ha de concurrir dolo o culpa en el sujeto responsable al no ser aplicable la responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador. La cuestión, a veces, resulta problemática cuando la presunción de certeza y el elemento subjetivo -el fraude- se distorsionan.

Los Juzgados y Tribunales no deben caer en el error de convertir la presunción de certeza en una herramienta para desequilibrar el caso en favor del procedimiento inspector aun cuando en su acta se adviertan deficiencias en la determinación del elemento subjetivo del fraude o simplemente se haga valer dicha presunción por imposibilidad o inactividad probatoria de contrario⁶⁵. Se debe de probar el elemento subjetivo para que la conducta sea legalmente reproachable y sancionable y no desplazar el *animus* por las reglas del 217, 385.1 y 433.2 LEC. De ello se deduce además cuando el art. 151.8 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social⁶⁶ exige para tal presunción, la observancia de los requisitos legales pertinentes. Se debe recordar que se requiere un plus para estimar el fraude de ley pues lo contrario nos imposibilitaría diferenciar una conducta en fraude de ley y una infracción administrativa. El fraude de ley que define el art. 6.4 del Código Civil refleja una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, que no debe ser confundida con la mera infracción o

⁶⁴ La consideración de la presunción de certeza de las Actas de la Inspección de Trabajo no excluye la potestad de los Tribunales Contencioso-Administrativos para valorar, en la fiscalización del procedimiento administrativo, las pruebas existentes y las pruebas practicadas en su descargo en sede jurisdiccional, y lograr su convicción acerca de la veracidad de los hechos establecidos por la Inspección de Trabajo, empleando las reglas de la lógica y la experiencia, lo que es inherente a la función jurisdiccional, a la que viene vinculado en mérito a los artículos 106 y 117 de la Constitución, como indica la STSJ Cataluña de 3 de septiembre de 2004 ECLI: ES:TSJCAT:2004:9730 y la STC 229/1999 ECLI:ES:TC:1999:229.

⁶⁵ Pues, aunque la presunción de veracidad de las actas no supone estrictamente que se invierta la carga de la prueba, desde el punto de vista de la otra parte, impone la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración -SSTS de 19 de julio de 1999 y 9 de marzo de 1999 citadas en la STSJ de Castilla y León de 12 de marzo de 2021 ECLI: ES:TSJCL:2021:983.

⁶⁶ «BOE» núm. 245, de 11/10/2011.

incumplimiento de una norma⁶⁷. Posee un elemento intencional de cierta intensidad que escapa de la mera intención incumplidora.

Así las cosas, la jurisprudencia actual se está inclinando mayoritariamente por resolver, a través del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la controversia aquí planteada. En este contexto, el punto clave en materia probatoria no radica realmente en la constatación o convicción judicial sobre la existencia de un fraude, sino en la resolución del caso mediante la compensación de la carga de la prueba en contra del recurrente, aun cuando no se haya demostrado dicho elemento subjetivo. Se alude, en este sentido, a que la presunción de certeza no puede conducir automáticamente a la desestimación de la demanda o del recurso sin que se haya valorado el elemento de culpabilidad, evitando así una esa especie de juicio de compensación entre la presunción de certeza y la presunción de culpabilidad.

Multitud de sentencias fundamentan la base de la condena en la validez y presunción de veracidad de las actas de la Inspección de Trabajo, que se considera no desvirtuada por prueba en contrario y no tanto por la constatación del ánimo defraudatorio, tal y como puede observarse en diversas sentencias de los Juzgados de lo Social⁶⁸. Esta tendencia vulnera los principios y garantías fundamentales del procedimiento sancionador, en la medida en que desvirtúa la presunción de certeza al pretender utilizarla como un mecanismo para suplir la ausencia

⁶⁷ SSTs de 31 de mayo de 2007 y 16 de enero de 1996. Citadas por la STSJ de Galicia de 25 de abril de 2017 res. 2230/2017 rec. 4821/2016 y STSJ de Valencia de 21 de junio de 2016 res. 1388/2016 rec. 2571/2015.

⁶⁸ La SJS Cuenca núm. 1 de 29 julio de 2022, ratifica la sanción por connivencia entre empresa y trabajadora, al considerarse probada por el acta de Inspección, conforme al artículo 23.1 c) LISOS; La SJS de Logroño núm. 2 de 20 de mayo de 2022, donde la empresa fue sancionada por reducir ficticiamente la base de cotización; la sanción se apoya en la veracidad de las actas de Inspección; La SJS de Plasencia núm. 3 de 20 de septiembre de 2022, que confirma la sanción por connivencia para obtener prestaciones, respaldada por la presunción de certeza de las actas de Inspección de Trabajo o la SJS de Logroño núm. 3 de 22 de octubre de 2018, la cual valida la sanción por connivencia fraudulenta, sin que se haya desvirtuado la presunción de veracidad de las actas de Inspección. También en instancias superiores vía recurso de suplicación *v. gr.*: STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2021 ECLI: ES:TSJGAL:2021:5316, la cual se remite sin más a los hechos que refleja el acta de inspección, los cuales se consideran meridianamente claros como para declarar evidentemente fraude, en las prestaciones por desempleo o la STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2022 res. 1667/2022 rec. 2412/2020, la cual se limita a reconocer el fraude constatado directamente por el Inspector que levantó el Acta de Infracción que dio origen a las actuaciones sancionatorias, al amparado de la presunción de certeza que establece el art. 53 de la LISOS, por las que afirma que existen indicios suficientes para determinar que hay actuación *fraudulenta* por parte de la empresa.

de prueba respecto de los elementos subjetivos, cuando estos carecen de sustento probatorio. Esto mismo es lo que ocurre en la sentencia objeto de comentario.

4. CONCLUSIONES

El Tribunal ha incurrido en una valoración deficiente del elemento subjetivo, obviando su fundamentación y apoyándose en una presunción de dolo derivada de hechos objetivos que no excluyen otras explicaciones no fraudulentas. Se ha separado de la pacífica y reiterada doctrina que el Tribunal Supremo aplica para el fraude de ley. También se ha pasado por alto su aplicación excepcional, ya que, como se ha indicado, si el legislador hubiera deseado incorporar el fraude de ley a la LGSS para sancionar el uso ilegítimo de la situación legal de desempleo, lo habría hecho explícitamente. Al no ser así, resulta aún más pertinente recordar que el fraude de ley es un concepto jurídico originario del Derecho Civil, preexistente al Derecho Laboral, y por tanto, sujeto a su interpretación. Esta excepcionalidad del fraude se justifica, además, por quedar fuera del ámbito del Derecho de la Seguridad Social, lo que exige extremar la cautela al importar conceptos jurídicos ajenos a su perspectiva.

En cuanto a la presunción de certeza, debemos insistir en que su contenido no está esculpido en piedra. La potestad jurisdiccional es reflejo de ello por cuanto puede desvincularse de dicha presunción si efectivamente no le resulta convincente o no arroja suficiente claridad para emitir una resolución desfavorable.

Y ello, quizá, porque ha hecho un uso práctico del informe de Inspección como si gozara de presunción de certeza, lo cual desvirtúa la función crítica del juez en el control de la legalidad administrativa y sancionadora.

Desde esta perspectiva, la sentencia refleja una excesiva dependencia del relato administrativo y una desconsideración de las garantías básicas en materia sancionadora y de seguridad jurídica, especialmente la necesidad de acreditar de forma suficiente y motivada la culpabilidad y el ánimo defraudatorio de la persona afectada antes de privarle de una prestación y exigir la devolución de cantidades percibidas.

También se observa una fuerte tendencia dentro de la casuística judicial de defensa a ultranza de la presunción de certeza y la falta de atención a la excepcionalidad del fraude de ley, eludiendo otros mecanismos más apropiados para situaciones como la descrita en la sentencia. Para mayor inri, la forma en la que el art. 268.4 LGSS ha sido defenestrada raya en la arbitrariedad.

Esta deficiente valoración del elemento subjetivo, unida a la adopción acrítica del informe inspector, pone en evidencia un déficit de motivación y de respeto al principio de culpabilidad. La sentencia atribuye consecuencias jurídicas

gravosas -revocación de la prestación y devolución de lo percibido- sin cumplir con la exigencia mínima de justificar por qué la conducta de la trabajadora, y no otra posible causa, debe ser entendida como dolosa y fraudulenta. Finalmente, esta interpretación puede sentar un precedente peligroso en la gestión de prestaciones, donde la apariencia formal y la opinión administrativa prevalecen sobre el análisis real y ponderado de la intención de los beneficiarios, reduciendo el alcance de sus derechos y debilitando las garantías del procedimiento. Desde el punto de vista de la perspectiva de género, ésta es fundamental en ciertos casos para garantizar una justicia equitativa y libre de sesgos, sobre todo en casos como el que hemos abordado, máxime cuando la propia normativa de la inspección de trabajo lo exige. Este sesgo es especialmente problemático cuando se trata de trabajadores en situación de vulnerabilidad, como la afectada en este caso, una mujer del sector de la limpieza con problemas de salud. En lugar de indagar sobre las verdaderas razones detrás de sus faltas de asistencia, el inspector parece haber actuado bajo la premisa de que el despido fue una estrategia para acceder a las prestaciones por desempleo, reforzando una visión punitiva y desconfiada del sistema de protección social.

La falta de imparcialidad en este tipo de evaluaciones no es un asunto menor, ya que puede derivar en decisiones judiciales injustas que perjudican a quienes más necesitan el respaldo del sistema. Si la labor inspectora se basa en prejuicios y suposiciones en lugar de en pruebas objetivas, se corre el riesgo de desvirtuar el sentido mismo de la justicia y de transformar el acceso a prestaciones en un privilegio al que solo unos pocos pueden aspirar. Los Juzgados y Tribunales son los últimos guardianes defensores que poseen los ciudadanos, y como tales, deben actuar en consonancia.

En definitiva, la prestación por desempleo diseñada en nuestro ordenamiento es para quienes pudiendo y queriendo trabajar, *pierdan* su empleo⁶⁹, y la

⁶⁹ Ley 62/1961, de 22 de julio. «BOE» núm. 175, de 24 de julio de 1961. Su exposición de motivos contenía un interés muy claro: justificar la implantación de un Seguro de Desempleo dentro de un marco ideológico, propagandístico, económico y social específico, alineado con la doctrina del «Movimiento Nacional» —es decir, del régimen franquista en España—. No solo buscó legitimar esta cobertura social, sino integrarla como parte de una narrativa más amplia de progreso nacional, unidad social y superación del pasado conflictivo. La misma idea se desprendía del discurso transmitido en Salamanca en 1937: «Un estado totalitario armonizará en España el funcionamiento de todas las capacidades y energías del país, en el que, dentro de la Unidad Nacional, el trabajo, estimado como el más ineludible de los deberes, será el único exponente de la voluntad popular». El obrero era como una figura pasiva, vulnerable, receptor de favores otorgados por un régimen autoritario. Se trataba de una reducción mercantilista de la fuerza de trabajo que, como fuente generadora de producción y beneficio, debía ser objeto de protección.

trabajadora afectada por esta decisión judicial, lo perdió por haber sido despedida, nunca dimitió o cesó voluntariamente.

5. BIBLIOGRAFÍA

Benito Benítez, M. A.: “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.

De La Casa Quesada, S.: “Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social, noviembre-abril 2025, núm. 10 ISSN-e: 2660-437X.

López Insua, M. D. M.: “El fraude en las prestaciones por desempleo”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº. 3, 2015.

Fernández Orrico, J.: “La teoría de los cuatro elementos del fraude en las prestaciones de Seguridad Social”, *Relaciones Laborales*, nº 1, 2014.

EL ACUERDO DE TELETRABAJO ANTE SITUACIONES DE CRISIS

THE TELEWORKING AGREEMENT IN CRISIS SITUATIONS

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2024

ECLI: ES:TS:2024:1548

ELISA MUÑOZ CATALÁN *

SUPUESTO DE HECHO: Acuerdo de teletrabajo previo a la aprobación de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, que parte del ofrecimiento hecho en plena crisis sanitaria por la empresa Mst Expert Knowledge S.L. a sus empleados, por el que el trabajador debe poner los medios necesarios para realizar la actividad (equipo informático, teléfono, conexión a internet, etc.). La empresa se compromete a abonar la cantidad de 1 euro por hora, a través de un correo que envía a la plantilla, para compensar a aquellos que voluntariamente aceptaran prestar sus servicios en teletrabajo, utilizando su propio ordenador y su conexión a internet, ante la imposibilidad en aquel momento de proveer la empresa a sus trabajadores de los medios necesarios para teletrabajar.

La Federación de Servicios de CCOO presentó demanda de conflicto colectivo solicitando el reconocimiento del derecho de los trabajadores a seguir percibiendo esta compensación, tras el cese de la misj252ma decretado por la empresa, argumentando que se había convertido en una condición más beneficiosa debido a su aplicación continua durante un periodo prolongado. La sentencia de la Audiencia Nacional 122/2021, de 25 de mayo, estima la pretensión sindical.

RESUMEN: La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2024 (rec. núm. 290/2021) estima el recurso de casación interpuesto por la empresa y revoca el pronunciamiento de instancia. La cuestión a determinar era: de un lado, si los empleados, tras la adaptación de la empresa al teletrabajo, conservaban o no su derecho a percibir la cuantía comprometida; de otro, si dicha compensación constituía una condición más beneficiosa consolidada en el tiempo o si tenía un

* Profesora Permanente Laboral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UHU. El trabajo que presentamos a continuación se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D+I PID2022-141201OB-I00, “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” (TRABEXIT), financiado por el MICIU/AEI/10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

carácter temporal y coyuntural. El Alto Tribunal considera que la aceptación de los trabajadores no fue sino un requisito inherente a la propia naturaleza voluntaria del teletrabajo, pero no puede interpretarse como una medida que obligue a la empresa a abonar esa cantidad más allá de aquel excepcional contexto en que se adoptó. Una vez que la empresa efectúa el despliegue de los medios necesarios para prestar el teletrabajo la causa se desvanece. De modo que, desde el momento en que la empresa proporciona los medios para el teletrabajo, desaparece la razón de ser de la percepción del euro por hora trabajada.

ÍNDICE

1. LA COMPLEJIDAD DEL ACUERDO DE TELETRABAJO ANTE UNA SITUACIÓN DE CRISIS EN LA STS DE 27 DE FEBRERO DE 2024
 - 1.1. Hechos en que consiste el caso: La crisis sanitaria del coronavirus y el teletrabajo
 - 1.2. Pretensiones de las partes
2. CONTEXTO JURÍDICO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA
3. FALLO DEL TRIBUNAL, RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA Y ALCANCE DE LA SENTENCIA DE 2024

1. LA COMPLEJIDAD DEL ACUERDO DE TELETRABAJO ANTE UNA SITUACIÓN DE CRISIS EN LA STS DE 27 DE FEBRERO DE 2024

1.1. Hechos en que consiste el caso: La crisis sanitaria del coronavirus y el teletrabajo

Como avanzábamos, el presente caso surge en un momento excepcional de crisis generalizada a raíz del coronavirus que, sin duda, puso de manifiesto la necesidad de aprobar la Ley 10/2021 en aras a establecer todo un marco jurídico que regulase el trabajo a distancia¹.

El conflicto colectivo que analizamos se originó a raíz de la decisión de MST Expert Knowledge S.L. de ofrecer a sus empleados la posibilidad de teletrabajar debido a la pandemia, compensando con 1 euro por cada hora teletrabajada para cubrir los costes de uso de recursos propios (ordenadores, conexión a internet, electricidad, entre otros). Esta medida se adoptó de forma rápida como respuesta a la emergencia sanitaria, sin un análisis profundo de sus implicaciones a largo plazo. Poco tiempo después, la empresa comenzó a proporcionar los equipos necesarios para el teletrabajo, incluyendo ordenadores portátiles, conexiones de

¹ García Miguélez, M. P^a: *El teletrabajo: Antes, durante y tras el coronavirus*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

red seguras y dispositivos de comunicación, lo que llevó a la eliminación de dicha compensación económica adicional.

Por dicho motivo, la Federación de Servicios de CCOO presentó una demanda de conflicto colectivo solicitando el reconocimiento del derecho de los trabajadores a seguir percibiendo esta compensación, argumentando que se había convertido en una condición más beneficiosa debido a su aplicación continua durante un periodo prolongado. La Audiencia Nacional falló a favor de CCOO, basándose en la consolidación del derecho adquirido por parte de los trabajadores, lo que motivó el recurso de casación por parte de la empresa, que consideraba que dicha compensación era una medida temporal vinculada a una situación excepcional.

En este sentido, la Sentencia 400/2024 del Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Procedimiento: recurso nº 290/2021) [*ECLI:ES:TS:2024:1548*], parte de los siguientes hechos probados que constan en sus antecedentes de manera amplia y, de los cuales, extraemos literalmente los que entendemos más importantes en nuestro análisis en aras a comprender mejor el fallo pronunciado, tomando un criterio cronológico y secuenciado que consideramos que ordena mejor lo sucedido en dicho caso y siendo la parte descriptiva del presente comentario de jurisprudencia:

1º La cuestión que planteaba el recurso de casación es si las personas trabajadoras de la mencionada empresa Mst Expert Knowledge S.L. que venían prestando sus servicios en régimen de teletrabajo tras el ofrecimiento que la compañía hizo el 6 de marzo de 2020, conservaban o no el derecho a percibir la cuantía de 1 euro adicional por hora teletrabajada.

2º La Federación de Servicios CCOO interpuso demanda sobre conflicto colectivo contra Mst Expert Knowledge S.L., Federación de Servicios, Movilidad y Consumo UGT (FESMC-UGT), Confederación General de Trabajo (CGT), solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara el derecho de los trabajadores que venían prestando servicios en régimen de teletrabajo a percibir la cuantía adicional de 1 euro por hora teletrabajada, debiendo percibir este plus adicional todos aquellos empleados que venían trabajando en régimen de teletrabajo o que lo hubieran hecho en algún momento desde la fecha de 6 de marzo de 2020, debiendo la empresa proceder al abono de las cuantías adeudadas por este concepto al conjunto de los empleados.

3º La resolución dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2021, previa desestimación de las excepciones de falta legitimación activa de CCOO, inadecuación de procedimiento y falta de competencia, estimó la demanda interpuesta por CCOO frente a Mst Expert Knowledge S.L., a la que se adhirió UGT, y declaró el derecho de los trabajadores que vinieran

prestando sus servicios en régimen de teletrabajo, a percibir la cuantía adicional de 1 euro por hora teletrabajada, debiendo percibir este plus adicional todos aquellos empleados que vinieran trabajando en régimen de teletrabajo en ese momento o que lo hubieran hecho en algún momento desde el 6 de marzo de 2020, correspondiendo también a la empresa el abono de las cuantías adeudadas por este concepto al conjunto de los empleados.

La sentencia declaró, en primer lugar, que conforme a lo expuesto en el relato fáctico el 6 de marzo de 2020 y debido al aumento de los contagios derivados del coronavirus, el empleador efectúa una oferta a la plantilla para prestar servicios en régimen de trabajo a distancia, en virtud de la cual el trabajador ponía los medios necesarios para realizar tal actividad *-equipo informático, teléfono y línea móvil, conexión a internet...-*, comprometiéndose el empleador a compensar dicho acopio de medios por parte del trabajador con 1 euro por cada hora prestada en dicho régimen de prestación de servicios.

La Sala constató que hubo trabajadores de la empresa que alentados por tal oferta, comenzaron a prestar servicios de dicha manera, puesto que así se reconoce expresamente en el escrito que vía correo electrónico remite el director general de los empleados el día 19 de marzo de 2020 en la que reconoce los méritos prestados por estos al trabajar en pandemia, estableciendo un complemento por penosidad temporal al trabajar en dicha situación de dificultad que tiene perfecto encaje en el apartado 3 del artículo 26 del ET. El texto del correo electrónico es el siguiente:

“Un compañero vuestro de Madrid, nos ha hecho ver el grandísimo esfuerzo que estáis haciendo muchos de vosotros para venir a trabajar además de cuidar a vuestros seres queridos, no es un trabajo normal como todos los días, sino algo especial porque sois responsables, tanto con la empresa como con vuestros seres queridos, haciendo un enorme esfuerzo en superar las circunstancias adversas del día para venir a trabajar.

Por eso, voy a hacer Yo (sic.) también un gran esfuerzo económico de casi un 20 por ciento de coste para la empresa, para compensaros en parte el vuestro esfuerzo consiste en lo siguiente:

El empleado que haya superado el 85% de trabajo efectivo mensual disfrutará de lo siguiente:

Durante el tiempo que esté en teletrabajo un 5% por ciento más de salario bruto y 10 minutos por cada hora de descanso remunerado (Vacaciones) y si está en su puesto de trabajo en la empresa 10% más de salario bruto y 15 minutos de descanso remunerado, la parte del salario se cuenta desde el 1 de marzo y lo percibiréis en la nómina de abril y la parte de vacaciones

después de que termine el episodio del coronavirus, según vayáis acordando con vuestros jefes, también estudiaremos con RRHH según el avance de la Pandemia y lo afectada que quede la empresa en sus beneficios, que podáis cambiar las vacaciones que vayáis acumulando por este concepto por su equivalente en metálico si lo preferís”.

Pues bien, la Sala procedió a estimar la pretensión contenida en demanda, por los siguientes motivos:

- Concurriendo oferta y aceptación expresa a la hora de teletrabajar, la comunicación emitida por la empresa en fecha 6 de marzo de 2020 no era una mera encuesta, sino una oferta concreta y en firme de unas nuevas condiciones de trabajo que obligaban a las dos partes, sin que el complemento otorgado graciosamente por el director general de la empresa pudiera sustituir en forma alguna la compensación pactada por las partes.

- A la vista de todo ello, la Sala sostuvo que no resultaba determinante que en el contrato de teletrabajo que se aporta por la empresa no se dijese nada de la necesaria compensación de los gastos, porque dicha compensación trae causa no del RD Ley 8/2020, posterior en fecha a la del contrato que se aporta, sino de la propia naturaleza del contrato de trabajo y de lo dispuesto en el Acuerdo Europeo de 16 de abril de 2002.

- Para la Sala no enerva lo anteriormente expuesto el hecho de que la empresa haya estipulado con CGT y UGT en fecha 3 de febrero de 2021 un acuerdo de compensación a cuenta de lo establecido en el convenio colectivo de los gastos derivados del teletrabajo, por cuanto que se trata de un pago a cuenta y en todo caso el convenio colectivo no podría tener efectos retroactivos que restrinjan derechos ya incorporados a la esfera patrimonial de los trabajadores, de manera que la eventual menor compensación que pudiera establecer el nuevo convenio no podría afectar a situaciones más favorables para los trabajadores derivadas de la oferta del 6 de marzo de 2020.

4º En la mencionada fecha de 3-02-2021 la empresa y CGT alcanzaron un pacto, cuyos principales acuerdos transcribimos seguidamente:

- La empresa se comprometía a entregar las herramientas informáticas a todo el personal de MST Expert con fecha límite el 19/02/2021, dando cumplimiento al planning expuesto en las reuniones.

- Las personas trabajadoras de la empresa que no desearan utilizar la terminal de móvil hasta la recepción del equipo informático o en su defecto quien deseara trabajar con su equipo propio, se le ofrecería utilizar y descargar la línea virtual

(*One net*) en el equipo de su propiedad; la empresa disponía de un plazo hasta el 10/02/2021 para ofrecerlo e implantarlo al personal en teletrabajo.

- La empresa abonaría 9€ brutos/mes desde la firma de este acuerdo a las personas trabajadoras que utilizasen su red de internet de su domicilio y que no usaran el modem inalámbrico cedido por la empresa. Los colectivos con derecho a dicha compensación serían todas aquellas personas trabajadoras que desde su domicilio tuviesen buena conexión desde su red de internet, teniendo que, acudir a prestar sus servicios en modo presencial en el caso de cualquier incidencia que le impidiese trabajar más de 24 h (hasta que se restableciese su suministro de internet en su domicilio) cuando el trabajador podrá reincorporarse al teletrabajo. La compensación estaba sujeta al Convenio colectivo del Contact Center.

El 5 de octubre de 2020 se celebró acta de conciliación en el SIMA extendiéndose acta de desacuerdo. Por lo que se interpuso recurso de casación por la representación de Mst Expert Knowledge S.L. siendo admitido a trámite por esta Sala; transcurrido el plazo concedido para la impugnación del recurso, se emitió informe por el Ministerio Fiscal, en el sentido de considerar que el recurso debe ser desestimado.

1.2. Pretensiones de las partes

La mencionada Sala abordó el recurso de casación interpuesto por el letrado don Luis Pérez Yuste, actuando en representación de Mst Expert Knowledge S.L., contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 122/2021, de fecha 25 de mayo de 2021 en actuaciones sobre conflicto colectivo núm. 420/2020 seguidas por Federación de Servicios CCOO contra Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FESMC-UGT), Confederación General de Trabajo (CGT) y contra Mst Expert Knowledge S.L.

De lo expuesto hasta ahora y, siguiendo dicho itinerario procesal y los datos destacados previamente, podemos recapitular cuáles son las pretensiones de las partes: a) Fue parte recurrida: La Federación de Servicios de CCOO, Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FESMC-UGY) y Confederación General de Trabajo (CGT). b) Así como fue parte recurrente: La empresa Mst Expert Knowledge S.L., la cual, recurrió en casación la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 122/2021, de 25 de mayo de 2021, autos de conflicto colectivo núm. 420/2020. Y, dicho recurso de la citada empresa, se articulaba en tres motivos de casación que exponemos en las siguientes líneas:

1º Para el primero, denunciaba la infracción de los artículos 3.1 c ET, 1281 y 1282 CC, alegando que el compromiso de la empresa no tenía una duración indefinida, sino coyuntural y limitada al momento concreto en que se adoptó: la situación de pandemia previa a la normativa reguladora de la misma. Es decir,

ante la situación de la pandemia y ante la voluntariedad que en aquel momento tenía el teletrabajo (hasta la promulgación del RDL 8/2020), la empresa ofreció una medida temporal sin que tuviera vocación de permanencia; *máxime cuando una vez se declara -afirma el recurso-* la obligatoriedad del teletrabajo por el RDL 8/2020, al día siguiente de su entrada en vigor, la empresa acuerda compensar a los trabajadores con un plus del cinco por cien durante los meses de marzo y abril, revocando implícitamente el anterior.

2º El segundo motivo de casación se articulaba como subsidiario para el caso de que no se estimase el primer motivo de casación, denunciando la infracción de los artículos 1281 y 1282 CC. Alegaba la empresa que la compensación de 6 de marzo de 2020 tenía carácter temporal, que no era condición más beneficiosa y que no era necesaria para su supresión ni el acuerdo de las partes, ni la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, con una duración de hasta el acuerdo de 3 de marzo de 2021.

3º El tercer motivo se formulaba también como motivo subsidiario, denunciando la infracción del artículo 3.1 c) ET, y de los artículos 1281 y 1282 CC, así como de la disposición transitoria tercera de la Ley de trabajo a distancia argumentando que la empresa había suscrito acuerdos de teletrabajo no vinculados al coronavirus, por tanto, una vez que se había dejado de realizar el teletrabajo por la pandemia, la causa de compensación desaparecía.

Por todo lo anterior, el recurso solicitaba la casación y anulación de la sentencia recurrida y que se desestimase la demanda rectora de los autos, absolviendo a la empresa de la pretensión contenida en aquella.

2. CONTEXTO JURÍDICO, PROBLEMA PRINCIPAL Y RELEVANCIA DE LA SENTENCIA TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY 10/2021, DE 9 DE JULIO, DE TRABAJO A DISTANCIA

En las siguientes líneas, procedemos a ofrecer la parte más crítica de nuestro análisis jurisprudencial en cuanto al contexto, problema jurídico central y relevancia de la STS de 27 de febrero de 2024. Desde una perspectiva crítica, podemos sostener que dicha sentencia refleja una interpretación restrictiva del concepto de “condición más beneficiosa”, centrándose en la intencionalidad de la empresa y el carácter temporal de la medida adoptada durante la pandemia.

El Alto Tribunal Supremo analizó la naturaleza jurídica de la compensación, considerando la normativa aplicable, incluyendo el Estatuto de los Trabajadores, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, y el Real Decreto-Ley 8/2020, que estableció medidas extraordinarias para hacer frente a la crisis

sanitaria²; y, en su examen, el TS también tuvo en cuenta la jurisprudencia previa sobre la consolidación de derechos laborales y las condiciones más beneficiosas, concluyendo que *la compensación no constituía una condición más beneficiosa, sino una medida temporal vinculada a circunstancias excepcionales*.

Pues bien, bajo dichas premisas, recordemos que la Sentencia 400/2024 del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, resuelve un recurso de casación interpuesto por MST Expert Knowledge S.L. contra la resolución de la Audiencia Nacional que había reconocido el derecho de los trabajadores en régimen de teletrabajo a percibir una compensación económica adicional de 1 euro por hora teletrabajada; de modo que la controversia gira en torno a si esta compensación constituía una condición más beneficiosa consolidada en el tiempo, o si tenía un carácter temporal y coyuntural ligado a la situación excepcional del coronavirus.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, revocando la sentencia de la Audiencia Nacional y desestimando la demanda de la Federación de Servicios de CCOO. El fallo se basa en la naturaleza temporal de la compensación, su vinculación con la falta de medios informáticos proporcionados por la empresa en el inicio de la pandemia, y la posterior dotación de dichas herramientas digitales por parte del empleador. Además, el Alto Tribunal considera que la interpretación de la Audiencia Nacional no valoró adecuadamente el carácter excepcional de la medida adoptada y su dependencia de un contexto específico y transitorio.

Por ello, como se avanzaba, la cuestión que plantea el recurso de casación interpuesto por la representación de Mst Expert Knowledge S.L. contra la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 122/2021, de 25 de mayo de 2021, es si las personas trabajadoras de la citada empresa que prestaban sus servicios en régimen de teletrabajo *-tras el ofrecimiento que la empresa hizo el 6 de marzo de 2020-*, conservaban o no el derecho a percibir la cuantía de 1 euro adicional por hora teletrabajada que se hacía en ese ofrecimiento. Dicho

² En este punto, se ha concretado por los tribunales, que la persona trabajadora tiene derecho a la compensación de gastos por teletrabajo cuando en el acuerdo se remita a un convenio que nada establece al respecto de la compensación, entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional, SAN de 22 de marzo de 2022 (núm. 44/2022). Sala de lo Social (Rec. n.º 33/2022) [ECLI:ES:AN:2022:1132]. Así como que corresponde a la persona trabajadora acreditar los gastos del teletrabajo a la empresa para poder cobrarlos justificando que dichos gastos son por razón del trabajo (y no familiares), cabe citar por ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, STSJ de Madrid de 13 de junio de 2022 (núm. 398/2022). Sala de lo Social (Rec. n.º 190/2022) [ECLI:ES:TSJM:2022:13278], que diferencia entre: a) La obligación de la empresa de compensar los gastos de teletrabajo; b) aquellos casos en los que se le reclama al empleador el abono de todo el importe de facturas, cuando se trata de un hogar familiar en el que conviven varias personas; pues, como se señala en esta segunda sentencia, a la persona trabajadora le corresponde probar que el gasto es por motivos meramente laborales y, en el supuesto concreto, solo se acreditó el importe de las facturas y no constaba que toda la utilización del servicio fuese por razón de trabajo, teniendo en cuenta que en el hogar vivían al menos dos personas más *-ajenas a la relación laboral-* que podían utilizar el servicio.

email daba la posibilidad de aceptar o rechazar la oferta en el mismo correo, tal y como reproducimos textualmente para una mejor comprensión del fondo del asunto:

“Nota Informativa sobre la exposición al coronavirus. Teletrabajo.

Desde el Departamento de Recursos Humanos de MST os queremos transmitir que, ante posibles casos de exposición al coronavirus, la empresa pondrá a disposición de los empleados, la posibilidad de prestar sus servicios en la modalidad de Teletrabajo sólo en aquellas campañas/servicios o departamentos donde pueda ser posible.

La empresa retribuirá al empleado con 1 euro hora como plus adicional, durante las horas que se encuentre en teletrabajo, como compensación en la utilización de su PC y conexión a internet.

En el caso que estés interesado/a deberás dirigirte a tu responsable inmediato, por lo que este trasladará tu solicitud al Departamento de RRHH, con el fin de suscribir con la empresa, llegado el caso, un pacto donde se regirán las condiciones de Teletrabajo.

Estamos a vuestra disposición y estaremos encantados de contestar a vuestras dudas mediante el buzón de Recursos Humanos.

Departamento de Recursos Humanos.

MST Holding”.

Por todo ello y, tal y como el TS argumenta en el Fundamento de Derecho Nº 3 (FD), la sentencia estima la demanda de conflicto colectivo, en esencia, por los siguientes argumentos. El primero, es que se constata que hubo trabajadores de la empresa que alentados por ella comenzaron a prestar servicios de dicha manera, puesto que así se reconoce expresamente en la misiva que vía correo electrónico remite el director general de los empleados el día 19 de marzo de 2020 en la que resalta los méritos prestados por estos al trabajar en pandemia; estableciendo un complemento por penosidad temporal al trabajar en dicha situación de dificultad que tiene perfecto encaje en el ya referido apartado 3 del artículo 26 ET. En consecuencia, como avanzábamos, para la Audiencia Nacional, concurriendo oferta y aceptación expresa a la hora de teletrabajar, la comunicación emitida por la empresa el 6 de marzo de 2020 no era una mera encuesta, sino una oferta concreta y en firme de unas nuevas condiciones de trabajo que obligaban a las dos partes, sin que el posterior complemento otorgado graciosamente por el director

general de la empresa pudiera sustituir en forma alguna la compensación pactada por las partes.

A la vista de todo ello, sostiene la Sala que no es determinante que en el contrato de teletrabajo que se aporta por la empresa no se diga nada de la necesaria compensación de los gastos, porque dicha compensación trae causa no del RD Ley 8/2020, posterior en fecha a la del contrato, sino de la propia naturaleza del contrato de trabajo y de lo dispuesto en el Acuerdo Europeo de 16 de abril de 2002. Para la Sala, no contradice la conclusión anterior el hecho de que la empresa haya estipulado con CGT y UGT en fecha 3 de febrero de 2021 un acuerdo de compensación a cuenta de lo establecido en el convenio colectivo de los gastos derivados del teletrabajo, por cuanto que se trata de un pago a cuenta y *-en todo caso el convenio colectivo no podría tener efectos retroactivos que restrinjan derechos ya incorporados a la esfera patrimonial de los trabajadores-*, de manera que la eventual menor compensación que pudiera establecer el nuevo convenio no podría afectar a situaciones más favorables, para los trabajadores derivadas de la oferta del 6 de marzo de 2020.

Pues bien, el TS nos recuerda en el referido FD 3º (punto 3) que, el mencionado Acuerdo Marco Europeo para el Teletrabajo de 2002, revisado en 2009, define textualmente al teletrabajo como: *“Una forma de organización y/o realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”*. El mismo parte del carácter temporal del teletrabajo y de su voluntariedad tanto para el trabajador como para el empresario, señalando que, en cuanto a los equipos para la actividad, por lo general, el empresario deberá facilitar, instalar y encargarse del mantenimiento de los equipos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo. El empresario habrá de hacerse cargo, con arreglo a la legislación nacional y a los convenios colectivos, de los costes derivados de la pérdida o el deterioro de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador.

Concretamente, su apartado siete prevé literalmente que: *“Como regla general el empleador está encargado de proporcionar, instalar y mantener los equipos necesarios para el teletrabajo regular, excepto si el teletrabajador utiliza su propio equipo. Si el teletrabajo se realiza de manera regular el empleador compensa o cubre los costes causados directamente por el trabajo, en particular los relativo s las comunicaciones”*.

Por ello, a tal efecto, el RDL 8/2020, dictado tres días después de la declaración del estado de alarma *-por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis*

sanitaria ocasionada por el Covid-19-, estableció el carácter prioritario o preferente del teletrabajo. Así como afirma en su Preámbulo que el trabajo no presencial se configura como un: *“Instrumento de primer orden para poder conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención de la propagación del virus y, al mismo tiempo, garantizar la continuidad en el ejercicio de numerosas actividades empresariales, económicas y sociales”*, declarando ese carácter preferente del trabajo a distancia, al admitir abiertamente que: *“Se establecerán sistemas de organización que permitan mantener la actividad por mecanismos alternativos, particularmente por medio del trabajo a distancia, debiendo la empresa adoptar las medidas oportunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado. Estas medidas alternativas, particularmente el trabajo a distancia, deberán ser prioritarias frente a la cesación temporal o reducción de la actividad”* (artículo 5).

En línea con lo expuesto y, tal y como se avanzaba, la sentencia continúa matizando cómo el recurso combate el carácter de condición más beneficiosa del contenido del correo electrónico de 6 de marzo de 2020 remitido a toda la plantilla, denunciando la infracción del artículo 3.1.c) ET. Aclarando el propio TS que la cantidad de 1 euro por hora ofrecido por la empresa en el correo de 6 de marzo de 2020 tenía el objeto de compensar a aquellos trabajadores que voluntariamente aceptaran prestar sus servicios en teletrabajo utilizando su propio ordenador y su conexión a internet, ante la imposibilidad en aquel momento, dada la excepcionalidad de la situación derivada la pandemia, de proveer la empresa a sus trabajadores de los medios necesarios para teletrabajar.

La aceptación de dichos términos por parte de los trabajadores se configuraba como la propia exigencia de voluntariedad del teletrabajo, que en aquel momento carecía de regulación, más allá de la referencia del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo de 2002, tal y como se ha indicado. Se trataba, pues, como señala el TS, de un ofrecimiento de teletrabajo voluntario para aquellos que quisieran adherirse a esa forma de organización de trabajo en remoto y al que la empresa otorgaba una compensación de 1 euro por hora teletrabajada por la utilización de medios (ordenador, conexión a internet) que aportaba el propio trabajador, y que, como tal, se limitaba a tales circunstancias concretas, admitiendo textualmente que:

“Nos encontramos ante dos escenarios bien distintos, uno que es el de fecha de 6 de marzo de 2020 con una vocación de temporalidad y circunstancias muy concretas: adoptar la medida de teletrabajo por aquellos trabajadores que quisieran prestar sus servicios en dicho régimen, utilizando su propio ordenador y conexión a internet, compensándoles la empresa con un euro por hora trabajada. Otro escenario, el de 19 de marzo de 2020, en el que la empresa ya dispone de los medios necesarios para que su plantilla

teletrabaje, el teletrabajo ya se regula como medio preferente y en el que el director general comunica que la empresa prevé unos incentivos durante el tiempo que se esté en teletrabajo de un 5 por ciento más de salario bruto y 10 minutos por cada hora de descanso remunerado durante los meses de marzo y abril. Siendo las cosas como se han expuesto, no es dudoso, en consecuencia, que la medida de 6 de marzo de 2020 no tenía vocación de permanencia, sino que venía motivada por las circunstancias excepcionales de la Covid, que imponían la necesidad de introducir el teletrabajo como medio de organización del trabajo que permitía la prestación del servicio y, que sin embargo, la empresa no contaba con los medios para su implementación al teletrabajador” (FD 3º, puntos 5 y 6).

La aprobación por parte del trabajador no era sino un requisito inherente a la propia naturaleza voluntaria del teletrabajo, pero no puede interpretarse como una medida que obligase a la empresa a abonar la cantidad de 1 euro por hora teletrabajada más allá de aquel limitado, repentino y excepcional contexto en que se adoptó, puesto que ello no se ajustaría al propio condicionante de su adopción, esto es, la falta de medios de la empresa para la aplicación del teletrabajo. Las consideraciones efectuadas llevaron al TS a estimar el recurso de casación y a revocar la sentencia recurrida, con desestimación de la demanda, dada la estimación del primer motivo de casación; de modo que, habiéndose articulado el resto de los motivos con carácter subsidiario, no procedía su análisis. Debía entenderse, por tanto, que una vez la empresa efectuó el despliegue de los medios necesarios para prestar el teletrabajo, tal y como se constata en el correo electrónico de 19 de marzo, aquella circunstancia que motivó la concesión de la cuantía de 1 euro por hora teletrabajada se desvanecía y la percepción de esta cantidad perdía su causa. Concluyendo expresamente el Alto Tribunal que: *“Desde el momento en que es la empresa y no el trabajador quien pone los medios para el teletrabajo, desaparece la razón de ser de la percepción del euro por hora trabajada, que se vinculaba a la aportación de los medios por el propio trabajador”.*

Por lo anterior, entendemos que el estudio de la presente sentencia nos aporta cuál es hoy la verdadera importancia de la Ley 10/2021, la cual, ha sido examinada en aras a una mejor comprensión de sus preceptos y a su puesta en práctica³. En este punto, cabe resaltar el Capítulo II en cuanto al acuerdo de trabajo a distancia (que abarca los artículos 5-8), dado que el mencionado artículo 5 *-precepto algo complejo de comprender si tenemos presente casos como los abordados en la referida sentencia-*, reconoce expresamente la necesidad de que el trabajo a distancia sea voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora, constando la firma del acuerdo de trabajo a distancia, que podrá

³ Rodríguez-Piñero, M. y Todolí Signes, A. (Dres.): *Trabajo a distancia y teletrabajo: Análisis del marco normativo vigente*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021.

formar parte del contrato inicial o realizarse en un momento posterior, sin que pueda ser impuesto.

Así como el Capítulo III sobre los derechos de las personas trabajadoras a distancia (artículos 9-19). Dicho Capítulo trata de desarrollar la igualdad de derechos proclamada en el Capítulo I, mediante la mención de las especiales precauciones a tener en cuenta respecto de los derechos laborales, tales como: derechos vinculados a la carrera profesional, derechos relativos a la dotación y mantenimiento de medios y al abono y compensación de gastos, derechos con repercusión en el tiempo de trabajo, derechos relacionados con el uso de medios digitales, etc. De dichos pasajes, resaltamos un cuestionado artículo 11 pues cabe recordar la necesidad de que el empleador asuma los costes del teletrabajo y que corresponde a la persona trabajadora acreditar los gastos del teletrabajo a la empresa para poder cobrarlos, esto es, el trabajador debe justificar que dichos gastos son por razón del trabajo *-y no incluir gastos de otras personas o familiares que vivan en el mismo domicilio donde se desarrolla el teletrabajo-*; indicándose expresamente en dicho precepto que la persona trabajadora a distancia tiene derecho a la dotación suficiente y al mantenimiento de medios, equipos y herramientas, de modo que la empresa debe proporcionarle todos los medios, equipos y herramientas necesarios para el desarrollo de la actividad online y le debe garantizar la atención técnica precisa en el caso de dificultades técnicas a la hora de teletrabajar. Y, todo ello, de acuerdo con el inventario incorporado en el acuerdo y en los términos establecidos, en su caso, en el convenio o acuerdo colectivo de aplicación.

3. FALLO DEL TRIBUNAL, RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA Y ALCANCE DE LA SENTENCIA DE 2024

El FALLO de la sentencia vino a poner de manifiesto cómo debía entenderse que, una vez que la empresa efectuó el despliegue de los medios tecnológicos necesarios para prestar el teletrabajo *-tal y como se constata en el correo electrónico reproducido y que databa de 19 de marzo de 2020-*, aquella circunstancia que motivó la concesión de la cuantía de 1 euro por hora teletrabajada se desvanecía y, por ende, también lo hacía y dejaba de tener sentido la percepción de dicha cantidad. Pues tras esa fecha, la empresa ya disponía de los medios necesarios para que su plantilla teletrabajase, regulándose el teletrabajo como medio preferente y en el que el director general comunicaba que la empresa preveía unos incentivos durante el tiempo que se estuviesen teletrabajando de un 5 por ciento más de salario bruto y 10 minutos por cada hora de descanso, remunerado durante los meses de marzo y abril.

De ahí que, como reza en el fallo, el TS estimara el recurso de casación interpuesto por el letrado, actuando en representación de Mst Expert Knowledge

S.L. Del mismo modo, que revocase la resolución judicial dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 122/2021 de fecha 25 de mayo de 2021 en actuaciones sobre conflicto colectivo 420/2020, desestimando la demanda formulada por la Federación de Servicios CCOO contra Federación de Servicios, Movilidad y Consumo de UGT (FESMC-UGT), Confederación General de Trabajo (CGT), Mst Expert Knowledge S.L.

Por lo que se refleja que la falta de una regulación específica sobre teletrabajo *-en el momento de la adopción de la medida-*⁴, contribuyó a la confusión respecto a su carácter, pero la posterior formalización de acuerdos y la dotación de recursos por parte de la empresa, demostraron la intención de revertir la situación excepcional y normalizar las condiciones de trabajo. Cabe recordar, pues, que la STS de 27 de febrero de 2024, aborda un supuesto complejo y excepcional dado que, antes de decretarse la pandemia por el coronavirus, la mayor parte de empresas en España no tenían incorporado el teletrabajo o trabajo a distancia, y que la aceptación de dichos términos por parte de los trabajadores no era sino la propia exigencia de voluntariedad del teletrabajo, que en aquel momento carecía de regulación, más allá de la referencia del Acuerdo Marco sobre Teletrabajo de 2002.

Y, todo ello, lo acordó el Alto Tribunal conforme a la interpretación de lo establecido en el FD N° 3º - *in fine*- de dicha resolución judicial, y que podemos resumir en lo que sigue:

1º La medida de 6 de marzo de 2020 no tenía vocación de permanencia, sino que venía motivada por las circunstancias excepcionales de la pandemia, que imponían la necesidad de introducir el teletrabajo como medio de organización del trabajo que permitía la prestación del servicio y, que sin embargo, la empresa no contaba con los medios para su implementación al teletrabajador.

2º La aceptación por parte del trabajador no era sino un requisito inherente a la propia naturaleza voluntaria del teletrabajo, pero no puede interpretarse como una medida que obligase a la empresa a abonar la cantidad de 1 euro por hora teletrabajada más allá de aquel limitado, repentino y excepcional contexto en que se adoptó, puesto que ello no se ajustaría al propio condicionante de su adopción: la falta de medios de la empresa para la aplicación del teletrabajo.

3º La realidad es que la propia sentencia recurrida constata todo lo anterior, cuando sostiene textualmente que: *“El día 6 -3-2020 y debido al aumento de los contagios derivados del COVID 19 el empleador efectúa una oferta a la plantilla para prestar servicios en régimen de trabajo a distancia, en virtud de la cual*

⁴ Rodríguez-Pasquín, M.; García-Luque, O. y López-Martínez, M.: “Digitalización y teletrabajo en tiempos de pandemia: diferentes mediciones y análisis”, *Revista Política y Sociedad. Ediciones Complutense*, Vol. 61, n° 3, 2024, pp. 1-16.

el trabajador ponía los medios necesarios para realizar tal actividad-equipo informático, teléfono y línea móvil, conexión a internet...- comprometiéndose el empleador a compensar dicho acopio de medios por parte del trabajador con un euro por cada hora prestada en dicho régimen de prestación de servicios”.

4º Se considera, por ende, que una vez la empresa efectúa el despliegue de los medios necesarios para prestar el teletrabajo, aquella circunstancia que motivó la concesión de la cuantía de 1 euro por hora teletrabajada se desvanece y la percepción de esta cantidad pierde su causa. Es decir, desde el momento en que es la empresa y no el trabajador quien pone los medios para el teletrabajo, desaparece la razón de ser de la percepción del euro por hora trabajada, que se vinculaba a la aportación de los medios por el propio trabajador.

En suma, se puede concluir que en el supuesto examinado de 2024, el Alto Tribunal recalca que la aceptación por parte del trabajador no era sino un requisito inherente a la propia naturaleza voluntaria del teletrabajo; sin embargo, no podía interpretarse como una medida que obligase a la empresa a abonar la cantidad de 1 euro por hora teletrabajada más allá de aquel repentino contexto de pandemia en que se adoptó, puesto que ello no se ajustaría al propio condicionante de su adopción, esto es, la falta de medios de la empresa para la aplicación del teletrabajo. Por lo que tal *compensación no constituyó una condición más beneficiosa, sino una medida temporal vinculada a circunstancias excepcionales* como la vivida en pandemia.

Por todo ello, entendemos que la sentencia examinada establece un precedente importante sobre la necesidad de definir claramente la naturaleza temporal de beneficios adicionales concedidos en situaciones extraordinarias, tales como la vivida en tiempos de pandemia a causa del coronavirus. Al tiempo que dicha resolución resalta la importancia de formalizar acuerdos explícitos entre empleadores y trabajadores, estableciendo los términos y condiciones de cualquier beneficio adicional de manera transparente, para evitar conflictos legales en el futuro; así como refleja la necesidad de una regulación detallada en materia de teletrabajo para garantizar la seguridad jurídica de ambas partes en la relación laboral.

**EL ALCANCE DE LA AMPLIACIÓN COMUNITARIA DE LA
EQUIPARACIÓN DE CONDICIONES LABORALES ***

***THE SCOPE OF THE COMMUNITY EXTENSION OF THE
EQUALIZATION OF WORKING CONDITIONS***

Sentencia TJUE de 24 de octubre de 2024 (asunto C-441/23)

ECLI:EU:C:2024:916

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ **

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora es contratada por Leadmarket, SL para dar respuesta a un contrato de prestación de servicios entre esta última sociedad y Microsoft Iberica, SL; esquema básico de cualquier relación triangular vehiculada a través de la figura de la subcontratación laboral. Durante el embarazo de la trabajadora, el empresario comitente comunica al contratista la finalización del encargo interempresarial. Tras los correspondientes permisos vinculados a la maternidad, el empleador despide a la trabajadora, alegando causas objetivas ante la pérdida de encargos.

RESUMEN: Mediante la sentencia objeto de análisis, el Alto Tribunal europeo propone una lectura amplia del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, específicamente de la regla de equiparación de condiciones laborales, a través de una interesante interpretación de los conceptos “empresa de trabajo temporal” y “trabajo a través de empresas de trabajo temporal”. Resulta, por tanto, necesario evaluar el verdadero alcance de dicha ampliación, así como su eventual impacto en el ordenamiento jurídico español.

Como se comprobará en las siguientes páginas, la interpretación propuesta por el Tribunal permite aplicar la Directiva 2008/104/CE -y la correspondiente regla de equiparación de condiciones laborales- a supuestos de puesta a

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación PID2022-139488OB-I00 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 y “FEDER Una manera de hacer Europa”. A su vez, el estudio recoge parte de los resultados de la estancia de investigación realizada en la *Università di Bologna* financiada por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (EST24/00650).

** Personal investigador en formación FPU.

disposición en los que el sujeto cedente no ostente la condición de empresa de trabajo temporal válidamente celebrada; lo que, en definitiva, constituye una cesión ilegal de trabajadores según la tradición jurídica española. Tal extremo pone el foco de atención en las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores y, más concretamente, en la determinación del *quantum* salarial a efectos del cálculo de diferencias salariales y/o posteriores indemnizaciones. Sin embargo, la extensión de la equiparación de condiciones laborales a las contratas y subcontratas -válidamente celebradas- parece escapar de la literalidad de la sentencia.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NÚCLEO DEL DEBATE JURÍDICO
3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO EUROPEO
4. RELATO FÁCTICO
5. ÍTER PROCESAL
6. PUESTA A DISPOSICIÓN, CESIÓN ILEGAL Y SUS CONSECUENCIAS
 - 6.1. Aplicación de la Directiva
 - 6.2. Existencia de puesta disposición
 - 6.3. Equiparación de condiciones laborales
 - 6.3.1. *Posición del Tribunal*
 - 6.3.2. *Régimen jurídico español*
 - 6.3.3. *Compatibilidad entre la posición del Tribunal y el régimen jurídico español*
 - 6.3.4. *Recepción por el órgano jurisdiccional remitente*
7. NULIDAD DEL DESPIDO E INDEMNIZACIÓN POR DISCRIMINACIÓN
 - 7.1. Inadmisión por parte del Tribunal
 - 7.2. Respuesta del TSJ
8. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La locución “El trabajo no es una mercancía” encabeza el listado de principios fundamentales recogidos en la Declaración de Filadelfia. Se trata de un principio general del Derecho (del Trabajo), de incontrovertida relevancia jurídico-dogmática, que justifica, junto a otros principios y valores, la necesidad de deslindar el ámbito de las relaciones laborales del conjunto de normas civiles¹. Si bien el régimen jurídico laboral en su conjunto refleja una evidente “desmercantilización” del trabajo por cuenta ajena, la locución “el trabajo no es una mercancía” se hace especialmente patente en el ámbito de la descentralización productiva, en general, y en la interdicción de cesión de trabajadores, en particular.

El presente comentario versa sobre una de las últimas novedades judiciales en materia de cesión ilegal de trabajadores; institución indisolublemente unida

¹ No por breve deja de ser interesante, sobre la relación entre la normativa civil y la laboral, Vivero Serrano, J.B. “El Derecho del Trabajo o el Derecho Civil: ¿lo que más convenga?”, *Briefs AEDTSS*, 2024, disponible en: <https://www.aedtss.com/el-derecho-del-trabajo-o-el-derecho-civil-lo-que-mas-convenga/>

al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, así como al trabajo subcontratado. La litigiosidad en materia de cesión ilegal de trabajadores es sumamente elevada; resultado nada sorprendente si se tiene en cuenta, por un lado, el elevado casuismo fáctico y, por otro lado, el complejo marco normativo aplicable.

En esta ocasión, se ha optado por analizar un pronunciamiento sobre cesión de trabajadores dimanante de la esfera europea. Como se ha planteado desde la doctrina, el establecimiento de limitaciones y restricciones a la contratación y subcontratación de obras y servicios (y, añadimos nosotros, a cualquier herramienta de descentralización productiva) “deberá tomar en consideración las regulaciones europea y nacional expuestas y la interpretación que de las mismas vienen haciendo la jurisprudencia europea y constitucional”².

Por ende, se propone revisar un reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, a partir de este punto) que pivota en torno a la interpretación de Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Se trata de la STJUE 24-10-2024 (asunto C-441/23), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TJUE Madrid; órgano que, en enero de 2025, dictó la correspondiente sentencia en sede de suplicación, lo que justificaría la idoneidad temporal del presente estudio.

2. NÚCLEO DEL DEBATE JURÍDICO

En esencia, la cuestión prejudicial versa sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104/CE. Más concretamente, el núcleo del debate reside en dilucidar si la anteriormente mencionada Directiva debe ser aplicada en un supuesto de cesión de trabajadores que, sin embargo, no ha sido instrumentalizado a través de una empresa de trabajo temporal debidamente autorizada. En caso afirmativo, el hecho de que el sujeto cedente no esté formalmente constituido como empresa de trabajo temporal no excluiría la aplicación de la Directiva.

No sería descabellado afirmar que la equiparación de condiciones laboral constituye una de las principales consecuencias del régimen jurídico europeo y español sobre empresas de trabajo temporal. Desde el punto de vista de la normativa española, las primeras versiones del art. 11 LETT ya se aproximaban, aun de manera tímida, a la equiparación de condiciones laborales entre los trabajadores cedidos a través de la ETT y los trabajadores de la empresa usuaria³. Sin embargo,

² Pérez de los Cobos Orihuel, F. “Las libertades económicas y la regulación laboral de la contratación y subcontratación de obras y servicios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 229, 2020, pp. 23-41.

³ El art. 11 LETT, en su redacción original de 1994, planteaba la aplicación subsidiaria del convenio colectivo de la empresa usuaria como mínimo retributivo. La reforma introducida por la Ley 29/1999, de 16 de julio, supuso un avance en la dirección de la equiparación de condiciones

la verdadera equiparación de condiciones esenciales de trabajo y empleo, tal y como se conoce en la actualidad, se introduce en nuestro ordenamiento mediante el RD-ley 10/2010, de 16 de junio, que transpone algunos aspectos de la Directiva 2008/104/CE, entre los que se encuentran el referido al principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por las empresas de trabajo temporal y los trabajadores de las empresas usuarias. En resumen, si bien la normativa española sobre empresas de trabajo temporal previa a la Directiva reconocía la necesidad de aproximar las condiciones, en este caso retributivas, entre trabajadores directos y cedidos, la verdadera equiparación de condiciones laborales proviene de la esfera europea, mediante la transposición de las obligaciones impuestas por la Directiva 2008/104/CE.

Como mero apunte, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores cedidos mediante la selección del convenio colectivo aplicable -propuesta por la inicial normativa española sobre empresas de trabajo temporal- coincide con la opción legislativa que, casi tres décadas más tarde, se ha propuesto en el ámbito de la subcontratación; como se desprende del actual art. 42.6 ET⁴. En este contexto, entre la doctrina laboralista aumentan progresivamente las posiciones a favor de la equiparación de condiciones laborales en materia de subcontratación, siguiendo la estela del trabajo a través de las empresas de trabajo temporal⁵. Se ha barajado la opción de extender el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, y en concreto la equiparación de condiciones laborales, al trabajo subcontratado⁶. Siguiendo tal línea argumentativa, se ha sostenido que

salariales. En breve, la referencia del convenio colectivo de la empresa usuaria dejó de ser subsidiaria, de tal modo que “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los periodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria”.

⁴ AL respecto, véase Esteve Segarra, A. *El convenio colectivo aplicable en situaciones de contratación y subcontratación*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2023. Recientemente, Ferradans Caramés, C. “El inacabado debate sobre la determinación del convenio colectivo aplicable a las contrataciones de obras y servicios en materia salarial” en Cruz Villalón, J. Rodríguez Ramos, P. (dirs.) *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi, Madrid, 2025, pp. 551-590.

⁵ Con carácter reciente, en esta dirección, Sala Franco, T. Nores Torres, L.E. “La reforma de la normativa reguladora de la subcontratación” en Sala Franco, T. (dir. y coord.), *Reflexiones acerca de un Estatuto del Trabajo para el Siglo XXI*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 214-230.

⁶ Beltrán de Heredia Ruiz, I. “¿Directiva 2008/104 relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal: ¿es aplicable a las multiservicios?”, *Revista de Derecho VLex*, núm. 156, 2017.

el pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo objeto de análisis podría ser interpretado en esta dirección⁷.

Sobre la base de lo anterior, a través del presente comentario se pretende examinar de manera exhaustiva la STJUE 24-10-2024 (asunto C-441/23), con el propósito de evaluar su verdadero alcance en la normativa española. Con tal propósito, se llevará a cabo una revisión de los antecedentes jurisprudenciales en el ámbito europeo; para posteriormente ofrecer una síntesis del relato fáctico objeto del litigio, así como de los antecedentes procesales. Lo anterior permitirá obtener una mejor comprensión de la fundamentación jurídica planteada por el Tribunal de Luxemburgo y la recepción de la misma por parte de los Tribunales españoles.

3. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN EL ÁMBITO EUROPEO

Siguiendo la metodología recién expuesta, previo análisis de la STJUE 24-10-2024, conviene revisar, aun de forma breve, ciertas resoluciones judiciales previas en la materia. Sin pretensión de exhaustividad, es posible afirmar que el pronunciamiento objeto de comentario se inserta en un contexto de progresiva ampliación del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal desde la esfera europea.

Entre el considerable número de pronunciamientos del Tribunal de Luxemburgo sobre empresas de trabajo temporal, convendría destacar dos sentencias cuya doctrina parece ensanchar los contornos del correspondiente régimen jurídico: la STJUE 17-11-2016 (C-216/15) (ECLI:EU:C:2016:883) y la STJUE 22-2-2024 (C-649/22) (ECLI:EU:C:2024:156). A nivel panorámico, la primera resolución plantea una interesante aportación respecto al ámbito de aplicación, mientras que la segunda, por su parte, versa sobre el alcance de las consecuencias jurídicas, específicamente sobre los elementos que deben ser objeto de equiparación salarial.

Respecto a esta última, la STJUE 22-2-2024 (C-649/22) consolida la interpretación amplia del concepto de “remuneración”, uno de los elementos basilares que componen el concepto de “condiciones esenciales de trabajo y empleo” del art. 5 de la Directiva. De tal forma, el Tribunal europeo concluye que una indemnización anudada al reconocimiento de una incapacidad permanente total, configurada convencionalmente como mejora voluntaria, encaja en el concepto

⁷ Beltrán De Heredia Ruiz, I. “Los trabajadores de una empresa contratista pueden reclamar las condiciones laborales de la principal si están bajo su poder de dirección y control (STJUE 24/10/24)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (blog del autor), 2024, disponible en: <https://ignasibeltran.com/2024/10/25/los-trabajadores-de-una-empresa-contratista-pueden-reclamar-las-condiciones-laborales-de-la-principal-si-estan-bajo-su-poder-de-direccion-y-control-stjue-24-10-24/>

de “condición esencial de trabajo y empleo”. En el caso de autos, tal interpretación ocasiona la equiparación de condiciones laborales que, a efectos prácticos, obliga a acudir al convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, en este caso un convenio sectorial provincial de transporte y no el convenio sectorial estatal de las empresas de trabajo temporal.

Por su parte, la STJUE 17-11-2016 (C-216/15) también propicia una ampliación de la normativa europea sobre empresas de trabajo temporal, pero esta vez desde el prisma del supuesto de hecho. Brevemente, el citado pronunciamiento interpreta el concepto de “trabajador” en el marco de la Directiva 2008/104/CE. En suma, el Alto Tribunal propone una lectura amplia del concepto de “trabajador” que permite incluir a los miembros de una asociación, concretamente una Hermandad de enfermeras de la Cruz Roja de Alemania, que son periódicamente cedidas a diversas instituciones sanitarias, bajo la dirección y control de estas últimas.

En definitiva, la sentencia analizada en el presente comentario continúa la estela de los pronunciamientos anteriores orientados a extender los contornos de la protección europea en materia de empresas de trabajo temporal. En este supuesto, dicha extensión se plantea en torno al ámbito de aplicación, mediante la interpretación de los conceptos “empresas de trabajo temporal” y “trabajo a través de empresas de trabajo temporal”.

4. RELATO FÁCTICO

Desde una perspectiva panorámica, el supuesto de hecho origen del litigio representa una relación triangular clásica vehiculada a través de la figura de la subcontratación laboral. Atendiendo a los sujetos intervinientes, es posible distinguir un empresario comitente, Microsoft Iberica, SL, un empresario contratista, Leakmarket, SL, y la correspondiente trabajadora. Atendiendo a las relaciones contractuales, los empresarios comitente y contratistas han celebrado, con fecha 1 de agosto de 2017, un contrato de prestación de servicios, entendemos que de naturaleza mercantil. Como consecuencia, la empresa contratista celebró un contrato laboral con la trabajadora, con el objetivo de “desempeñar para esta última sociedad (Microsoft Iberica, SL) labores de *marketing* no desarrolladas por ninguno de sus trabajadores”.

No obstante, al observar el supuesto de hecho desde una perspectiva detallada, surgen diversos elementos que aumentan la complejidad fáctica del litigio. Si bien todos los hechos influyen, en mayor o menor medida, en la resolución de la sentencia, no todos son objeto de controversia entre las partes.

Respecto a los hechos relevantes, pero no controvertidos, cabría destacar dos singularidades del supuesto de hecho. Primero, la relación triangular anteriormente

expuesta estuvo precedida por diversas relaciones de subcontratación. Con anterioridad a la relación laboral con Leakmarket, SL, la trabajadora fue contratada por Ommitel Comunicaciones, SL y por Indi Marketers, SL. Como nexo común, a pesar de que el empleador cambió sucesivamente, la trabajadora siempre estuvo adscrita a la prestación de servicios contratada entre los contratistas y Microsoft Iberica, SL. Segundo, con anterioridad incluso a la primera relación de subcontratación, la trabajadora realizó un periodo de prácticas profesionales en Microsoft Iberica SL. Como se anunció anteriormente, tales características no representan hechos controvertidos en el litigio. De hecho, la sentencia que resuelve el recurso de suplicación -objeto de posterior análisis- alude expresamente a esta cuestión, afirmando que “resulta irrelevante lo sucedido con contratas anteriores, puesto que si representan cesión de mano de obra lo único que podríamos decir es que aquella cesión finalizó en su momento sin haber reclamado contra la misma en tiempo”.

A diferencia de los elementos anteriores, la siguiente singularidad sí será objeto de controversia entre las partes, protagonizando varias cuestiones prejudiciales y un motivo del recurso de suplicación. Se trata del embarazo de la trabajadora y la posterior extinción de su contrato. Durante el embarazo, el empresario comitente informó al contratista acerca de la finalización del contrato interempresarial por razones presupuestarias a partir del 30 de septiembre de 2020. El 22 de septiembre, la trabajadora inició una situación de incapacidad temporal. Tras dar a luz, el 8 de diciembre de 2020, comenzó su permiso de descanso por nacimiento y cuidado del menor, al que se unió un posterior permiso por lactancia, así como el disfrute de las vacaciones anuales. El 29 de abril de 2021, cuando debía producirse la reincorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo, Leadmarket, SL comunicó la extinción del contrato, sobre la base de causas objetivas ante la disminución de la demanda ante la “caída” de proyectos.

5. ÍTER PROCESAL

Ante la extinción contractual recién descrita, la trabajadora interpone una demanda, solicitando, por un lado, la nulidad del despido y, subsidiariamente, su improcedencia y, por otro lado, la condena solidaria de los empresarios contratante y contratista.

El Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid, mediante sentencia de 30 de noviembre de 2021, absuelve a Microsoft Ibérica, SL, al descartar la cesión ilegal de trabajadores. Por su parte, calificó el despido como nulo, condenando a Leadmarket, SL a abonar los salarios de tramitación y la correspondiente compensación por las vacaciones devengadas y no disfrutadas. Sin embargo, el Juzgado de

lo Social rechazó el abono de la indemnización fundada en la discriminación por razón de maternidad.

Contra dicha resolución, la trabajadora interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en lo que sigue) de Madrid alegando la existencia de cesión ilegal de trabajadores.

Prevía resolución del recurso, el TSJ madrileño plantea una cuestión prejudicial, mediante el Auto 7-6-2023 (rec. 1225/2022). La respuesta a dicha cuestión prejudicial representa el pronunciamiento judicial objeto de comentario, la STJUE 24-10-2024 (asunto C-441/23). Tras ello, el órgano remitente dicta la correspondiente resolución que resuelve el recurso de suplicación planteado por la trabajadora, la STSJ Madrid 29-1-2025 (rec. 1225/2022) (ECLI:ES:TSJM:2025:1165); mediante la que, por un lado, reconoce la existencia de cesión ilegal de trabajadores y, por otro, impone la indemnización adicional por discriminación; condenando solidariamente a los empresarios comitentes y contratistas.

6. PUESTA A DISPOSICIÓN, CESIÓN ILEGAL Y SUS CONSECUENCIAS

La controversia judicial se articula en torno a dos cuestiones diferenciadas. Por un lado, la existencia de cesión ilegal y sus consecuencias jurídicas y, por otro lado, la imposición de una indemnización por vulneración de derecho fundamentales adicional a la nulidad del despido. Las cuestiones prejudiciales se organizan en torno a tales extremos, de tal modo que las tres primeras se refieren a la primera cuestión, dedicándose las dos últimas a la segunda. A continuación, se abordará la primera de tales incógnitas, esto es, el marco jurídico aplicable ante una supuesta cesión ilegal.

6.1. Aplicación de la Directiva

Respecto al primer núcleo temático, la primera cuestión prejudicial versa sobre el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/104/CE. El órgano jurisdiccional remitente plantea si la Directiva sobre empresas de trabajo temporal es aplicable cuando el sujeto cedente no disponga de autorización administrativa y, por lo tanto, no esté válidamente constituido como empresa de trabajo temporal conforme al Derecho interno, en este caso, conforme al Derecho español.

El art. 1 de la norma europea reconoce que la norma será de aplicación “a todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se ponga a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su dirección y control”. Por consiguiente, el ámbito de aplicación de la Directiva alude a variedad de conceptos, tales como “empresas de trabajo temporal” o “empresas usuarias”. El Tribunal de

Luxemburgo comienza analizando el concepto de “empresa de trabajo temporal”, positivizado en el art. 2.1 b) de la Directiva. Como mera observación, diversos conceptos recogidos en el art. 2.1, tales como “trabajador cedido”, “empresa usuaria” y “misión”, a su vez se remiten al concepto de “empresa de trabajo temporal”. En esencia, el ámbito de aplicación de la Directiva se vertebra sobre el propio concepto de “empresa de trabajo temporal”.

La definición comunitaria de “empresa de trabajo temporal” no hace mención a la preceptiva autorización administrativa exigida por la legislación española. Una empresa de trabajo temporal, en concordancia con el art. 2.1 b), debe ser considerada “toda persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas”. En todo caso, sería plausible interpretar que la exigencia de conformidad con el Derecho nacional presupone o exige el respeto a la regulación interna sobre empresas de trabajo temporal.

Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo, en su considerando 33, aclara que la alusión a la conformidad con el Derecho nacional se vincula con la correcta celebración de los contratos de trabajo o, en general, el modo en el que se configuren las relaciones laborales. En el considerando 35, el Tribunal afirma expresamente que ningún elemento de la definición anteriormente analizada exige la necesidad de disponer de una autorización administrativa.

Además de abordar la definición de empresa de trabajo temporal, el TJUE realiza una interesante labor hermenéutica, reflexionando acerca de los perjuicios de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a aquellos sujetos cedentes que carezcan de autorización administrativa. Admitir lo anterior implicaría, como recoge el considerando 41, fragmentar la protección de los trabajadores cedidos, en función de si cada Estado miembro plantea o no la exigencia de autorización. Adicionalmente, afirma el Tribunal, la inaplicación de la normativa en cuestión como consecuencia de la falta de autorización menoscabaría el efecto útil de la Directiva, al restringir de forma excesiva e injustificada su ámbito de aplicación.

Sobre la base de lo anterior, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial confirmando la aplicación de la Directiva 2008/104/CE, aunque el sujeto cedente no esté reconocido por el Derecho doméstico como empresa de trabajo temporal, en este caso, al no disponer de autorización administrativa.

Sea como fuere, convendría subrayar que las reflexiones del Alto Tribunal europeo no son completamente novedosas desde el prisma español. Téngase en cuenta que es posible localizar argumentaciones similares -si no idénticas- dimanantes de órganos jurisdiccionales de nuestro país. Expresamente, la SAN

30-5-2014 (rec. 90/2014) (ECLI:ES:AN:2014:2368), sostiene que “la Directiva es aplicable a cualquier empresa, independientemente de que tenga o no autorización administrativa o esté formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores”. Ambas interpretaciones judiciales, tanto la nacional como la comunitaria, permitirían declarar que el ámbito de aplicación de la Directiva no se limita al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, como reza el título de la norma, sino que abarca genéricamente al trabajo puesto a disposición, se instrumentalice o no a través de los correspondientes cauces legales.

6.2. Existencia de puesta disposición

Con la segunda cuestión prejudicial, el órgano remitente se pregunta si el concepto de “trabajo a través de empresas de trabajo temporal” comprende un escenario como el descrito en el relato fáctico, en el que supuestamente se produce una puesta a disposición por una empresa que no está reconocida formalmente como tal.

A nuestro modo de ver, la segunda cuestión prejudicial parte de una premisa conflictiva dado que su respuesta parece exigir la valoración judicial del supuesto de hecho. Por tal razón, una de las partes demandadas, el empresario comitente, solicita la inadmisibilidad de esta cuestión prejudicial. Sin embargo, el Tribunal sí admite la cuestión dado que, si bien reconoce su incompetencia para valorar elementos fácticos, considera que la respuesta a tal incógnita requiere la interpretación de diversas definiciones de la Directiva, tales como “empresas de trabajo temporal”, “trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal” y “empresa usuaria”.

Siguiendo la apreciación anterior, el Alto Tribunal reconoce que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional realizar las valoraciones fácticas, es decir examinar si, en el concreto supuesto de hecho, las funciones de dirección y control han sido asumidas por el empresario contratista, empleador de la trabajadora o, en contraposición, por el empresario que realizó el encargo; produciéndose en este último escenario una puesta a disposición. Sin embargo, el Tribunal sí se considera competente para “aportar precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional remitente en su interpretación”.

En esta dirección, sin entrar a valorar la cuestión en su conjunto, el Tribunal examina diversos elementos fácticos relativos a la relación entre el trabajador y su empleador; en particular dos: la recepción de un informe mensual sobre la actividad del trabajador emitido por la empresa comitente y la facultad de aprobar vacaciones y permisos. Respecto al primer aspecto, a nuestro juicio, el TJUE no ofrece una respuesta demasiado clarificadora. Como se recoge en el considerando

59, el hecho de que la empresa cliente remita un informe mensual sobre la actividad del trabajador podría ser una circunstancia que deba tomarse en consideración, pero “en función del objeto específico perseguido por ese informe”. Mayor interés hermenéutico ofrece la reflexión en torno al segundo indicio, vinculado a la potestad para aprobar vacaciones y permisos. El TJUE sostiene que el hecho de que el empleador asuma la facultad de aprobar vacaciones y permisos no pone en entredicho “la realidad de la dirección y el control asumidos”; lo que implicaría que un empresario aparente o presunto puede establecer las vacaciones y permisos, aunque materialmente no asuma la dirección y control y viceversa.

En otro orden de cosas, resulta llamativa la ausencia de cualquier referencia por parte del Tribunal europeo a diversos aspectos mencionados en la cuestión prejudicial. En la formulación de la segunda cuestión prejudicial, el órgano remitente subraya los siguientes hechos: por un lado, la prestación de servicios se concentra en atender a los clientes de la empresa comitente, contactando frecuentemente con sus responsables para resolver incidencia y, por otro lado, la trabajadora debe acudir una vez por semana al centro de trabajo del empresario comitente, quien además le proporciona el ordenador mediante el cual se llevaba a cabo el trabajo. Desde el Derecho del Trabajo español, tales elementos podrían relacionarse con la ajenidad en el mercado⁸, por un lado, y con la ajenidad en los medios, por otro⁹.

A pesar de lo anterior, el Tribunal carece de competencia para examinar quién ostenta las facultades de dirección y control en el concreto supuesto de hecho, aceptando o descartando así la existencia de puesta a disposición de trabajadores. Por tanto, la respuesta a la cuestión prejudicial se limita a confirmar que el concepto de “trabajo a través de empresas de trabajo temporal” abarca un supuesto en el que un sujeto cedente pone a un trabajador a disposición de otro sujeto, bajo la dirección y control de este último; obviando cualquier alusión a la constitución de una empresa de trabajo temporal.

En consecuencia, si el órgano jurisdiccional nacional confirma que la posición de empleador era asumida, no por su empleador formal, la empresa contratista, sino por el empresario comitente, es decir, si confirma la existencia de puesta a disposición, tal escenario sí encajaría en el concepto comunitario de

⁸ Una de las propuestas más anticipadas al respecto, Alarcón Caracuel, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, 495-544.

⁹ Se trata de uno de los indicios que con mayor asiduidad ha sido barajado por el TS español para apreciar la existencia de cesión ilegal, véase entre otras SSTs 19-1-1994 (ECLI:ES:TS:1994:104); 3-10-2005 (ECLI:ES:TS:2005:5833); 15-4-2010 (ECLI:ES:TS:2010: 2480). No es de extrañar, por tanto, que este sea uno de los indicios que fue positivizado en el art. 43.2 ET tras la reforma operada por la Ley 43/2003: “(...)no cuente con los medios necesarios para desarrollar su actividad”.

“trabajo a través de una empresa de trabajo temporal”, a pesar de que el sujeto cedente no esté constituido formalmente como empresa de trabajo temporal.

6.3. Equiparación de condiciones laborales

6.3.1. Posición del Tribunal

Aparentemente, menor conflictividad plantea la tercera cuestión prejudicial; característica que se desprende, entre otros factores, de la reducida extensión de la respuesta por parte del Tribunal. Una vez confirmada la aplicación de la Directiva 2008/104/CE al supuesto de hecho y admitiendo una hipotética puesta a disposición, extremo que deberá ser valorado por el órgano nacional remitente, se cuestiona si el salario de la trabajadora presuntamente cedida debe ser equivalente al que le correspondería si hubiera sido contratada por el empresario comitente. En definitiva, se plantea la aplicación del art. 5.1 de la Directiva que contiene la equiparación de condiciones esenciales de trabajo y empleo entre los trabajadores de la empresa cedente y usuaria.

Ante esta incógnita, el Tribunal responde que “un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria debe percibir un salario al menos igual al que hubiera percibido si hubiera sido contratado directamente por dicha empresa”. Tal afirmación aparentemente sencilla requiere, a priori, dos apreciaciones básicas. Primero, y aunque pudiera parecer reiterativo, la equiparación de condiciones laborales, en este caso retributivas, está condicionada a la confirmación de la existencia de puesta a disposición por parte del Tribunal nacional. Segundo, en línea con la doctrina expuesta, la respuesta a la tercera cuestión presupone una lectura amplia del concepto de “empresa de trabajo temporal”, comprensiva de aquellas situaciones en las que la empresa cedente no ha sido válidamente constituida conforme a la legislación nacional.

A pesar de la aparente sencillez de la presente cuestión prejudicial, reside en ella la principal aportación de la sentencia objeto de comentario. A nuestro juicio, la aplicación de la equiparación de condiciones laborales a un supuesto de puesta a disposición por parte de un sujeto que no ostenta la condición de empresa de trabajo temporal podría influir en las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores.

6.3.2. Régimen jurídico español

Resulta necesario poner en conexión el concepto de puesta a disposición barajado por el Tribunal de Luxemburgo con el Derecho del Trabajo español. La regulación española sobre cesión ilegal de trabajadores y empresas de trabajo temporal se configura en torno a un sistema dual en el que, como norma general,

la puesta a disposición de trabajadores está prohibida, salvo que sea llevada a cabo por una empresa de trabajo temporal válidamente constituida. Ante este esquema jurídico, la conclusión alcanzada por el Tribunal presupone que la equiparación de condiciones laborales podría ser aplicada ante cualquier puesta a disposición, sea considerada legal -trabajo a través de empresas de trabajo temporal- o ilegal -cesión ilegal de trabajadores.

La equiparación de condicionales laborales se ha consolidado como un elemento basilar del régimen jurídico comunitario y nacional de las empresas de trabajo temporal, vid. art. 5 Directiva 2008/104/CE y art. 11 LETT¹⁰. Sin embargo, la extensión de la regla de equiparación a los supuestos de cesión ilegal de trabajadores sí supondría una novedad en la materia. Coincidimos con el DURÁN en que la novedad sería relativa “porque ello ya podría sostenerse con una interpretación razonable del art. 43 ET”¹¹. Sin embargo, no por relativa, dicha novedad -o, mejor dicho, su confirmación por parte del TJUE- no deja de ser relevante. La equiparación de condiciones laborales en supuestos de puesta a disposición llevados a cabo por sujetos distintos de empresas de trabajo temporal pone el foco de atención en un aspecto de suma enjundia jurídica, como son las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores y, más concretamente, la determinación del módulo salarial de referencia.

Declarada judicialmente la cesión ilegal, deviene esencial determinar el módulo salarial de referencia; aspecto del que se derivan diversas repercusiones, tales como el cálculo de indemnizaciones y salarios de tramitación e incluso eventuales diferencias salariales, si se considera que el trabajador debería haber sido retribuido, no conforme al módulo salarial del empresario aparente, sino del empresario real.

Desde el punto de vista legal, el art. 43 ET alberga las consecuencias jurídicas -laborales, al margen de las administrativas y penales- de la cesión ilegal de trabajadores. A nivel esquemático, es posible diferenciar, por un lado, la imposición de responsabilidad solidaria a los sujetos cedente y cesionario respecto a las obligaciones laborales y de Seguridad Social y, por otro lado, el derecho de adquirir la condición de fijo en la empresa cedente o cesionaria, a elección del trabajador. En relación con esto último, la norma laboral, en concreto el art. 43.4 *in fine* ET, afirma que “los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un

¹⁰ Las contiendas judiciales no se suelen centrarse en la aplicación o exclusión de la regla de equiparación en su conjunto, sino en la eventual inclusión de un determinado concepto. Véase de ejemplo la anteriormente mencionada STJUE 2024.

¹¹ Durán López, F. “Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores, a propósito de la reciente sentencia del TJUE”, *Publicaciones Garrigues*, 2024, disponible en: https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/prestacion-servicios-empresas-cesion-trabajadores-proposito-reciente-sentencia-tjue

trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo”. Se trata de la única referencia estatutaria al módulo salarial en el ámbito de la cesión ilegal de trabajadores. Ante la escueta redacción legal, convendría detenerse en torno a dos elementos interpretativos. En primer lugar, la norma hace alusión al trabajador que decide integrarse en la empresa cesionaria, empleador real, lo que permite deducir que, si el trabajador opta por continuar en la empresa cedente, en caso de existir, no se aplicará las condiciones de la empresa cedente. En segundo lugar, la norma está redactada en futuro (“serán los que correspondan”), lo que obliga a cuestionar si el módulo salarial de la empresa cesionaria también debe ser aplicado para posibles diferencias salariales. Ante este contexto, sería posible concluir que el art. 43 ET no ofrece una respuesta exhaustiva respecto a la determinación del *quantum* salarial de referencia en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

La jurisprudencia ha abordado, en diversas ocasiones, la incógnita derivada del anterior panorama legal. Sin pretensión de exhaustividad, resulta importuno destacar dos pronunciamientos de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo que afrontan la problemática en liza¹². La STS 17-3-2015 (rec. 381/2014) (ECLI: ES:TS:2015:1378) confirma la existencia de una cesión ilegal de trabajadores, optando el trabajador por integrarse en la empresa cesionaria. La singularidad de este supuesto reside en que el salario de la empresa cedente (falso empleador) es superior al de la empresa cesionaria (verdadero empleador). Como consecuencia, tanto en primera como en segunda instancia, se considera aplicable el módulo salarial de la empresa cedente, aunque el trabajador haya optado por integrarse en la empresa cesionaria. El Tribunal Supremo anula tales pronunciamientos al concluir que debe tomarse como referencia el salario correspondiente a la empresa cesionaria, aunque fuere inferior, en línea con la opción ejercida por el trabajador. Tal interpretación parece confirmarse con la STS 16-7-2020 (rec. 733/2018) (ECLI:ES:TS:2020:2598). Nuevamente, la Sala Cuarta confirma la existencia de cesión ilegal y, en consecuencia, el trabajador opta por integrarse en la empresa cesionaria (verdadero empleador). Ante este contexto, en línea con el pronunciamiento anteriormente mencionado, el Tribunal Supremo afirma que el módulo salarial “ha de determinarse en función del salario correspondiente en la empresa cedente o en la empresa cesionaria, cuando esta última sea la opción manifestada por el trabajador en la propia demanda”.

En resumidas cuentas, el estado actual de la jurisprudencia permite concluir que el *quantum* salarial a efectos de cesión ilegal de trabajadores depende de la decisión del trabajador. De tal modo, si el trabajador decide continuar prestando servicios para la empresa cedente, en el caso de que sea posible, el módulo salarial

¹² Adicionalmente, vid. STS 17-4-2007 (RJ 3173).

continuará siendo el mismo. No obstante, si el trabajador decide integrarse en la empresa cesionaria, el cómputo salarial se calculará conforme a esta última.

6.3.3. *Compatibilidad entre la respuesta del Tribunal y el régimen jurídico español*

Sobre la base de lo anterior, convendría reflexionar acerca de la compatibilidad entre la posición el Tribunal de Luxemburgo y el régimen jurídico español y, en particular, la interpretación jurisprudencial. Desde el prisma europeo, como se ha tenido ocasión de comprobar, la sentencia objeto de comentario considera aplicable la Directiva 2008/1004/CE a un supuesto de puesta a disposición, aun cuando el sujeto cedente no ostente la condición de empresa de trabajo temporal; de tal modo que, si el correspondiente órgano nacional constata la existencia de puesta a disposición, se aplicará la regla de equiparación de condiciones laborales recogida en el art. 5 de la Directiva. Desde el plano nacional, la puesta a disposición de trabajadores llevada a cabo por un sujeto distinto a una empresa de trabajo temporal válidamente constituida se califica como cesión ilegal de trabajadores, cuyas consecuencias laborales, anteriormente expuestas, vienen recogidas en el art. 43 ET. Según la jurisprudencia, el salario de referencia a efectos de indemnizaciones depende de la opción del trabajador a integrarse en el sujeto cedente o cesionario.

Como se podría deducir hasta este punto, la principal discrepancia entre el plano europeo y nacional se circunscribe a la determinación del módulo salarial de referencia respecto a las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores. Según el Tribunal de Luxemburgo, ante una cesión ilegal de trabajadores, se aplicaría la equiparación de condiciones laborales, incluidas las salariales. En consecuencia, se deberá tener en cuenta el cómputo salarial de la empresa cesionaria, quien en definitiva ha ostentado la posición de sujeto empleador, para el cálculo de eventuales consecuencias. Sin embargo, atendiendo a la norma laboral española, así como a su interpretación judicial, el *quantum* que se tomará como referencia ante posibles indemnizaciones dependerá de la elección del trabajador a integrarse en la plantilla de la empresa cedente o cesionaria.

A efectos prácticos, si el trabajador ejerce su derecho a adquirir la condición de fijo en la empresa cesionaria, los resultados de la solución comunitaria y nacional serán coincidentes. Sin embargo, si el trabajador opta por continuar en la empresa cedente, sería pertinente cuestionar si la determinación del módulo salarial respeta la regla de equiparación salarial que determina la Directiva 2008/104/CE. A nuestro juicio, la redacción literal del art. 43.4 *in fine* ET no contraviene la interpretación europea de la Directiva. No obstante, sería más complejo admitir la compatibilidad de la jurisprudencia española que vincula la determinación

del módulo salarial a la elección del trabajador; cuya aplicación práctica podría ocasionar escenarios en los que no se respete el principio de equiparación salarial.

En contraposición, una correcta lectura de la doctrina judicial europea requiere advertir que la equiparación de condiciones laborales consagrada en la Directiva debe ser aplicable únicamente durante la puesta a disposición. Por ende, dicho principio no es predicable respecto a la posterior relación laboral celebrada conforme a la legalidad. Por lo tanto, si el trabajador decide continuar prestando sus servicios en la empresa cedente, esta vez sí bajo su dirección y control, es decir, sin que exista cesión ilegal, no sería predicable la mencionada regla de equiparación.

A nuestro modo de ver, la doctrina planteada desde la esfera europea -es decir, la determinación del *quantum* salarial en función del verdadero empleador- representa una solución plenamente coherente con la teoría jurídica del Derecho común de obligaciones y contratos. Desde una perspectiva jurídica amplia, la figura de la cesión ilegal de trabajadores constituye un reflejo laboral de la institución civil de la interposición de la persona¹³. En breve, se produce una confusión en las partes del contrato, donde el empleador formal no coincide con el empleador real. Por esta razón, se pretende esclarecer qué sujeto ocupa la verdadera posición de empresario laboral. Declarada judicialmente la cesión ilegal, en definitiva, se está afirmando que un determinado sujeto siempre ha ostentado materialmente la posición de empleador, aunque formalmente se haya interpuesto otro sujeto de manera fraudulenta. De acuerdo con esta interpretación, resulta coherente considerar que el módulo salarial de referencia debe ser el del verdadero empleador, quién materialmente ostentó tal posición durante la puesta a disposición. Sería interesante subrayar la STS 5-12-2006 (rec. 4927/2005) (RJ\2007\91), cuya argumentación, veinte años más tardes, serviría para sustentar la reflexión anterior: “la opción cuando se ejercita por la relación laboral real no tiene propiamente un efecto constitutivo, porque con ella y con la sentencia que la acoge no se crea una relación nueva, sino que se declara la que en verdad existía, deshaciendo así la mera apariencia creada por la interposición”.

6.3.4. *Recepción por el órgano jurisdiccional remitente*

Ante un escenario como el presente, dónde el Alto Tribunal europeo carece de competencia para valorar el elemento básico sobre el que descansa el conjunto del engranaje jurídico examinado (la existencia de puesta a disposición), resulta esencial conocer la posición del órgano jurisdiccional remite. La STSJ Madrid

¹³ Rabanete Martínez, I. *La interposición de la persona, ficticia y real: diferencias*, Tesis doctoral, Universidad de Valencia, 2005.

29-1-2025 (rec. 1225/2022), tras la respuesta del TJUE a las cuestiones planteadas, resuelve finalmente el recurso de suplicación.

Antes de examinar el sentido de la citada sentencia de suplicación, convendría apuntar una singularidad del procedimiento en cuestión. La doctrina recogida en la STJUE 24-10-2025 no se aplica por primera vez para resolver el conflicto que generó la cuestión prejudicial. Antes de que se resolviese el recurso de suplicación, en cuyo seno surgieron las cuestiones elevadas al Tribunal de Luxemburgo, el TSJ Madrileño aplicó la doctrina comunitaria en diversas sentencias, las SSTSJ Madrid 6-11-2024 (rec. 538/2024) (ECLI:ES:TSJM:2024:12452) y 4-12-2024 (rec. 648/2024) (ECLI:ES:TSJM:2024:14593). Dichos pronunciamientos no son idénticos, ni tan siquiera coinciden las partes, pero sí hacen referencia y aplican la doctrina contemplada en la STJUE 24-10-2024. Por tal razón, la resolución que efectivamente resuelve la cuestión prejudicial se remite extensamente a las sentencias recién apuntadas, particularmente la última de ellas.

Ante la ausencia de competencia del TJUE respecto a la valoración del relato fáctico, el órgano de suplicación examina si, en el caso de autos, la trabajadora ha sido puesta a disposición. Tras un exhaustivo análisis de los hechos, el TSJ madrileño finalmente confirma la puesta a disposición de la trabajadora. De acuerdo con el régimen jurídico español, dicha puesta a disposición merece la calificación de cesión ilegal de trabajadores, dado que no ha sido instrumentalizada a través de una empresa de trabajo temporal válidamente constituida.

Afirmado lo anterior, el TSJ aborda la determinación del módulo salarial a efectos de calcular las consecuencias del despido. A efectos prácticos, el Tribunal concluye que debe tenerse en cuenta, no la retribución diaria que la trabajadora venía recibiendo, sino la correspondiente del grupo profesional equivalente en el convenio colectivo del comercio del metal de la Comunidad de Madrid; norma colectiva aplicable a la empresa cesionaria. A nivel hermenéutico, para fundamentar su posición, el TSJ alude a la doctrina contenida en la STJUS 24-10-2024, concretamente a la respuesta del Tribunal a la tercera cuestión prejudicial. Sin embargo, merece especial atención la siguiente afirmación del Tribunal: “la consecuencia de equiparación salarial también resulta del art. 43 del Estatuto de los Trabajadores”. Tal reconocimiento confirma el carácter relativo de la novedad, como ya anunciaba DURÁN con anterioridad al pronunciamiento de suplicación¹⁴. Sin contradecir la anterior postura, el hecho de que se confirme la aplicación de la equiparación de condiciones laborales en los supuestos de cesión ilegal podría ser valorado de forma positiva, máxime si se tiene en cuenta el actual panorama legal y judicial. Como botón de muestra, el TSJ Madrileño ha

¹⁴ Durán López, F. “Sobre la prestación de servicios entre empresas y la cesión de trabajadores... op. cit.

elevado una cuestión prejudicial sobre un aspecto que, según este mismo órgano, se desprende del propio art. 43 ET.

7. NULIDAD DEL DESPIDO E INDEMNIZACIÓN POR DISCRIMINACIÓN

7.1. Inadmisión por parte del Tribunal

Las cuestiones prejudiciales cuarta y quinta versan sobre la nulidad de la extinción contractual y, fruto de ello, la integración de la trabajadora en el puesto de trabajo, así como la eventual indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Se propone un análisis conjunto de ambas cuestiones, como conjunta ha sido la respuesta del Tribunal de Luxemburgo.

En la cuarta cuestión, el órgano remitente pregunta si, al amparo de la Directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la trabajadora puede reintegrarse en su puesto de trabajo u otro equivalente tras el descanso por maternidad, aunque el contrato en la empresa comitente y contratista hubiera finalizado, no existiendo un puesto de trabajo equivalente. En la quinta cuestión prejudicial, el órgano remitente cuestiona si, en el supuesto de que se declara la puesta a disposición, ambas empresas -cedente y cesionaria- deben ser responsables solidariamente de las consecuencias del despido nulo.

Sin embargo, el TJUE inadmite ambas cuestiones prejudiciales ante la falta de acreditación de la vinculación entre los hechos analizados y la norma cuya interpretación se solicita, lo que convierte la cuestión en meramente hipotética, conforme a lo dispuesto en el art. 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

7.2. Respuesta del TSJ

La inadmisión de las cuestiones prejudiciales arriba expuestas no impide que el TSJ se pronuncie sobre esta cuestión al resolver el recurso de suplicación. Más bien al contrario, la sentencia del TSJ tiene la obligación de abordar los motivos del recurso, no las respuestas de las cuestiones prejudiciales. En otras palabras, el hecho de que el Tribunal de Justicia inadmita una cuestión prejudicial no implica que tales extremos no sean relevantes para el procedimiento nacional; que deberá seguir los cauces ordinarios de la LRJS, arts. 190 al 204.

En este sentido, en el motivo quinto del recurso de suplicación se denuncia la vulneración de los art. 14 CE y 4.2 c) ET. La parte recurrente alega que el despido se debió al embarazo, solicitando la condena solidaria de ambas empresas respecto a la indemnización pertinente. No se cuestiona la calificación de nulidad

del despido, sino la correspondiente indemnización adicional por vulneración del derecho fundamental de igualdad y no discriminación por razón de sexo y maternidad. Téngase en cuenta que la nulidad del despido puede tener su origen, además de en situaciones de discriminación o violación de derechos fundamentales, en los supuestos tipificados en los apartados a), b) y c) del art. 55.5 ET. En el presente litigio, la nulidad del despido tiene su origen en la protección de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor, según lo dispuesto en el art. 55.5. a) ET. Por ende, sería necesario acreditar la discriminación para obtener la correspondiente indemnización¹⁵.

Sin pretensión de exhaustividad, el TSJ madrileño propone una detalla revisión de la técnica jurídica constitucional para valorar la violación de derechos fundamentales, positivizada, en su vertiente laboral, en los arts. 96.1 y 181.2 LRJS. En atención al supuesto concreto, el TSJ madrileño considera que la parte recurrente ha aportado un panorama indiciario que podría revelar la existencia de una intención discriminatoria por razón de maternidad en la decisión extintiva. No obstante, la admisión de la prueba indiciaria no basta para acreditar la violación del derecho fundamental, sino para activar la inversión de la carga de la prueba. En este caso, las empresas deberían probar que la decisión extintiva se debe a causas ajenas al bien jurídico protegido. Sin embargo, a juicio del Tribunal, los hechos probados no contienen ninguna justificación objetiva y razonable que permita desvirtuar la prueba indiciaria. Consecuentemente, se reconoce la violación del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación y, en consecuencia, la correspondiente indemnización adicional a la nulidad del despido.

8. REFLEXIONES FINALES

Como se ha podido comprobar en estas páginas, el alcance de la doctrina contenida en la STJUE 24-10-2024 impacta en el régimen jurídico del trabajo puesto a disposición y, particularmente, en las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores. A nuestro parecer, el pronunciamiento objeto de comentario no obliga a extender el régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal, concretamente la equiparación de condiciones laborales, al ámbito de las contrata y subcontratas válidamente celebradas. Una aparente contrata o subcontrata, calificada judicialmente como trabajo puesto a disposición, merece la calificación de pseudo-contrata, calificada por nuestro ordenamiento jurídico como cesión ilegal de trabajadores. Lo anterior no implica que la equiparación de condiciones laborales no sea una propuesta interesante para aumentar las tutelas del trabajo subcontratado. De hecho, la tendencia expansiva del régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal podría ser tenida en cuenta como indicio

¹⁵ Sobre el particular, véase, entre otros pronunciamientos, STS 12-12-2023 (rec. 5556/2022) (ECLI:ES:TS:2023:5502).

hermenéutico a la hora de analizar una institución estrechamente vinculada como es la subcontratación laboral. Sin embargo, el análisis de la STJUE 24-10-2024 confirma que la equiparación de condiciones laborales en el ámbito de la subcontratación, en el caso de que se considere una medida pertinente y necesaria, debe ser planteada como una propuesta de *lege ferenda*, y no como una lectura *lege data* impulsada por una sentencia europea.

Por su parte, la doctrina contenida en el pronunciamiento en liza sí podría incidir frontalmente en las consecuencias de la cesión ilegal de trabajadores. Como se ha expuesto *supra*, ante una regulación legal cuanto menos incompleta, la jurisprudencia española venía admitiendo que el *quantum* salarial a efectos de las consecuencias derivadas de la cesión ilegal dependía de la elección del trabajador, en línea con el derecho de opción que contiene el art. 43.3 ET. Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo considera aplicable la Directiva 2008/104/CE, en general, y la regla de equiparación de condiciones laborales, en particular, en los supuestos de puesta a disposición, con independencia de que el sujeto cedente se constituya legalmente como una empresa de trabajo temporal. En consecuencia, el módulo salarial pertinente para calcular las consecuencias de la cesión ilegal debe estar referido al sujeto que ha ostentado materialmente la posición de empleador, al margen de situaciones aparentes y fraudulentas.

A modo de cierre, cabría subrayar que la solución alcanzada por el TJUE no es necesariamente más protectora para los trabajadores. Es cierto que, en la mayoría de los escenarios, las condiciones laborales de la empresa cesionaria (real) se presuponen más favorables que las de la empresa cedente (aparente). Sin embargo, no es menos ciertos que, conforme a la lectura del Tribunal de Luxemburgo y la aplicación del principio de equiparación salarial, se impide la posibilidad de que el módulo salarial esté referido al empresario cedente, que en ciertos casos podría ser más favorable para el trabajador¹⁶.

En sentido contrario, calcular las consecuencias de la cesión ilegal conforme al sujeto que materialmente ha ostentado la posición de empleador constituye una solución jurídicamente más coherente, dado que las consecuencias del fraude no dependerían del sujeto interpuesto. Por otro lado, tal propuesta permitiría mejorar la seguridad jurídica, incrementando la certeza de los trabajadores que sufren cesión ilegal de trabajadores.

¹⁶ En esta dirección, desde la doctrina se ha puesto de manifiesto que el ordenamiento español ofrece condiciones más favorables para los trabajadores que el europeo, sobre la base del derecho de opción. Vid. Nogueira Gustavino, M. “Las empresas contratistas no son empresas de trabajo temporal, pero lo pueden ser si incurrn en cesión ilegal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 485, 2025, pp. 137-138.

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA:

ENERO-MARZO DE 2025

Acuerdo de 26 de diciembre de 2024, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Estratégico Andaluz del Trabajo Autónomo 2024-2027. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 1 de 02/01/2025. Sección: Disposiciones generales).

Resolución de 30 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se amplían los créditos presupuestarios recogidos en la Resolución de 27 de julio de 2023, por la que se convoca, para los años 2023 y 2024, la concesión de subvenciones de la Línea 2 regulada en la Orden de 29 de junio de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 4 de 08/01/2025. Sección: Disposiciones generales).

Corrección de errores de la Resolución de 20 de diciembre de 2024, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convoca en el año 2024 la concesión de subvenciones públicas regladas, en régimen de concurrencia competitiva, para los años 2025 y 2026, destinadas a la financiación de la Oferta Formativa de Formación Profesional para el Empleo dirigidas a personas trabajadoras desempleadas y personas trabajadoras ocupadas, en la provincia de Cádiz (BOJA núm. 251, de 30.12.2024). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 4 de 08/01/2025. Sección: Disposiciones generales).

Corrección de errores de la Resolución de 17 de diciembre de 2024, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2024 las subvenciones reguladas en la Orden de 17 de septiembre de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para la realización de actividades de asistencia técnica y de actividades de información, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOJA núm. 251, de 30.12.2024). Organismo:

Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 11 de 17/01/2025. Sección: Disposiciones generales).

Resolución de 15 de enero de 2025, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se reajustan las anualidades y se redistribuye el crédito determinado en la Orden de 29 de mayo de 2024, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a la formación no formal de cualificación y recualificación de la población activa, vinculada a cualificaciones profesionales incluidas en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, o catálogos que determine la normativa vigente, en sectores estratégicos, para empresas, asociaciones empresariales, entidades de formación y entidades sin ánimo de lucro, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, financiado por el Ministerio de Educación, Formación Profesional y Deportes y por la Unión Europea-*Nextgeneration* UE-, y se efectúa la convocatoria del año 2024. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 13 de 21/01/2025. Sección: Disposiciones generales).

Acuerdo de 4 de febrero de 2025, del Consejo de Gobierno, por el que se declara el día 5 de febrero como «Día del Comercio en Andalucía», en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 501 de 04/02/2025. Sección: Disposiciones generales).

Corrección de errores de la Resolución de 17 de diciembre de 2024, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2024 las subvenciones reguladas en la Orden de 17 de septiembre de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para la realización de actividades de asistencia técnica y de actividades de información, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOJA núm. 251, de 30.12.2024). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 31 de 14/02/2025. Sección: Disposiciones generales).

Resolución de 20 de febrero de 2025, de la Dirección General de Comercio, por la que se convoca la Octava Edición de los Premios a la Artesanía de Andalucía, correspondiente al año 2025. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 40 de 27/02/2025. Sección: Disposiciones generales).

Resolución de 19 de marzo de 2025, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial que redistribuye el crédito de la convocatoria de subvenciones para el año 2024, regulada en la Orden 21 de junio

de 2024, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia no competitiva, para el fomento del empleo de personas con discapacidad en centros especiales de empleo y en el mercado ordinario de trabajo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 56 de 24/03/2025. Sección: Disposiciones generales).

