

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
178/2025 - Tercer trimestre

178



Junta de Andalucía

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

178

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 178/2025

Tercer Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Concurrencia de convenios colectivos y preferencia aplicativa:
dificultades prácticas en la determinación de la norma laboral aplicable.. 15
LUIS GORDO GONZÁLEZ

Transformaciones laborales, inteligencia artificial y justicia social:
el caso de las familias monoparentales 53
MARIOLA SERRANO ARGÜESO

El permiso parental: de su reconocimiento a las dificultades para su
completa transposición en el ordenamiento jurídico español 91
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

Hacia el nuevo modelo de la incapacidad temporal flexible..... 115
JOSÉ MARÍA QUÍLEZ MORENO

Fiscalidad y Seguridad Social en el empleo marítimo:
retos y oportunidades para la formalización y la sostenibilidad laboral 147
ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ E IGNACIO PICATOSTE-NOVO

El ámbito personal de los derechos de información y consulta en el acervo
de la Unión Europea: ¿fronteras abiertas a los trabajadores autónomos?.. 177
LIDIA GIL OTERO

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la Negociación Colectiva Andaluza (año 2025, 1º Semestre). 217

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
DERECHOS HUMANOS	
Universidad de Almería	
Límites al derecho de libertad de reunión pacífica y de asociación en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos	243
ALBA VILLANUEVA FERNÁNDEZ	
 DERECHO DE HUELGA	
Universidad de Sevilla	
Esquirolaje tecnológico y discrecionalidad empresarial en el uso de medios técnicos: cuando lo “habitual” desactiva la huelga	259
VÍCTOR BARROS TORNAY	
 PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
Parejas de hecho no formalizadas y pensión de viudedad: una controversia abierta en sede judicial	281
MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ	
 4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	303

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 178/2025**

Third Trimester

INDEX

1. STUDIES

<i>Concurrence of collective agreements and priority of application: practical issues in determining the governing labour rule.....</i>	15
<i>LUIS GORDO GONZÁLEZ</i>	
<i>Workplace transformations, artificial intelligence and social justice: the case of single-parent families.....</i>	53
<i>MARIOLA SERRANO ARGÜESO</i>	
<i>The parental leave: from its recognition to the difficulties of its full implementation in the Spanish legal system</i>	91
<i>MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ</i>	
<i>Towards the new model of flexible temporary disability.....</i>	115
<i>JOSÉ MARÍA QUÍLEZ MORENO</i>	
<i>Taxation and social security in maritime employment: challenges and opportunities for formalization and labor sustainability.....</i>	147
<i>ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ E IGNACIO PICATOSTE-NOVO</i>	
<i>The personal scope of the rights to information and consultation in the acquis of the European Union: Are there open borders for self-employed workers?.....</i>	177
<i>LIDIA GIL OTERO</i>	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

<i>Report on the Collective Negotiation in Andalusia (Year 2025, 1st Semester)</i>	217
--	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

HUMAN RIGHTS

University of Almeria

Limits on the right to peaceful assembly and association in Article 11 of the European Convention on Human Rights..... 243

ALBA VILLANUEVA FERNÁNDEZ

RIGHT TO STRIKE

University of Seville

Technological scabs and business discretion in the use of technical means: when the 'usual' deactivates the strike..... 259

VÍCTOR BARROS TORNAY

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Granada

Unregistered partnerships and widow's pension: an ongoing controversy in court..... 281

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the Autonomous Community of Andalusia..... 303

CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS Y PREFERENCIA APLICATIVA: DIFICULTADES PRÁCTICAS EN LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA LABORAL APLICABLE

CONCURRENCE OF COLLECTIVE AGREEMENTS AND PRIORITY OF APPLICATION: PRACTICAL ISSUES IN DETERMINING THE GOV- ERNING LABOUR RULE

LUIS GORDO GONZÁLEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID: 0000-0002-6442-2806

RESUMEN

Palabras clave: convenio colectivo, concurrencia, descentralización, prioridad aplicativa

Una de las materias más complejas del Derecho del Trabajo es probablemente su sistema de fuentes por incorporar cánones ajenos al resto del ordenamiento. Por una parte, la propia noción del Convenio colectivo de eficacia general, una norma con alcance cuasi-público, negociada por sujetos privados, pero dotados de representación institucional; y con una naturaleza híbrida, que la aleja y aproxima de forma simultánea tanto de los contratos privados, como de las normas legales. Por otra parte, la articulación de los convenios colectivos, caracterizada por una relación multinivel no jerarquizada, que dificulta la determinación de la norma vigente y que se traduce en una imagen de cierta descoordinación para aquel que se aproxima por vez primera al sistema de fuentes laboral.

Este artículo analiza en profundidad diferentes escenarios conflictivos, tratando de aportar reglas y criterios interpretadores para determinar el convenio colectivo aplicable en cada caso. A saber: los supuestos de descentralización productiva, la nueva prioridad aplicativa del convenio autonómico y provincial, los centros especiales de empleo, el sector público y el teletrabajo.

Abstract

Keywords: *Collective agreement, concurrence of agreements, outsourcing, priority of application*

One of the most intricate aspects of Labour Law is its system of sources, which incorporates principles uncommon in other branches of the legal order. On the one hand, the concept of the collective agreement with general effectiveness—a norm with quasi-public impact, negotiated by private actors endowed with institutional representation—exhibits a hybrid nature that simultaneously aligns with and diverges from both private contracts and statutory law. On the other hand, the structure of collective bargaining is defined by a non-hierarchical, multi-level framework, which complicates the identification of the applicable norm and may appear disjointed to those unfamiliar with the labour law system.

This article offers a detailed analysis of various conflict scenarios, proposing interpretative criteria to determine the applicable collective agreement in each case. Specifically, it addresses productive decentralization, the new priority of regional and provincial agreements, special employment centers, the public sector, and teleworking.

ÍNDICE

1. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA LABORAL APLICABLE: COMPLEJIDAD CRECIENTE
2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LA DESCENTRALIZACIÓN DE SERVICIOS
 - 2.1. Criterios tradicionales de determinación del convenio colectivo aplicable: especial referencia a las empresas multiservicio
 - 2.2. La nueva regulación del convenio aplicable en caso de descentralización productiva: ¿una solución al problema o la creación de nuevas dificultades?
 - 2.3. La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones laborales en supuestos de descentralización productiva
3. LA NUEVA ¿PRIORIDAD APLICATIVA? DEL CONVENIO AUTONÓMICO Y PROVINCIAL
 - 3.1. Reglas de concurrencia y Convenio colectivo autonómico
 - 3.2. Interrogantes vinculados a la prioridad del Convenio colectivo provincial
4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN SITUACIONES LABORALES ESPECÍFICAS
 - 4.1. Reglas de determinación del Convenio colectivo en centros especiales de empleo
 - 4.2. Reglas de determinación del Convenio colectivo en el sector público
 - 4.3. Reglas de determinación del Convenio colectivo en el teletrabajo
5. CONCLUSIONES

1. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA LABORAL APLICABLE: COMPLEJIDAD CRECIENTE

Pocas cuestiones resultan tan complejas en el Derecho del Trabajo respecto de otras disciplinas como la configuración de su sistema de fuentes. Su singularidad radica en la incorporación de principios y estructuras poco comunes en otras ramas del ordenamiento jurídico. En primer lugar, destaca la figura central del convenio colectivo estatutario, con eficacia universal, que actúa como norma de aplicación general, a pesar de ser fruto de la negociación entre sujetos privados, aunque dotados de legitimación representativa. Esta doble condición –pública en sus efectos y privada en su origen– le confiere una naturaleza híbrida, situada a medio camino entre el contrato y la ley¹. En segundo lugar, la forma en que se articulan los distintos convenios colectivos responde con carácter general a un modelo de pluralidad normativa sin jerarquía entre las diferentes normas del sistema, lo que dificulta la identificación de la norma aplicable en cada caso y puede ser interpretado como una cierta descoordinación por aquel que se aproxima por vez primera al sistema de fuentes laboral.

Analizar la determinación del convenio colectivo aplicable tiene sentido y utilidad, porque los desafíos del sistema de fuentes laboral no han dejado de incrementarse a lo largo de los años. Por una parte, la prohibición de concurrencia absoluta entre convenios, presente en la primera versión del Estatuto de

¹ Vid. Mercader Uguina, J.R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, p. 94 y ss.

los Trabajadores², se ha ido excepcionando con sucesivas reformas del artículo 84 Estatuto de los Trabajadores. Por otra parte, los entornos empresariales cada vez más descentralizados requieren de nuevas normas y criterios para determinar el convenio colectivo aplicable. En concreto, en los últimos años, se han presentado especiales problemas en la determinación del convenio colectivo en supuestos de descentralización empresarial, especialmente cuando esta se desarrolla a través de empresas multiservicios; en la propia arquitectura del sistema de fuentes, al incorporar una nueva prioridad del convenio autonómico y provincial; así como en la aplicación de las reglas generales de concurrencia en contextos específicos, como los centros especiales de empleo, el sector público o el teletrabajo. A continuación, se analizarán de forma separada los principales problemas que plantea cada uno de estos supuestos.

2. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE EN LA DESCENTRALIZACIÓN DE SERVICIOS

2.1. Criterios tradicionales de determinación del convenio colectivo aplicable: especial referencia a las empresas multiservicio

La utilización de empresas auxiliares para atender la producción ha experimentado un notable crecimiento en las últimas décadas en nuestro país³, especialmente en sectores como la construcción, la industria y los servicios. Este fenómeno, con base en la libertad de empresa proclamada por el artículo 38 de la Constitución Española, permite acceder a las compañías a una mayor flexibilidad y especialización, optimizando sus recursos y centrándose en su actividad principal.

La descentralización de la producción conlleva también importantes desafíos. Desde la perspectiva organizativa de las empresas, puede implicar una pérdida de control sobre los procesos y la calidad del trabajo, además de dificultar la coordinación de la producción, al tener que integrar distintas culturas organizativas, que pueden no ser coincidentes. Por otra parte, atendiendo a las relaciones laborales colectivas en la empresa, la externalización plantea varios problemas relevantes. Primero, fragmenta la plantilla que realiza una misma tarea entre varias empresas independientes, lo que a su vez reduce la representación

² El artículo 84 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, señalaba escuetamente que “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el número dos del artículo ochenta y tres”.

³ Se ha señalado que la subcontratación está “llamada a presidir el futuro de la organización empresarial descentralizada y flexible”, Monereo Pérez, J.L., “Subcontratación empresarial y reforma laboral”. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*. Laborum, Murcia, 2022, p. 279.

legal de los trabajadores, reduciendo su tamaño y complicando su coordinación. Segundo, la descentralización diluye la responsabilidad empresarial, dificultando la exigencia de derechos laborales y de seguridad social, sobre todo en cadenas de subcontratación muy extensas.

Sin embargo, quizás el reto más significativo desde el punto de vista colectivo sea la determinación del convenio colectivo aplicable, ya que la descentralización provoca serias complicaciones para concretar la norma convencional de aplicación. A pesar de ello, el ordenamiento jurídico español no dispuso de ninguna norma específica para resolver esta cuestión hasta la aprobación del Real Decreto-ley 32/2021⁴, cuyos efectos serán analizados en el próximo apartado.

La determinación del convenio colectivo en materia de descentralización estuvo sometida, hasta el año 2021, exclusivamente a las reglas generales sobre esta materia. Es decir, de forma resumida, por los principios de correspondencia, no concurrencia y el de actividad preponderante.

En cuanto al primero, este exige que exista una adecuada correlación entre el ámbito funcional del convenio y la representatividad de los sujetos negociadores⁵. Este principio garantiza que el convenio colectivo que se pretenda aplicar a una empresa contratista o subcontratista haya sido negociado por representantes legítimos en el ámbito correspondiente.

En cuanto al principio de no concurrencia, según el artículo 84.1 ET el convenio colectivo de las empresas contratistas y subcontratistas, durante su vigencia, no puede verse afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito

⁴ 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.

⁵ Sobre la correlación entre la unidad de negociación y los sujetos con legitimidad para participar en la adopción de un Convenio colectivo, *vid.* STS de 24 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3172), que expone y argumenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, a propósito de la negociación de un convenio colectivo en las competiciones profesional y profesionalizada del fútbol masculino.

distinto, salvo que existieran acuerdos alcanzados al amparo del artículo 83.2 ET⁶.

Finalmente, el principio de actividad preponderante o principal es el criterio que permite identificar el ámbito funcional en el que se incardina la empresa⁷, resultando, por tanto, de aplicación el convenio colectivo que se acomode a su actividad económica efectivamente desarrollada, con independencia del objeto social inscrito o declarado⁸.

La aplicación de estos principios permitía identificar el convenio colectivo aplicable en los supuestos de descentralización, arrojando dos conclusiones principales. En primer lugar, dicho convenio no era, en ningún caso, el de la empresa principal, debido a la ausencia de una norma que así lo estableciera. Esta situación contrastaba con lo previsto en el ámbito de la intermediación laboral a través de empresas de trabajo temporal, que sí impone expresamente la aplicación del convenio colectivo de la empresa usuaria en lo relativo a las condiciones económicas (artículo 11 de la LETT⁹). En segundo lugar, aunque las condiciones económicas de la empresa contratista no coincidieran con las de la empresa principal, esta diferencia no podía considerarse abusiva *per se*, ya que el convenio colectivo del sector de la contrata solía garantizar condiciones económicas

⁶ Hasta el año 2011 no existieron más excepciones que las señaladas en el texto. El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, tuvo como objetivo modernizar y mejorar la estructura de la negociación colectiva en España. Esta reforma pretendía simplificar y hacer más eficiente el proceso de negociación colectiva, promoviendo una mayor flexibilidad y adaptabilidad en los convenios colectivos. Entre las medidas más destacadas de este cambio legislativo, se incluyó la reorganización de la estructura de los convenios colectivos, facilitando la prioridad aplicativa del nivel de empresa. No obstante, dicha prioridad podía ser dispuesta e incluso anulada por los acuerdos interprofesionales. Posteriormente, el RDL 3/2012 convirtió dicha posibilidad en indisponible y configuró la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

⁷ Con carácter general, al margen de las empresas multiservicio, el principio de actividad preponderante se complementa con el de unidad de empresa (STS 10 de octubre de 2023, ECLI:ES:TS:2023:4056).

⁸ Para identificar dicha actividad preponderante, se emplean diferentes indicadores objetivos, entre los que destacan: el epígrafe del Impuesto de Actividades Económicas (STS de 31 de enero de 2008, ECLI:ES:TS:2008:1857), el código CNAE (STSJ Madrid de 30 de enero de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:730), las funciones desempeñadas por la plantilla, el proceso productivo (STS de 29 de enero de 2012,) o los materiales e instalaciones utilizados, así como la facturación (STS de 30 de mayo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:3140), el carácter estable o marginal de la actividad (STS de 24 de junio de 2025, ECLI:ES:TS:2025:3130), entre otros indicadores. Debe recordarse que el objeto social estipulado en los estatutos de la sociedad no es el medio para determinar el convenio colectivo aplicable, y, ello, porque de lo contrario, no tendría el Convenio un soporte objetivo y de estabilidad: bastaría, simplemente, al empleador, cambiar el objeto social escriturado e inscrito en el Registro Mercantil, para hacer variar, unilateralmente, el convenio aplicable, cfr. STS de 10 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5652).

⁹ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

razonables para las personas trabajadoras. Incluso cuando el convenio aplicable era el de empresa contratista, este acostumbraba a fijar un marco retributivo adecuado, pues el contenido del convenio era fruto de una unidad de negociación real y asentada, que efectivamente respondía a una negociación entre empresa y representantes de las personas trabajadoras.

La determinación del convenio colectivo aplicable en entornos descentralizados fue así razonablemente pacífica hasta el año 2012, cuando se aprobó el Real Decreto-ley 3/2012¹⁰. Esta norma buscaba reducir la dualidad laboral entre contratos temporales y permanentes y fomentar la contratación indefinida. Además, perseguía dotar de mayor flexibilidad y adaptabilidad a las relaciones laborales mediante la modificación de aspectos clave de la negociación colectiva. Entre otras medidas, la reforma promovió la revisión de los convenios colectivos durante su vigencia y limitó la ultraactividad de los convenios colectivos, estableciendo un plazo máximo para su vigencia una vez expirados. Asimismo, modificó sustancialmente la estructura de la negociación colectiva¹¹. En concreto, a partir del 2012, la norma general anticoncurrencia, prevista en el artículo 84.1 ET¹², incorporó una importante excepción. Sería posible acordar un convenio colectivo de empresa en cualquier momento y este primaría sobre los convenios sectoriales, aunque estuvieran vigentes, en varias importantes materias (art. 84.2

¹⁰ Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹¹ Se ha llegado a señalar que la reforma del año 2012 llevó a cabo una “(des)estructuración del sistema de negociación”, J.L., “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”. AA.VV., *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Cinca, Madrid, 2018, vol. 1, pp. 235-274.

¹² La doctrina judicial ha entendido sostenido que esta prohibición de concurrencia implica una preferencia sobre el convenio acordado con carácter anterior (*prior tempore potior in iure*) o criterio cronológico, *vid.* STS de 18 de febrero de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1068).

ET¹³), entre ellas, en la determinación del horario y la distribución del tiempo y en la cuantía salarial¹⁴.

Este nuevo marco jurídico impulsó especialmente la negociación de convenios colectivos de empresa en las compañías multiservicio¹⁵. Estas son un tipo de sociedad mercantil que se ha especializado en la provisión de todo tipo de servicios a terceros, sin limitarse en una única actividad concreta, en ocasiones con carácter permanente, aportando el personal y los medios materiales necesarios para ello.

La justificación al aumento de los convenios de empresa en este tipo de compañías, gracias al nuevo marco jurídico a partir del 2012, se debió a que estas de forma consciente buscaron huir de las mejores condiciones salariales y laborales fijadas por los convenios sectoriales¹⁶. La estrategia de evadir el nivel sectorial se constata porque, con carácter general, el convenio colectivo de empresa en este tipo de sociedades no era la manifestación de una verdadera negociación, sino un mero escudo frente al convenio sectorial, que facilitaba a estas empresas ofrecer sus servicios con ofertas más bajas –debido a los costes laborales más reducidos–, en competencia desleal frente a aquellas otras sometidas a los convenios sectoriales¹⁷. Así, muchas empresas multiservicio suscribieron convenios de empresa sin haber llevado a cabo una verdadera y adecuada negociación con la representación de las personas trabajadoras, al carecer de sujetos con legitimidad

¹³ Las materias en las que el convenio de empresa tenía prioridad eran: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; y, finalmente, g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

¹⁴ En el año 2011 el RDL 7/2011 ya había incorporado la prioridad aplicativa de empresa. No obstante, lo hizo con carácter disponible por la negociación colectiva. Al respecto, *vid. supra* nota al pie núm. 5.

¹⁵ Al respecto, *vid.* López Balaguer, M., “Empresas de trabajo temporal y empresas multiservicios: la historia que se repite”. *Documentación Laboral* núm. 110/2017, p. 69.

¹⁶ Esos convenios empresariales con condiciones más precarias eran acordados, mayoritariamente, con la representación unitaria, en empresas de menos de 50 trabajadores y con unos periodos de negociación breves y una vigencia del convenio superior a la media de los convenios colectivos, *vid.* Martín Hernández-Carrillo, M., “Externalización y empresas multiservicio”. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social* núm. 2/2021, p. 275.

¹⁷ Esteve Segarra, A., “Criterios para la determinación del convenio sectorial de referencia para actividades desarrolladas”. *Documentación laboral* núm. 115/2018, pp. 84.

para representar al conjunto de la plantilla de todos los centros de trabajo. Con ello se vulneraba de manera flagrante el principio de correspondencia¹⁸.

El efecto devaluador de las condiciones laborales de la plantilla no pasó desapercibido a los sindicatos más representativos a nivel nacional, UGT y CCOO, que acordaron en 2015 y posteriormente renovaron la declaración conjunta *“Actuación en externalización y empresas multiservicios”*. En ella aseguraban, entre otros compromisos, que no participarían en la negociación de convenios de empresa en este tipo de compañías, como fórmula para evitar legitimar con su presencia convenios carentes de una verdadera negociación.

En el anterior contexto, desde el año 2012, la existencia de empresas multiservicio, sin un objeto social claramente definido, planteó, como ya se ha adelantado, un reto importante desde el punto de vista de la delimitación del convenio colectivo aplicable. Existieron dos posibles escenarios al respecto. El primero consistía en que la compañía contara con su propio convenio colectivo de empresa. En cuyo caso, si respetaba el principio de correspondencia, este resultaría de aplicación directa y preferente sobre el convenio de sector en las materias recogidas en el artículo 84.2 ET¹⁹, incluida la cuantía salarial. El segundo escenario era que la compañía multiservicios no hubiera acordado un convenio colectivo de empresa y, en consecuencia, se abrían tres posibles interpretaciones al respecto.

En primer lugar, se trató de argumentar que en ausencia de un convenio de empresa debería resultar de aplicación el convenio correspondiente a la actividad preponderante de la empresa multiservicio, tal y como marcan las reglas generales de determinación²⁰. Sin embargo, esta solución adolecía de un importante inconveniente. En muchas ocasiones en las empresas multiservicios resulta imposible

¹⁸ Los tribunales han rechazado de forma reiterada que se pudiera acordar un convenio colectivo de empresa de ámbito estatal negociando solo con algunos representantes unitarios (delegados de personal o comités de empresa), de uno o varios centros de trabajo de la empresa multiservicios. Como ejemplo de estos pronunciamientos *vid.*: STS de 6 de marzo de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:1360); STS de 21 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4824); SAN 10 de febrero de 2016 (ECLI:ES:AN:2016:255); SAN de 17 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:3976). Tampoco resulta correcto la negociación de un convenio colectivo de empresa con representantes unitarios y representantes ad-hoc, *vid.* STS de 18 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1248).

¹⁹ No obstante, no debe olvidarse que estas empresas, como cualquier otra, pueden acordar convenios de ámbito inferior a la empresa, pero estos instrumentos no disfrutarán de la prioridad aplicativa prevista en el art. 84.2 ET. Al respecto, *vid.* STS de 8 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:563).

²⁰ Así, por ejemplo, la STS de 17 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1539) determinó que a la empresa multiservicios Clece le resultaba de aplicación el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid. No obstante, de la lectura atenta se constata una información sumamente importante: la empresa no acreditó que su actividad principal

o arbitrario determinar una única actividad principal con base en los criterios habituales —estos son: las cifras económicas de las distintas actividades desarrolladas, la plantilla destinada a cada una de ellas, la finalidad o negocio concreto llevado a cabo o la subordinación de unas actividades respecto de otras²¹—.

El segundo de los criterios que se trató de articular para identificar el convenio colectivo aplicable defendía extender el de la empresa principal a la empresa multiservicio²². Ciertamente esta solución podría ser adecuada y legítima. Sin embargo, solo puede imponerse mediante una previsión legal²³, como ocurre en el caso de las empresas de trabajo temporal a través del artículo 11 de la Ley 14/1994.

Finalmente, el último criterio para delimitar el convenio colectivo aplicable sostuvo que las relaciones laborales en las empresas multiservicios debían quedar reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprendiera la actividad que llevaran a cabo los trabajadores en el marco de cada contrata. Parece que al delimitarse de esta forma el convenio colectivo aplicable al personal de la empresa multiservicio se estaría acudiendo al parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en su conjunto, que, como se ha señalado, normalmente no se conoce. Esta tercera interpretación es la que mayores consensos alcanzó. De hecho, fue acogida por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos²⁴ y, además, por el Tribunal Supremo²⁵.

Como se ha expuesto, la aplicación de los criterios tradicionales de determinación del convenio colectivo aplicable en las empresas multiservicio ha generado importantes disfunciones prácticas. Esta problemática, unida a los efectos

fuera otra distinta a la de limpieza de edificios y locales ni qué convenio sería el aplicable a las personas trabajadoras contratadas por ella.

²¹ Sobre la actividad preponderante, *vid.* nota al pie 7.

²² La STSJ de Valencia de 22 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TSJCV:2007:840) y la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TSJCLM:2006:801) declararon aplicable el convenio de la empresa principal en un supuesto de subcontratación por analogía de la normativa de empresas de trabajo temporal. Es interesante también la SAN de 30 de mayo de 2014 (ECLI:ES:AN:2014:2368), que interpretó que la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, resulta de aplicación a cualquier empresa que ponga a disposición a trabajadores para otras empresas, aunque no sea una ETT.

²³ El Tribunal Supremo rechazó, de hecho, que se pudiera obligar a la empresa subcontratista, fuera multiservicios o no, a aplicar el convenio de la empresa principal sin una habilitación legal que lo exigiera, al respecto, *vid.* STS 12 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:486).

²⁴ Consultas CCNCC 96/2014 y 5/2016. Aunque ciertamente lo hizo tras algunos pronunciamientos contradictorios. Al respecto, Esteve Segarra, Amparo, “Criterios para la determinación del convenio sectorial de referencia para actividades desarrolladas”. *Documentación laboral* núm. 115/2018, pp. 88.

²⁵ STS de 11 de junio de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1957).

distorsionadores derivados del uso estratégico de los convenios de empresa, motivó la intervención del legislador mediante la reforma laboral de 2021²⁶, acordada con los agentes sociales en el marco del diálogo social tripartito, cuyo alcance y consecuencias se analizan a continuación.

2.2. La nueva regulación del convenio aplicable en caso de descentralización productiva: ¿una solución al problema o la creación de nuevas dificultades?

La reforma laboral de 2021 introdujo dos modificaciones sustanciales en materia de determinación del convenio colectivo aplicable. En primer lugar, puso fin a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial, limitando así uno de los principales instrumentos utilizados por las empresas multiservicio para reducir costes laborales. En segundo lugar, modificó el artículo 42.6 del Estatuto de los Trabajadores con el objetivo de establecer un criterio normativo claro sobre el convenio colectivo aplicable en los supuestos de descentralización productiva. Esta última medida respondió a la necesidad de corregir los efectos distorsionadores derivados del uso estratégico de los convenios de empresa y de garantizar una mayor coherencia en la protección de las condiciones laborales del personal subcontratado. No obstante, la nueva redacción del precepto ha suscitado diversas dudas interpretativas y ha abierto nuevos debates doctrinales y jurisprudenciales que merecen ser analizados con detenimiento.

En cuanto a la supresión de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en materia salarial²⁷, el legislador eliminaba, con ello, la posibilidad de perseguir unos costes operativos más bajos a costa de precarizar las relaciones laborales descentralizadas. En consecuencia, se suprimía uno de los incentivos más importantes que tenían las empresas multiservicios para suscribir convenios de empresa para tratar de huir de la negociación sectorial²⁸.

No obstante, debe matizarse y reconocerse que, si bien tras la reforma laboral de 2021 las empresas no pueden devaluar las condiciones salariales recurriendo a

²⁶ 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.

²⁷ El listado de materias respecto de las que sí es posible acordar un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa a partir del RDL 32/2021 son: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa; e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET (art. 84.2 ET).

²⁸ Alfonso Mellado, C.L., “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 32/2021: orígenes y contenido”. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez

la prioridad aplicativa en dicha materia, ello no impide que un convenio colectivo de empresa mantenga salarios inferiores a los del convenio sectorial. Ello ocurrirá cuando el de empresa haya sido suscrito con anterioridad al sectorial y, por tanto, resulta de aplicación preferente conforme al artículo 84.1 ET²⁹. Esta prohibición de concurrencia queda referida a la vigencia inicial pactada o a la prorrogada expresa o tácitamente por las partes, pero no al periodo de ultraactividad³⁰.

La anterior regla puede fomentar una negociación colectiva más dinámica, al favorecer la desaparición de unidades de negociación agotadas y sin margen para alcanzar nuevos acuerdos. Sin embargo, también puede poner en riesgo la continuidad de otras unidades con arraigo histórico y voluntad de permanencia, si circunstancialmente su convenio colectivo se sitúa en ultraactividad y existiera otro concurrente con el mismo. Para conjugar ambos intereses –el impulso a la renovación y la protección de estructuras negociadoras consolidadas–, algunos pronunciamientos judiciales han reconocido la posibilidad de “impermeabilizar” la unidad de negociación durante el periodo de ultraactividad, siempre que se haya iniciado y mantenido de forma efectiva la negociación de un nuevo convenio³¹.

No obstante, en mi opinión, la solución facilitada por la jurisprudencia no resulta adecuada por dos motivos. Primero, porque en muchas ocasiones será difícil determinar cuándo se está manteniendo un proceso de negociación de forma efectiva y de buena fe entre las partes. Negociaciones con avances limitados, que se desarrollan durante años, pero con intercambio real de propuestas podrían ser interpretadas como procesos frustrados o como procesos activos, lo que podría generar pronunciamientos contradictorios. Segundo, porque construye una teoría que afecta a una institución nuclear del sistema de fuentes sobre la única base de

Iniesta, G. (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*. Laborum, Murcia, 2022, p. 477.

²⁹ *Id.* STS de 29 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:407). No obstante, ello ciertamente no será habitual entre las empresas multiservicios, pues precisamente se lanzaron a aprobar convenios de empresa para inaplicar las condiciones de los sectoriales, que eran anteriores, *vid.* Alfonso Mellado, C.L., “La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 32/2021: orígenes y contenido”, *op.cit.*, p. 482.

³⁰ Entre otras, STS de 10 de octubre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3749), STS de 17 de junio de 2025 (ECLI: ES:TS:2025:2995). *Id.*, también, la STS de 23 de abril de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:1921), que aplica el régimen transitorio de la DT 7ª del RDL 32/2021 para declarar de aplicación el convenio sectorial en materia salarial. Aunque a la misma conclusión se debería llegar en el supuesto planteado aplicando las reglas generales. En sentido discordante, defendiendo que el Estatuto de los Trabajadores no establece diferencias entre los diferentes periodos de “vigencia” –inicial, prorrogada o ultraactividad–, *vid.* Gorelli Hernández, J. “Concurrencia de convenios colectivos en situación de ultraactividad”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 271/2024, (versión electrónica), p. 5.

³¹ STS 17 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:3333).

la voluntad de las partes³². Así, si negocian de buena fe, aunque no alcancen resultados durante años, lograrán la impermeabilización de la unidad, provocando con ello una petrificación de la unidad sin avances reales para ninguna de las partes. Por ello sostengo que es preciso distinguir entre dos fases dentro del periodo de ultraactividad de un convenio: una ultraactividad blindada y una ultraactividad vulnerable³³.

La ultraactividad blindada se extendería desde la denuncia del convenio colectivo hasta el transcurso de un año, durante el cual la unidad de negociación quedaría protegida por la prohibición de concurrencia prevista en el artículo 84.1 ET. Este plazo encuentra fundamento en el artículo 86.3 ET, que establece que, durante el año posterior a la denuncia, las partes deben someterse a los procedimientos de mediación previstos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. El legislador parece considerar este momento como decisivo para dinamizar la negociación y desbloquear situaciones de estancamiento. Por ello, creo que se configura como un marco temporal razonable para salvaguardar la unidad negociadora frente a la irrupción de convenios de otro ámbito.

Transcurrido dicho plazo, la unidad de negociación entraría en una fase de ultraactividad vulnerable, en la que el convenio seguiría desplegando todos sus efectos entre las partes, pero este sí podría verse afectado y sustituido por convenios colectivos de ámbito distinto –ya sea superior o inferior, según el caso–. Si las partes desean preservar la unidad de negociación y, por tanto, evitar este escenario de ultraactividad vulnerable, disponen de dos opciones. En primer lugar, optar por una prórroga –temporal o indefinida– del convenio colectivo, evitando así su denuncia formal³⁴. En segundo lugar, las partes podrían alcanzar un acuerdo para renovar el convenio dentro del año de ultraactividad blindada.

En cuanto a la reforma del artículo 42.6 ET, la segunda de las modificaciones sustanciales en materia de determinación del convenio colectivo aplicable introducidas por el RDL 32/2021, esta incorporó, por fin, en este precepto una

³² El Tribunal Supremo ha indicado en reiteradas ocasiones que la elección del convenio colectivo aplicable es indisponible para las partes y que es una cuestión de orden público, entre otras, *vid.* STS 2 de julio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3329), 10 de octubre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:4056) y 21 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:301).

³³ En similares términos, se ha defendido la diferenciación entre ultraactividad fuerte y débil, Rey Guanter, S. del, “Estructura de la negociación colectiva y reglas de concurrencia”, ponencia presentada en el Foro de debate CCNCC, Madrid, 5 de junio de 2025.

³⁴ En este sentido, debe subrayarse la importancia de distinguir cuidadosamente entre dos figuras en apariencia similares –la prórroga del convenio o su denuncia y posterior vigencia ultraactiva–, pero que generan consecuencias jurídicas muy distintas, como se apuntó *ut supra*. Sobre dicha diferencia, *vid.* Sánchez Del Olmo, V., “Ultraactividad: evaluación de la recuperada ultraactividad indefinida en defecto de pacto”. Gordo González, L., *El impacto de la reforma laboral de 2021 en la negociación colectiva, en prensa*, 2025, pp. 286-287.

regulación legal para concretar cómo determinar el convenio colectivo aplicable a empresas que participaran en la descentralización de servicios. Dicha regulación resulta especialmente útil en los casos en los que interviene una empresa multiservicio. Esta norma, con una redacción más que críptica y cuestionable, debe ser aplicada en sentido inverso al que está redactada.

Así, primero, en los supuestos de subcontratación resulta de aplicación el convenio colectivo de empresa de la contratista o subcontratista³⁵, en los términos que resulten del artículo 84 ET. Debe volver a destacarse que estos convenios de empresa ya no tendrán prioridad aplicativa en materia salarial y, por tanto, no podrán fijar condiciones tan precarias como antes de la reforma laboral. Asimismo, debe precisarse que la remisión al artículo 84 ET en su integridad parece indicar que no se está creando en este apartado una excepción a la norma anticoncurrencia del citado precepto. Por tanto, el convenio colectivo de la empresa contratista o subcontratista resultará de aplicación siempre que respete la regla *prior tempore potior in iure* respecto de otros convenios previos³⁶.

Segundo, en defecto de la primera opción, resultará de aplicación el convenio colectivo del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III. Este doble inciso del artículo 42.6 ET arroja dudas sobre cómo debe ser interpretado, pues parece que ambas previsiones pudieran conducir exactamente a determinar aplicable el mismo convenio colectivo. Lectura que debe ser rechazada, en mi opinión, por suponer una interpretación irrazonable del precepto legal. En consecuencia, debe partirse de la necesidad de desentrañar dos escenarios respecto del primer párrafo del artículo 42.6 ET de tal forma que conduzcan a determinar diferentes convenios colectivos de aplicación.

La primera parte del precepto parece más claro. Supone incorporar a la Ley el criterio que había sido previamente fijado por el Tribunal Supremo, como se ha señalado en el apartado anterior, cuando las empresas contratistas carecen de convenio de empresa³⁷. Ello es especialmente relevante en las empresas

³⁵ No obstante, para que resulte de aplicación el convenio de empresa se exige que el ámbito del dicho convenio esté bien definido y no excluya la actividad subcontratada. En cuyo caso, resultará de aplicación la regla siguiente. Es decir, el convenio del sector de la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, *vid.* STSJ Madrid de 15 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TSJM:2023:13706).

³⁶ López Terrada, E., “La determinación del convenio colectivo aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas”. *Lex Social, Revista jurídica de los derechos sociales* núm. 1/2025, p. 10.

³⁷ Similar alternativa fue también la elegida por el legislador para regular la subcontratación en el sector público. No obstante, en este caso solo referidas a las condiciones salariales, *vid.* art. 122.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

multiservicios porque, dada su actividad plural, estas no pueden incluirse en ningún convenio sectorial normal. En estos casos, por tanto, el legislador ha sido partícipe de que, ante la ausencia de una actividad preponderante, adquiere protagonismo las funciones desarrolladas por las personas trabajadoras para determinar el convenio colectivo aplicable. Así, las empresas multiservicios podrán quedar vinculadas por diversos convenios colectivos³⁸, tantos como actividades desarrollen sus trabajadores. De hecho, incluso podrán ofrecer sus servicios a un mismo cliente teniendo que aplicar varios convenios colectivos³⁹, si prestan para él diferentes actividades.

Como se ha señalado, la segunda previsión –salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III– debe conducir, por tanto, a otro convenio colectivo aplicable que no sea el de la actividad desarrollada en el marco de la contrata. Dos son las interpretaciones que me parecen más razonables y compatibles.

En primer lugar, el primer bloque de convenios que pueden ser concretados a partir de la previsión anterior son aquellos convenios alcanzados en unidades anómalas en la tradición de nuestro país. Nos estamos refiriendo a una serie de convenios colectivos sectoriales acordados en el marco de actividades subcontratadas transversales, como, por ejemplo, el XXIII Convenio colectivo de contratas ferroviarias (BOE de 14 de junio de 2022⁴⁰) o el convenio colectivo de las Contratas de limpieza de centros educativos dependientes del Departamento de Educación dependientes del Gobierno Vasco (BOPV de 23 de junio de 2003)⁴¹.

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014: “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación”.

³⁸ Aunque pudiera parecer anómalo que una empresa deba aplicar una multiplicidad de convenios colectivos, lo cierto es que nuestro ordenamiento ha contemplado dicha solución con normalidad en otras circunstancias, tales como, por ejemplo, los supuestos en los que la empresa tenga varios convenios franja o cuando se produzca un supuesto de sucesión empresarial en el que se deba mantener el convenio o convenios de la entidad anterior.

³⁹ Puebla Pinilla, A. de la, Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas. Goerlich Peset, J.M., Mercader Uguina, J.R. y Puebla Pinilla, A. de la, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 135.

⁴⁰ El Tribunal Supremo ha reconocido que este Convenio tiene entidad propia derivada de la configuración diseñada por los negociadores y por la tradición normativa de nuestro país, STS de 17 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:963).

⁴¹ Una muestra de estos convenios puede consultarse en Mercader Uguina, J.R., 2023. “La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: la vida sigue igual...”. *El foro de Labos* [en línea]. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/02/la-determinacion-del-convenio-aplicable-a-contratas-y-subcontratas-la-vida-sigue-igual/> [consulta: 18 de marzo de 2025].

También podría encuadrarse aquí un convenio colectivo sectorial de las empresas multiservicios⁴², en caso de que se alcanzase.

El segundo lugar, de forma más interesante, pero compatible con la anterior, es posible que ese convenio alternativo dispuesto conforme al Título III del Estatuto de los Trabajadores se refiera al convenio del sector de la empresa principal⁴³. Debe tenerse en cuenta que el propio Tribunal Supremo ha reconocido que es posible que los convenios de la empresa principal incluyan en su ámbito funcional y en su clasificación profesional las actividades desarrolladas por empresas externalizadas⁴⁴. El impedimento para aplicar estos convenios colectivos no era la validez de la definición de sus grupos profesionales y de su ámbito funcional, el obstáculo era la ausencia de una previsión legal⁴⁵. Esa omisión, en mi opinión, es la que habría quedado corregida tras el RDL 32/2021⁴⁶. El criterio teleológico vendría a confirmar esta interpretación, pues la propia exposición de motivos de la norma señala como uno de sus objetivos “procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales”. Asimismo, señala que sería “difícilmente defendible que dos personas que realizan trabajos de igual valor tengan condiciones laborales diferentes”.

En consecuencia, parece razonable y ajustado a derecho sostener que la nueva redacción del art. 42.6 ET implica que la subcontratación de la propia actividad deberá estar sometida al convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa

⁴² Sala Franco, T., *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 86 y 87.

⁴³ Puebla Pinilla, A. de la, *Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas*, *op.cit.*, p. 137. En sentido discrepante, Monereo Pérez, J.L., “Subcontratación empresarial y reforma laboral”. Monereo Pérez, J.L., Rodríguez Escanciano, S. y Rodríguez Iniesta, G. (Dir.), *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*. Laborum, Murcia, 2022, pp. 330 y ss y López Terrada, E., “La determinación del convenio colectivo aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas”, *op.cit.*, p. 11. Se ha señalado que, si empresa principal y contratista se dedican a la misma actividad, entonces el convenio colectivo de aplicación siempre será el convenio del sector de la principal, al estar ambas compañías –principal y contratista– incluidas dentro del ámbito funcional de dicho convenio, *vid.* Escudero Prieto, A., “Determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas y subcontratistas. El nuevo art. 42.6 del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*. Laborum núm. 8/2023, p. 74.

⁴⁴ “Es lógico que, en los supuestos de subcontratación, las funciones que realicen los trabajadores de las empresas contratistas también encajen en la clasificación profesional del convenio colectivo sectorial aplicable a la empresa principal, toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con trabajadores directos suyos”, *vid.* STS 12 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:486).

⁴⁵ STS de 12 de marzo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1718).

⁴⁶ En sentido crítico, Martínez Moreno, C., *Reforma laboral*. Francis Lefebvre, Madrid, 2022, pp. 42-43.

principal⁴⁷. Ello desde luego evitaría situaciones escandalosas y precarizadoras en la externalización de servicios⁴⁸.

Como se ha constatado, los interrogantes sobre el artículo 42 ET son aún abundantes. Aunque lo ideal sería una intervención del legislador para clarificar el contenido y alcance de este precepto, será más probable que sea la jurisprudencia la encargada de clarificar el mismo.

2.3. La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones laborales en supuestos de descentralización productiva

La Ley, como se acaba de señalar, tiene un papel central y decisivo en la regulación de las condiciones laborales en contextos de descentralización productiva. Sin embargo, ello no excluye que la negociación colectiva pueda intervenir e influir significativamente en dicha regulación. De hecho, ante la ausencia de una normativa específica hasta el año 2021, la negociación colectiva desarrolló diversos intentos orientados a tratar de concretar ámbitos funcionales que tuvieran en cuenta procesos de descentralización, que aún hoy pueden resultar eficaces en algunos contextos.

En concreto, la negociación colectiva trató de ampliar el perímetro de los convenios colectivos sectoriales para incluir dentro de los mismos las actividades auxiliares o conexas con la principal. Con ello pretendían evitar la evasión de la regulación colectiva sectorial y obligar a todas las empresas multiservicios comprendidas en dicho ámbito a respetar la regulación básica. Los promotores, principalmente las organizaciones sindicales, diseñaron diferentes tipos de cláusulas protectoras de los derechos de las personas trabajadoras en procesos de descentralización. Al respecto es posible identificar tres grandes tipos de cláusulas: inclusivas, prohibitivas y extensivas⁴⁹.

Las cláusulas inclusivas –también denominadas colonizadoras– incorporadas en los convenios colectivos suelen resultar, por lo general, incompatibles con el

⁴⁷ Se ha criticado que la subcontratación de la propia actividad pueda soslayar el ámbito convencional aplicable, *vid.* Esteve Segarra, A., “La limpieza en subcontratas de hostelería ¿«no es» del convenio de hostelería?”. *Trabajo y Derecho* núm. 85/2022 (versión electrónica), p. 12. Asimismo, voto particular formulado por el magistrado Florentino Eguaras Mendiri en la STSJ País Vasco de 21 de marzo de 2017 (ECLI:ES:TSJPV:2017:1023).

⁴⁸ Nótese, por ejemplo, que los hechos que debe analizar la STS 12 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:486) consisten en la externalización del 90% de la plantilla de una empresa en una subcontrata multiservicios. Trabajadoras que en la empresa principal eran camareras de piso, sometidas al Convenio colectivo de hostelería, pero que, tras la externalización –trabajando en el mismo centro de trabajo y haciendo las mismas funciones–, se convirtieron en limpiadoras sometidas al Convenio colectivo de limpieza.

⁴⁹ Un análisis de este tipo de cláusulas puede ser consultado en Melián China, L.M., *El sistema de negociación colectiva y sus reglas de articulación. La estructura negocial en los*

marco legal vigente⁵⁰. Estas buscan ampliar al ámbito funcional del convenio en el que se incorporaban. Por ello los tribunales han anulado en ocasiones este tipo de cláusulas, al infringir el principio de correspondencia suponiendo una ampliación arbitraria del ámbito de aplicación del convenio colectivo. No obstante, estas resultan contrarias al ordenamiento jurídico cuando la inclusión es artificial y forzada. No debería ocurrir así, como ya se ha señalado, cuando el convenio colectivo incorpora actividades y funciones que encajan en el proceso productivo de la empresa principal, toda vez que son tareas que esta empresa puede desarrollar con sus propios trabajadores⁵¹.

Por su parte, con carácter general, las cláusulas prohibitivas y las extensivas sí parecen encontrar acomodo en nuestro ordenamiento jurídico al no infringir la arquitectura de la negociación colectiva diseñada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Las disposiciones prohibitivas pretenden impedir en un sector la externalización de servicios a través de contratas –sean multiservicios o no–. La limitación a la subcontratación diseñada en cada convenio podría ser cuantitativa o cualitativa. Las primeras son aquellas que restringen el número de subcontrataciones posibles⁵². En cuanto a las limitaciones cualitativas, las hay que exigen que la subcontratación no suponga una reducción de la mano de obra directa⁵³. Otras, por ejemplo, excluyen la subcontratación de algún tipo de empresa, como las cooperativas de trabajo asociado⁵⁴.

Ambas restricciones, cualitativa o cuantitativa, podría pensarse que suponen una restricción injustificada de la competencia en el mercado, al perjudicar la actividad de terceros agentes económicos. No puede dejar de reconocerse que la opción empresarial por la subcontratación es una decisión legítima al amparo de la libertad de empresa y del ordenamiento laboral, que regula, pero no impide, dicha subcontratación. Sin embargo, estas cláusulas no han sido tachadas de nulidad por vulnerar la libre competencia. Ello porque su fundamento es el mantenimiento o incremento del empleo estable. En este sentido, “es claro que el

diversos escenarios de la producción. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp.237-239.

⁵⁰ Lahera Forteza, J. *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 56.

⁵¹ En sentido contrario, Thibault Aranda, X., “Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas”. Pérez De Los Cobos Orihuel, F., (dir.), *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 127.

⁵² Art. 11 VII Convenio colectivo de industrias de ferralla 2023-2024 (BOE de 16 de febrero de 2024).

⁵³ Art. 68 Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022).

⁵⁴ DA 1ª Convenio colectivo estatal del sector de industrias cárnicas (BOE de 16 de julio de 2022).

fomento de la contratación por cuenta ajena, frente a la subcontratación, ósea la satisfacción preferente de las necesidades laborales de la empresa con personal interno propio, no constituye una política ajena al ámbito de la potestad normativa de la autonomía laboral, que delinea el art. 85 del E.T.”⁵⁵. Por tanto, estas cláusulas no suponen una práctica restrictiva de la competencia al no ser ajenas a la potestad normativa de la autonomía colectiva.

Finalmente, las cláusulas extensivas también parecen acomodarse al marco legal y son válidas y adecuadas para lograr los fines perseguidos –proteger los derechos del personal que presenta sus servicios en empresas externalizadas–. Estas cláusulas obligan a las empresas principales, integradas correctamente en el ámbito funcional del convenio sectorial, a que exijan que las condiciones del personal de las empresas externalizadas sean las mismas que las de su propio personal⁵⁶. Este tipo de cláusulas, por tanto, van más allá del marco legal y resultan un buen ejemplo de cómo la negociación colectiva sigue teniendo espacio para desarrollar mejoras en las condiciones laborales.

En definitiva, la negociación colectiva ha demostrado ser una herramienta de gran relevancia para suplir las insuficiencias del marco normativo de nuestro país. Aunque las cláusulas inclusivas, prohibitivas y extensivas fueron ideadas en un escenario de completo silencio normativo, siguen siendo eficaces para preservar derechos laborales y garantizar condiciones de trabajo dignas ante la inseguridad jurídica derivada de la nueva redacción del artículo 42.6 ET.

3. LA NUEVA ¿PRIORIDAD APLICATIVA? DEL CONVENIO AUTONÓMICO Y PROVINCIAL

La articulación de los diferentes niveles de negociación colectiva –nacional, autonómico o provincial– constituye una materia en la que recientemente se han producido interesantes novedades que deben ser analizadas con detenimiento.

Tradicionalmente, la distribución territorial de la negociación colectiva ha estado también condicionada por el criterio general de prohibición de concurrencia del artículo 84.1 ET, que otorga preferencia al acuerdo suscrito con anterioridad (*prior tempore potior in iure*)⁵⁷. Esta norma impedía que pactos posteriores, alcanzados en otras unidades de negociación, afectaran al ya vigente.

⁵⁵ SAN de 7 noviembre 2011 (ECLI: ES:AN:2001:6579).

⁵⁶ Este tipo de cláusulas han sido validadas por el Tribunal Supremo, *vid.* STS de 13 de julio de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2881).

⁵⁷ Ya explícitamente contemplado en la STS de 29 de enero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:560).

Sin embargo, el legislador ha ido introduciendo diversas excepciones que han ido cambiando la fisonomía de las normas de concurrencia⁵⁸.

Ya se ha tenido la oportunidad de abordar los efectos que los RDL 7/2011, 3/2012 y 31/2021 han tenido en la determinación del convenio colectivo aplicable. Más recientemente, el Real Decreto-ley 2/2024⁵⁹, aunque tenía por objeto principal la reforma de la prestación y del subsidio por desempleo, ha llevado a cabo la última de las variaciones más importantes en la prohibición de concurrencia. El Real Decreto-Ley dio una nueva redacción al artículo 84 ET, que altera de forma relevante la estructura territorial de la negociación colectiva en nuestro país. En concreto, en cumplimiento del acuerdo alcanzado entre el Partido Socialista Obrero Español y el Partido Nacionalista Vasco⁶⁰, modificó los criterios tradicionales de relación entre convenios estatales y autonómicos y provinciales, que serán analizados a continuación.

3.1. Reglas de concurrencia y Convenio colectivo autonómico

Con carácter general antes de la reforma de 2024, como se ha señalado, el principio de no concurrencia impedía que un convenio aprobado con posterioridad afectara al ámbito funcional de uno suscrito previamente. No obstante, se admitía la negociación de convenios sectoriales autonómicos que pudieran incidir sobre lo dispuesto en los acuerdos de ámbito estatal previamente alcanzados, salvo en determinadas materias que estaban reservadas a este último nivel: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual, el régimen disciplinario, las normas mínimas en prevención de

⁵⁸ Se ha señalado, a consecuencia de la última de las reformas aprobadas, que “la excepción parece convertirse en la regla” y que “la afectación de un convenio por otro durante su vigencia es cada vez más fácil y asequible”, *vid.* Marín Alonso, I., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal y su impacto en la estructura negociadora”. *Temas Laborales* núm.171/2024, p. 65.

⁵⁹ Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo (BOE de 22 de mayo de 2024). El anterior Real Decreto-ley constituye el segundo intento a través del cual la coalición de Gobierno –PSOE y SUMAR– trataba de cumplir con su compromiso con el PNV, tras el fracaso en la convalidación del RDL Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes, para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo.

⁶⁰ Acuerdo de investidura EAJ-PNV / PSOE, 10 de noviembre de 2023, disponible en: <https://www.eaj-pnv.eus/es/documentos/21097/acuerdo-de-investidura-eaj-pnv-psoe> [consulta: 16 de abril de 2025].

riesgos laborales y la movilidad geográfica (artículo 84.4 ET). Este listado podía ser ampliado o reducido mediante acuerdos interprofesionales, al amparo del artículo 83.2 ET, lo que dejaba un amplio margen para que cada sector configurara la estructura que considerara más adecuada.

El RDL 2/2024 ha introducido dos importantes modificaciones en la prioridad del convenio autonómico. En primer lugar, aunque ha mantenido inalterado ese listado de materias, suprimió la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales ampliaran o redujeran el catálogo de materias reservadas a los convenios sectoriales nacionales. Por tanto, el listado previsto en el nuevo artículo 84.5 ET es ahora un *numerus clausus*, respecto del que el convenio autonómico no dispone de prioridad aplicativa y, por tanto, en caso de regular estas materias, resultará de aplicación la regla general anticoncurrencia prevista en el artículo 84.1 ET⁶¹, resultando de aplicación el convenio suscrito previamente.

En segundo lugar, el nuevo apartado 84.3 ET establece la prioridad aplicativa del convenio sectorial autonómico respecto del estatal, en las materias que no estén en el listado previamente señalado, siempre que los primeros sean aprobados por las organizaciones con la legitimidad inicial, plena y decisoria correspondiente, conforme a los arts. 87 y 88 ET, como no podría ser de otra forma⁶². No obstante, dicha prioridad queda condicionada a que el nivel autonómico fije una regulación más beneficiosa que el convenio sectorial estatal. La regulación se separa, por tanto, en este punto de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, contemplada desde el año 2012 por nuestro ordenamiento, que no tiene porqué mejorar la regulación de los convenios previos sobre los que se antepone. Asimismo, el apartado 84.3 ET extiende también la misma prioridad a los acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico, respecto de los estatales⁶³. Sin embargo, difícilmente se podrá llevar a cabo un análisis de mayor favorabilidad entre estos acuerdos, pues las normas sobre estructura son más cualitativas que

⁶¹ En términos similares, Cabero Morán, E., “La propuesta de prioridad aplicativa de los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de comunidad autónoma”. *Trabajo y Derecho* núm. 110/2024, (versión electrónica), p. 7.

⁶² Se ha señalado que solo el País Vasco podría hacer uso de forma interesante de esta prioridad aplicativa autonómica, puesto que en el resto de las comunidades las confederaciones sindicales mayoritarias a nivel del país mantienen su hegemonía a través de sus confederaciones afiliadas, y por tanto respetan la disciplina de los convenios colectivos centrales, *cfr.* Ojeda Avilés, A., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos vascos y el cambio constitucional”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* núm. 68/2024, p. 267.

⁶³ Con ello, el legislador finalmente resuelve una laguna de nuestro ordenamiento, la carencia de normas que resolvieran la concurrencia conflictiva entre acuerdos interprofesionales, *cfr.* Martínez Gayoso, M. de las N., “Estado de las autonomías y negociación colectiva”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 62, 2023 [en línea]. Disponible en: <https://www.aedtss.com/estado-de-las-autonomias-y-negociacion-colectiva/> [consulta: 16 de abril de 2025].

cuantitativas y, por tanto, no parecen admitir comparación posible en términos de norma más favorable⁶⁴.

La incorporación de una regla de favorabilidad entre normas convencionales plantea varias cuestiones sobre las que debemos detenernos: qué debe entenderse por tal criterio, qué disposición resulta más beneficiosa y en qué momento debe aplicarse dicha valoración.

En primer lugar, la exigencia de que el convenio autonómico sea más favorable supone incorporar al ordenamiento un criterio de norma mínima entre disposiciones convencionales⁶⁵. Hasta 2024, este criterio de mayor favorabilidad entre convenios había sido rechazado de forma reiterada por los tribunales, al entender que el artículo 3.3 ET solo resultaba de aplicación para resolver la concurrencia de normas de diferente rango jerárquico, siendo el artículo 84 ET la norma especial para resolver conflictos entre convenios⁶⁶. La nueva relación entre convenios provoca que, en mi opinión, no sea completamente correcto hablar de prioridad aplicativa del convenio autonómico. El legislador no ha incorporado una prioridad de los textos autonómicos frente a otros, como sí ocurre con el convenio de empresa (art. 84.2 ET). En realidad, la reforma introdujo un principio de jerarquía de los convenios estatales sobre los autonómicos⁶⁷, ya que estos últimos deben respetar y, en su caso, mejorar el contenido de los primeros.

En segundo lugar, por lo que respecta al análisis de favorabilidad entre cláusulas, la parca regulación nos lleva a preguntarnos si dicha favorabilidad debe evaluarse respecto de cada una de las materias abordadas por el nuevo convenio autonómico, o si, por el contrario, debe apreciarse en función del conjunto del texto convencional. El Tribunal Supremo ha negado en reiteradas ocasiones la posibilidad de adoptar técnicas de espiguelo en el análisis y comparación entre Convenios⁶⁸. Sin embargo, la literalidad de la norma, al reservar de forma expresa un listado tasado de materias al convenio sectorial estatal, parece imponer ese

⁶⁴ Es posible que los acuerdos interprofesionales también incorporen regulación sobre las condiciones de trabajo. En cuyo caso, sí resultaría de aplicación la norma de mayor favorabilidad, *vid.* López Terrada, E., “La determinación del convenio colectivo aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas”, *op.cit.*, p. 25.

⁶⁵ Marín Alonso, I., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal y su impacto en la estructura negociadora”, *op.cit.*, p. 66.

⁶⁶ STS de 1 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1771).

⁶⁷ Se ha señalado que la aplicación del criterio de norma mínima exige que entre las normas convencionales exista una relación de jerarquía, *vid.* Mercader Uguina, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Ediciones Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, p. 279.

⁶⁸ Entre otras, STS de 5 de febrero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:516), de 30 de octubre de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:5382), de 4 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3749) y 2 de julio de 2025 (ECLI: ES:TS:2025:3326).

espiguelo normativo⁶⁹, al menos respecto de esas materias normativas y, por tanto, rompiendo la unidad del convenio y cuestionando las cláusulas de vinculación a la totalidad en ellos contenidas⁷⁰. En cualquier caso, se opte por una u otra interpretación, parece que la nueva regulación nos aboca a una gran litigiosidad para determinar qué convenios son más favorables a otros en caso de concurrencia.

Finalmente, la regla de preferencia impone, como se ha señalado, que el Convenio autonómico sea más favorable. Sin embargo, no determina el momento del cómputo de dicha norma más favorable. Por ello, podría defenderse que la mejora solo es exigible en el momento inicial del pacto de preferencia y que a partir de dicho instante se desarrollaría un nuevo Convenio/unidad de negociación, que disfrutaría de la prohibición general de no concurrencia prevista en el art. 84.1 ET. Por tanto, mejoras posteriores del Convenio sectorial estatal no le resultarían de aplicación. Sin embargo, teniendo en cuenta que el legislador ha optado por no replicar el modelo de preferencia aplicativa del convenio de empresa, parece que un criterio sistemático nos aboca a entender que los convenios autonómicos deberán contener en todo momento normas más favorables que los acuerdos nacionales. En este sentido, debe sostenerse que las unidades autonómicas se deberán actualizar conforme vayan mejorando las condiciones previstas en los acuerdos estatales.

3.2. Interrogantes vinculados a la prioridad del convenio colectivo provincial

Si los interrogantes planteados respecto de la nueva relación del convenio autonómico con otros niveles territoriales no fueran suficientes, el artículo 84.4 del ET contempla también una nueva “prioridad aplicativa” del convenio colectivo sectorial provincial. A este respecto, son extensibles a esta prioridad las observaciones que hemos realizado previamente en relación con el convenio autonómico. Además, conviene realizar dos precisiones adicionales.

En primer lugar, la prioridad aplicativa del ámbito provincial queda condicionada y sometida a que un acuerdo de interés profesional de ámbito autonómico posibilite dicha circunstancia. Dicha previsión supone una norma especial frente a la regla general prevista en el artículo 83.2 ET, que contempla que se podrá establecer —mediante acuerdos interprofesionales, convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico— cláusulas sobre la estructura

⁶⁹ Vid. Ojeda Avilés, A., La prioridad aplicativa de los convenios colectivos vascos y el cambio constitucional. *op.cit.*, p. 271; Marín Alonso, I., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico sobre el estatal y su impacto en la estructura negociadora”, *op.cit.*, p. 67. En sentido contrario, López Terrada, E., “La determinación del convenio colectivo aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas”, *op.cit.*, p. 26.

⁷⁰ Señalando que han perdido su “virtualidad jurídica” este tipo de cláusulas y la doctrina del equilibrio interno del convenio, *vid.* Cairós Barreto, D.M., *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*. Bomarzo, Albacete, 2012, p. 56.

de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. Por tanto, de ello se deriva que ni los convenios colectivos sectoriales autonómicos ni nacionales, ni los acuerdos de interés profesional estatal son instrumento hábil para llevar a cabo dicha autorización.

En segundo lugar, el nuevo art. 84.3 determina que el “suelo” que deberán respetar y mejorar los convenios sectoriales provinciales sea el previsto por la negociación sectorial estatal. No obstante, no contempla qué ocurrirá en aquellos supuestos en los que los Convenios sectoriales autonómicos hayan mejorado la regulación prevista por los instrumentos sectoriales estatales. No parece posible sostener a la vista de la literalidad del nuevo precepto que el ámbito autonómico se convierta en una nueva norma mínima automáticamente para el nivel provincial. Dicha interpretación alteraría de forma sistémica nuestro modelo de relaciones laborales, estableciendo una prelación entre convenios sectoriales de diferente ámbito territorial y rompiendo con la “inmunidad” de las unidades de negociación, que se verían condicionadas siempre por lo acordado en unidades de ámbito superior.

Por tanto, parece que el nuevo art. 84.4 ET posibilita la existencia de un convenio sectorial provincial que mejore el suelo estatal, pero empeore el autonómico. Dicho posible efecto parece lejano a los objetivos de los partidos políticos negociadores y, sin embargo, es quizás la interpretación más ajustada a la literalidad de la norma. No obstante, es cierto que si los agentes sociales desean evitar dicho posible efecto la negociación colectiva autonómica es libre de fijar reglas al respecto para ordenar la estructura negocial provincial.

4. DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN SITUACIONES LABORALES ESPECÍFICAS

Además de los dos grandes bloques de problemas transversales previamente analizados en relación con la determinación del convenio colectivo aplicable, cabe señalar la existencia de otras dificultades más específicas que afectan a determinados sectores o a formas particulares de prestación de servicios. En este sentido, deben destacarse, entre otros, los supuestos referidos a los centros especiales de empleo, al sector público y a las empresas que desarrollan su actividad haciendo uso del teletrabajo.

Cada uno de estos escenarios presenta particularidades que inciden en la correcta identificación del convenio colectivo aplicable, ya sea por la singularidad del sujeto empleador, por la dispersión geográfica de la actividad o por las

condiciones en que se presta el trabajo. A continuación, se analizarán de forma separada los principales problemas que plantea cada uno.

4.1. Reglas de determinación del Convenio colectivo en centros especiales de empleo

La determinación del Convenio colectivo aplicable en los centros especiales de empleo ha sido objeto de intensas controversias a lo largo del tiempo. Estas entidades son empresas cuyo objetivo principal es realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y teniendo como finalidad el asegurar un empleo remunerado a personas trabajadoras con discapacidad, al ajustar y adecuar las condiciones de la prestación a las condiciones de cada persona⁷¹. La plantilla de los centros especiales de empleo estará constituida por el mayor número de personas trabajadoras con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo y, en todo caso, por el 70% de aquélla⁷².

Las especiales características de estas organizaciones, clave para fomentar la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral, han llevado a que el legislador dote a estos centros de normas especiales en materia laboral, como, por ejemplo, ayudas a la contratación y a la adaptación de los puestos de trabajo. La determinación del convenio colectivo aplicable a los centros especiales de empleo también se rige por reglas especiales.

En primer lugar, el convenio colectivo aplicable a este tipo de empresas se negocia entorno a una unidad con características especiales. De forma ordinaria en nuestro país el ámbito funcional de los convenios colectivos viene marcado por el perímetro de la actividad desarrollada, ya sea en el sector o en la empresa, que además deben cumplir con el principio de correspondencia, como ya se ha tenido la oportunidad de señalar previamente. Lo cierto es que los centros especiales de empleo pueden realizar muy distintas actividades –desde hostelería a gestión de residuos o limpieza–. Por ello, de aplicar el criterio ordinario, cada centro quedaría vinculado por convenios sectoriales diferentes, negociados sin tener en cuenta las especiales condiciones de la plantilla de estos centros. Quizás, para dar respuesta a esta evidencia, los agentes sociales constituyeron hace mucho tiempo una unidad de negociación específica, que da cobertura negocial a estos proyectos empresariales⁷³, con independencia de las funciones o actividades a las

⁷¹ Vid. Art. 1 Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Centros Especiales de Empleo definidos en el artículo 42 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.

⁷² Art. 43.2 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

⁷³ El primer Convenio Colectivo estatal para los Centros de Atención y Asistencia a Deficientes Mentales y Minusválidos Físicos fue publicado en BOE el 14 de septiembre de 1979. La unidad

que se dediquen estas empresas. Esta unidad, anómala en la tejido empresarial español, ha sido aceptada por el Tribunal Supremo⁷⁴, que ha declarado que la aplicación especial del Convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad se encuentra justificada y no es discriminatoria ni contraria al derecho a la igualdad, porque los trabajadores de los Centros especiales de empleo están sometidos a una relación laboral especial, que es la que sirve para definir el ámbito de aplicación del citado convenio en detrimento de los convenios sectoriales específicos en función de la actividad desarrollada.

La aplicación del convenio colectivo de centros y servicios de atención a personas con discapacidad no exige la mejora de las condiciones previstas por los convenios sectoriales específicos. Es decir, dicho convenio puede favorecer a las plantillas de los centros de trabajo, que gozarán en muchas ocasiones de mejores condiciones que aquellas otras personas trabajadoras sometidas a convenios sectoriales que regulen relaciones laborales ordinarias. No obstante, también podrán percibir peores salarios o tener peores jornadas, respecto de otros convenios. Ello no conculca tampoco el derecho a la igualdad y no discriminación y en modo alguno cabría exigir una comparación de norma más favorable entre dos convenios entre los que no existe relación de jerarquía.

La segunda de las adaptaciones en materia de selección del convenio colectivo aplicable se produce cuando los centros especiales de empleo actúan como entidades subcontratistas. En estos casos, las reglas previstas para la subcontratación, ex artículo 42.6 ET, conducirían a la aplicación del convenio colectivo de la actividad que dichos centros estuvieran desarrollando para la empresa principal y no el convenio colectivo especializado para centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Sin embargo, la disposición adicional vigesimoseptima del ET, añadida por el Real Decreto-ley 32/2021, dispone que a este tipo de contrata y subcontratas no les será de aplicación el régimen previsto en el artículo 42 ET⁷⁵. Por tanto, en los supuestos de subcontratación de la actividad

se ha mantenido activa negociando sucesivas versiones de acuerdos, hasta el más reciente XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 27 de junio de 2019).

⁷⁴ Entre otras muchas, STS de 20 de diciembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:4814) y STS de 11 de abril de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1399).

⁷⁵ Aunque no se diga, se sobreentiende que tales contrata y subcontratas serán las concertadas a través de los “enclaves laborales” que regula el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. El art. 1.2 del citado Real Decreto define los enclaves laborales como: “el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”.

laboral por centros especiales de empleo resultará de aplicación el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Dicha previsión no hace más que incorporar al texto normativo el tradicional criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que ha rechazado que las relaciones laborales de los trabajadores discapacitados destinados a la ejecución de una actividad subcontratada se rijan por el convenio colectivo correspondiente a esta en lugar de por el convenio colectivo específico de los centros especiales de empleo⁷⁶.

Finalmente, debemos realizar un último bloque de precisiones en la determinación del convenio colectivo aplicable a los centros especiales de empleo cuando estos forman parte de un proceso de sucesión empresarial. Es habitual que algunos convenios colectivos sectoriales contemplen la subrogación del personal en actividades desmaterializadas⁷⁷, es el caso, por ejemplo, de los sectores de seguridad y limpieza⁷⁸. Dichas cláusulas son vitales en actividades desmaterializadas, en las que actúan como un medio eficaz para proteger la estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras.

En aplicación de esas cláusulas, contenidas en convenios colectivos que regulan relaciones laborales ordinarias, se pueden producir dos situaciones. En primer lugar, que el centro especial de empleo sea la entidad saliente a la que le sucede una empresa ordinaria, no sometida a la legislación especial de centros de empleo. En segundo lugar, puede ocurrir, por el contrario, que el centro especial de empleo suceda a otra empresa que tenía una plantilla de trabajadores no sometidos a la relación laboral especial de personas con discapacidad en centros especiales de empleo⁷⁹. En ambos casos, se plantea el interrogante de si las cláusulas

⁷⁶ Entre otras, STS de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:5773).

⁷⁷ La STSJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C-60/17, Somoza Hermo) determinó la indiferencia de la causa que motiva la continuidad de los contratos de trabajo sobre la noción de sucesión de plantilla.

⁷⁸ Artículo 14 a 18 Convenio colectivo estatal de empresas de seguridad para el periodo 2023-2026 (BOE de 14 de diciembre de 2022) y artículos 17 y 18 del Convenio colectivo sectorial de limpieza de edificios y locales (BOE de 23 de mayo de 2013 y de 17 de octubre de 2014). No obstante, este tipo de cláusulas se encuentra recogidas en otros muchos convenios colectivos, como, por ejemplo, entre otros: vid. Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel, “La obligación de subrogación de los trabajadores: puntos conflictivos en el fenómeno sucesorio por cambio de titularidad (unidad productiva autónoma), por sucesión de plantilla y por mandato del convenio colectivo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 54/2022 [en línea], p. 10.

⁷⁹ Dicha relación laboral especial se encuentra regulada por el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo.

convencionales de los convenios sectoriales que contemplan la subrogación del personal resultan aplicables a los centros especiales de empleo.

Si la empresa entrante es un centro especial de empleo, estos convenios sectoriales de empresas ordinarias y las cláusulas para regular la subrogación de personal en supuestos de actividades desmaterializadas en ellos contenidas no les serían exigibles pues, tal y como acabamos de poner de manifiesto, a los centros especiales de empleo les resulta de aplicación el Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad. Podría pensarse, por tanto, que un centro especial de empleo entrante no debería subrogar a la plantilla de la empresa ordinaria saliente. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha señalado en ocasiones, que sí correspondería la subrogación con base en que el convenio colectivo de personas con discapacidad que resultaba de aplicación contenía una declaración general de que estos centros participan en igualdad de condiciones con el resto de las empresas y buscaban integrar en dicho proyecto tanto a personas con discapacidad como sin ellas⁸⁰. No puede compartirse la argumentación del Tribunal. Si bien es loable la búsqueda de la estabilidad de las plantillas, lo cierto es que, si la cláusula solo está en el convenio colectivo sectorial que regula relaciones ordinarias, esta no puede resultar en modo alguno aplicable al centro especial de empleo, pues, ya hemos señalado que estos centros no se encuentran dentro del ámbito funcional de los mismos. Quizás conscientes de esta precaria situación, los sujetos negociadores del Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad incorporaron a partir del año 2012 a este convenio una regulación específica sobre la subrogación⁸¹. Ello pone fin a las posibles dudas, pues ahora los centros especiales de empleo sí quedan

⁸⁰ Cfr. STSs de 21 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6223) y de 9 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2060).

⁸¹ Art. 27 XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 20 de septiembre de 2012): “Al objeto de garantizar y contribuir al principio de estabilidad en el empleo mediante cualquiera de las modalidades de contratación, las empresas y centros de trabajo cualquiera que sea su actividad, que en virtud de contratación pública, privada, por concurso, adjudicación o cualquier otro tipo de transmisión, sustituyan en la prestación de un servicio o actividad a una empresa o entidad que, bajo cualquier forma jurídica y tanto en régimen de relación laboral ordinaria o especial, estuviera incluida en el ámbito funcional del convenio, se subrogará obligatoriamente en los contratos de trabajo de los trabajadores que estuvieran adscritos a dicho servicio o actividad con una antigüedad mínima en el mismo de tres meses, en los términos que se detallan en este artículo. La citada subrogación se producirá en la totalidad de derechos y obligaciones de los trabajadores, garantizándose su continuidad en la prestación del servicio y será imperativa aun cuando ello implicará la transformación de un contrato formalizado al amparo de la relación laboral especial en centros especiales de empleo en un contrato y relación laboral ordinaria de personas con discapacidad o minusvalía”.

vinculados por la cláusula de subrogación general recogida en su propio convenio colectivo.

También se deben despejar algunas incógnitas en la determinación del convenio colectivo aplicable cuando la empresa saliente es un centro especial de empleo. Parece razonable sostener que la empresa entrante debe subrogarse como empleadora de los trabajadores del centro especial de empleo. Pues, aunque el centro especial no resultaba vinculado por el convenio sectorial, que contempla la cláusula de subrogación, la empresa entrante sí lo está⁸². No obstante, ello puede provocar una novación del régimen jurídico del personal subrogado, mermando la protección de las personas trabajadoras, ya que el nuevo empleador no tendrá la consideración de centro especial de empleo. Por tanto, la relación laboral que se entable tras la subrogación perderá la naturaleza de relación laboral especial, quedando sujeta al ET en su integridad como contrato de trabajo común⁸³.

La mencionada novación podría llevar a sostener que correspondería la extinción del contrato de trabajo del personal del centro especial por producirse una modificación sustancial del vínculo jurídico (art. 4.2 Directiva 2001/23/CE⁸⁴). En consecuencia, la extinción debería ser calificada como improcedente, conforme a las normas ordinarias de calificación, y reconocer que con dicha extinción se estaría discriminado al personal del centro especial de empleo, pues la finalización de su contrato traería exclusivamente causa en su condición de persona con discapacidad. Por tanto, el despido sería nulo, por discriminatorio, correspondiendo la readmisión y la indemnización correspondiente por haber resultado extinguido su contrato de forma discriminatoria (art. 183 LRJS). Sin embargo, la incoherencia de una interpretación tan rigorista y la necesidad de garantizar la estabilidad en el empleo, que preside la Directiva 2001/23/CE y las normas que la transponen, nos llevan a defender que parece más razonable sostener que la relación especial debe quedar suspendida hasta que un nuevo centro especial de empleo se subroge como empleador o hasta que el nuevo empleador tramite su solicitud ante la autoridad administrativa para adquirir dicha condición. La persona trabajadora mantendrá un vínculo ordinario con la nueva empleadora,

⁸² Así lo entiende la jurisprudencia: STS de 10 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1039), STSJ Madrid de 24 de febrero de 2025 (ECLI:ES:TSJM:2025:2364). Se ha puesto de manifiesto que si la cláusula de subrogación solo está prevista en el convenio colectivo de la empresa entrante, la sucesión empresarial no puede aplicarse a los trabajadores de la empresa saliente, *cfr.* Nores Torres, L.E., La subrogación convencional. Puebla Pinilla, A. de la (Dir.), *Subrogación contractual a través de la negociación colectiva*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2023, p. 66.

⁸³ *Cfr.* voto particular magistrada Maria Lourdes Arastey Sahun en la STS de 10 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:8621).

⁸⁴ Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

pero conservará los beneficios derivados de la relación laboral especial vigente hasta la subrogación con el nuevo empleador, aunque este no tenga la característica de centro especial de empleo. Ello porque el artículo 44 ET y el 3.1 de la Directiva 2001/23/CE exigen que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

Finalmente, aunque las cláusulas subrogatorias puedan resultar de aplicación, tanto en los supuestos en los que los centros especiales de empleo sean la unidad saliente como la entrante, queda por resolver cómo puede afectar la subrogación al porcentaje mínimo de plantilla exigible.

Si el centro especial de empleo es la entidad saliente, el problema será que dicha circunstancia podría poner en peligro la propia existencia del centro especial de empleo, que necesita que, al menos, el 70% de su personal esté sometido a la relación laboral especial del personal con discapacidad, pudiendo bajar este porcentaje al integrarse la plantilla en otra, con mayoría de contratos ordinarios. Para evitar esa situación, el XVI Convenio colectivo aplicable a los centros especiales de empleo contempla que solo será posible la subrogación del personal sometido a una relación ordinaria hasta el número máximo de este tipo de personas trabajadoras que permita la propia regulación legal de constitución y mantenimiento de un centro especial de empleo⁸⁵. No obstante, en mi opinión, la limitación impuesta no será admisible si la actividad es materializada o si siendo desmaterializada la asunción de la plantilla o de las funciones desarrolladas por la misma asumida por el centro especial de empleo es significativa. En dicho caso, correspondería aplicar íntegramente el régimen jurídico previsto por el artículo 44 ET y no sería posible que el convenio fijara un régimen jurídico más restrictivo⁸⁶. Igualmente, cuando la empresa entrante sea un centro especial de empleo y deba asumir a personal sometido a una relación ordinaria por encima de los umbrales legales, deberá realizar dicha subrogación y, posteriormente, ajustar a

⁸⁵ Art. 5 XIV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad: “Cuando la nueva empresa adjudicataria sea un centro especial de empleo podrá asumir con el proceso de subrogación hasta el número máximo de trabajadores sin relación laboral de carácter especial que la propia regulación legal de constitución y mantenimiento de un centro especial de empleo permita y, todo ello, atendiendo al cumplimiento legal y reglamentario de creación y funcionamiento de los centros especiales de empleo. No obstante, con carácter excepcional, mientras ese centro especial de empleo mantenga la adjudicación de la citada contrata podrá subrogarse en la totalidad de la plantilla de los trabajadores de la empresa saliente”.

⁸⁶ Entre otras, STS de 27 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3545).

las previsiones legales su plantilla –bien contratando más personal o bien extinguiendo objetivamente contratos–.

4.2. Reglas de determinación del Convenio colectivo en el sector público

Las normas clásicas de determinación del convenio colectivo aplicable también han necesitado de interpretación y ajustes en los últimos años en el sector público.

El sistema normativo en este sector se articula a partir del Estatuto Básico del Empleado Público⁸⁷ (en adelante EBEP). Esta norma contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio. Además, del complejo marco regulador creado por el EBEP⁸⁸ y de la normativa que lo desarrolle, aprobada por el legislador estatal y el de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, el EBEP reconoce a los empleados públicos el derecho a la negociación colectiva. Por ello, el empleo público se rige, también, por lo dispuesto en los Acuerdos –para el personal funcionario– y en los Convenios colectivos –para el personal laboral–, negociados ambos instrumentos entre las administraciones y los representantes de los empleados públicos.

Si centramos nuestro análisis en el empleo laboral de la Administración pública, el convenio colectivo que afecta a su personal tiene algunas diferencias con respecto al sector privado. En primer lugar, en las administraciones públicas la negociación colectiva tiene un ámbito de actuación menor que en el ámbito privado pues está limitada por los principios de igualdad, legalidad y cobertura presupuestaria. Así, en primer lugar, el contenido de los convenios colectivos del sector público se encuentra restringido en materia salarial, no puede acordar incrementos por encima de lo previsto en la Ley de Presupuestos⁸⁹. En segundo lugar, la Administración está vinculada por el principio de legalidad en los procesos de negociación colectiva. Por ello, los convenios colectivos que puede

⁸⁷ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁸⁸ Las dudas interpretativas eran tantas tras la aprobación del Estatuto Básico que la Secretaría General para la Administración Pública tuvo que publicar una instrucción el 5 de junio de 2007 sobre la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. Dicha resolución indicaba qué preceptos de la normativa precedente deben considerarse vigentes hasta la aprobación de las oportunas leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo en cada Administración Pública (BOE de 23 de junio de 2007).

⁸⁹ Cruz Villalón, J., “Los condicionantes de la negociación colectiva del personal laboral del sector público”. Durán López, F. y Sáez Lara, C. (coords.), *Derechos laborales individuales y colectivos en el empleo público: libro en homenaje a Pedro Gómez Caballero*. Consejo Andaluz De Relaciones Laborales, 2023, pp. 57 y ss.

suscribir deben cumplir las normas marcadas por el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, la Administración solo puede suscribir convenios colectivos estatutarios⁹⁰. Es decir, convenios con eficacia jurídica normativa y eficacia personal general.

Además de las singularidades anteriores vinculadas a los límites y al contenido del propio convenio colectivo, en el sector público es necesario realizar otra precisión sobre las reglas para determinar el convenio colectivo aplicable en aquellas ocasiones en las que las administraciones públicas participan en el mercado desarrollando tareas que podrían encuadrarse dentro del ámbito funcional de algún convenio sectorial. Ello puede resultar problemático si la administración no dispone de convenio colectivo propio o si en el suyo no contiene grupos profesionales aplicables a tareas que esté contratando⁹¹. En ambos casos, el Tribunal Supremo ha determinado que los convenios sectoriales acordados entre sindicatos y asociaciones de empresarios no resultan de aplicación a la administración, ya que estos no respetan el principio de correspondencia⁹². Es decir, que los sujetos que negociaron el convenio colectivo no representan adecuada y suficiente a la administración en el ámbito específico del convenio. La falta de representatividad se evidencia también en que los negociadores del convenio colectivo privado necesariamente fueron guiados por intereses particulares o sectoriales, que muy

⁹⁰ En este sentido, *vid.* García Blasco, J., Val Tena, A.L. de, González Labrada, M., “Delimitación jurídica del derecho a la negociación colectiva en el sector público. el reconocimiento de un sistema (peculiar) de negociación colectiva en el empleo público”. García Blasco, Juan (Director), *La negociación colectiva en el sector público*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp.57. Igualmente, Cruz Villalón, J., “Los condicionantes de la negociación colectiva del personal laboral del sector público”, *op.cit.*, p. 59. Por el contrario, se ha defendido la posibilidad de suscribir convenios colectivos extraestatutarios en el sector público por Moll Noguera, R., “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas y su exclusión del convenio sectorial”. *Trabajo y Derecho* núm. 69/2020, [formato electrónico], p. 15.

⁹¹ Es habitual sobre todo que los ayuntamientos contraten personal de oficios variados – como, por ejemplo, pintores, albañiles, jardineros, mecánicos, etc.– para fomentar la empleabilidad en el municipio con cargo a subvenciones otorgadas por las Comunidades Autónomas. Estos oficios, al no ser habituales en la actividad del Ayuntamiento, no están incluidos en ocasiones en los grupos profesionales que contemple el convenio colectivo de la entidad local. No obstante, ello no puede servir para discriminar al personal temporal y no aplicarle el convenio colectivo de la Administración, entre otras, *vid.* STS de 14 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:146), 21 de enero de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:430). De manera coincidente la STS de 24 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3134) determina que de existir una discriminación retributiva por la administración al no ser incluida la persona trabajadora en el convenio colectivo por su situación temporal; se debe indemnizar el daño sufrido –la pérdida de salarios de forma discriminatoria–, sin que ello se deba vehicular a través de una reclamación de cantidad.

⁹² Entre otras, *vid.* STS de 6 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1956).

difícilmente podrán coincidir con los intereses públicos y generales que deben inspirar la actuación de la administración pública.

Con el anterior criterio el Tribunal Supremo corrigió su jurisprudencia previa sobre el convenio colectivo aplicable a la Administración⁹³. Asimismo, unificó la respuesta jurídica sobre la aplicabilidad de condiciones derivadas de un convenio colectivo sectorial a la Administración. En concreto, ya había sostenido de forma reiterada que la Administración pública no resultaba vinculada por las cláusulas previstas por la negociación colectiva del sector privado que imponían la subrogación de plantillas⁹⁴.

La restricción a la aplicación del convenio sectorial negociado por asociaciones de empresarios y sindicatos a la administración pública es conflictiva porque al nivel sectorial están reservadas materias tan importantes como, por ejemplo, la ampliación de la duración del contrato por circunstancias de la producción en su modalidad larga, la posibilidad de celebrar contratos fijos-discontinuos a tiempo parcial o la posibilidad de establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y una cuantía por fin de llamamiento. Todos estos elementos solo pueden ser incorporados exclusivamente por la negociación colectiva sectorial según dispone el Estatuto de los trabajadores, excluyendo que cualquier convenio colectivo de otro ámbito –empresarial o supraempresarial– pueda contemplar este tipo de regulaciones.

La articulación de la negociación sectorial de la administración, sin embargo, presenta algunas dificultades para resultar exitosa. En primer lugar, aunque no pueda encontrarse una previsión que prohíba expresamente la participación de la administración en las asociaciones patronales, parece que las normas que regulan la constitución de estas asociaciones están pensadas exclusivamente para el sector privado⁹⁵. Por tanto, la Administración no contaría con organizaciones que puedan representarla en una negociación sectorial. En segundo lugar, asimismo, las reglas de legitimidad para acordar un convenio colectivo sectorial, dispuestas por el Estatuto de los Trabajadores, presentan inconsistencias desde el punto de vista del sector público. Es difícil pensar que una administración pueda cumplir con representar al 10% de los empresarios, en el ámbito geográfico y funcional del convenio, y dar ocupación a igual porcentaje de personas trabajadoras afec-

⁹³ Con anterioridad el Tribunal Supremo había declarado que el convenio sectorial sí servía para determinar las condiciones laborales en el sector público, Cfr. STS 7 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6310).

⁹⁴ Por todas SSTs de 17 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4710) y de 21 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2112).

⁹⁵ Así se deduce de la lectura de la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical y del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

tadas, u ocupar al 15% de las personas trabajadoras afectadas, tal y como exige el artículo 87.3 ET.

Por las razones anteriormente expuestas, parece que la Administración tiene restringido el nivel sectorial de negociación⁹⁶. Aunque, por el contrario, su organización sí parece encajar adecuadamente en la legitimación de los convenios de grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas⁹⁷.

A pesar de todo lo expuesto, creo que debería hacerse una precisión adicional sobre el régimen descrito. Si bien es razonable y comprensible que la Administración, cuando actúa exclusivamente ejerciendo sus funciones ordinarias, debería quedar al margen del convenio sectorial privado, pues, como se ha señalado, los sujetos negociadores del convenio colectivo fueron guiados por criterios y objetivos privados, que no vinculan a la Administración. Sin embargo, cuando el sector público actúa en ámbitos donde los intereses privados están fuertemente influidos por el servicio público –como, por ejemplo, la educación, en todos sus niveles o la sanidad– quizás la Administración sí debería quedar vinculada por los convenios sectoriales. Y ello con independencia de la forma jurídica en la que se preste el servicio⁹⁸. Ello porque en esos casos las asociaciones patronales sí estarían representando los intereses de la administración. Ciertamente, esta propuesta

⁹⁶ No obstante, algunas Comunidades Autónomas han explorado mecanismos para alcanzar acuerdos sobre la base de sus asociaciones de municipios. Al respecto, *vid.* Protocolo constituyente del marco sectorial de relaciones laborales para las instituciones locales de Euskadi (28 de abril de 2008). Disponible en: https://www.eudel.eus/es/file/libro_ficheros/UDALHITZ%20castellano.pdf [consulta: 7 de abril de 2025]. Asimismo, por parte de un sector doctrinal se ha defendido la posible negociación sectorial de la Administración sobre la base de estas asociaciones de municipios, *cfr.* Moll Noguera, R., “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas y su exclusión del convenio sectorial”. *Trabajo y Derecho*, núm. 69/2020, [formato electrónico], p. 4.

⁹⁷ Se ha señalado que las dificultades son especialmente notorias en las administraciones con estructuras complejas, con diversos centros e instalaciones diversas. En estos casos, la negociación con la representación unitaria no es posible, por existir varios centros. En estos casos, la negociación se desarrolla de forma híbrida entre una representación sectorial y un único empleador. Por suerte, dicho supuesto el ET ha incorporado la legitimación para negociar los convenios colectivos, *vid.* Márquez Prieto, A., Vila Tierno, F. y Gómez Salado, M.A., “Sujetos negociadores y legitimación negocial”. García Blasco, Juan (Dir.), *La negociación colectiva en el sector público*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, p. 120. Quizás el II convenio colectivo de las universidades públicas de la Comunidad de Madrid (BOCAM de 10 de enero de 2006), sea un buen ejemplo de este tipo de nivel de negociación. Aunque debe notarse que el convenio fue acordado con carácter previo a que el legislador incluyera una regulación empresa para los convenios de grupo y pluralidad de empresas.

⁹⁸ Puede consultarse una muestra de las diferentes fórmulas de organización en el sector público en Esteban Miguel, A., “El concepto grupo público de empresas. Extensión de la responsabilidad laboral”. *Revista Labos* núm. 1/2022, pp. 98-101.

exigiría que la administración tuviera cabida en las organizaciones patronales de dichos sectores, con independencia de que la administración la utilizara.

4.3. Reglas de determinación del Convenio colectivo en el Teletrabajo

Finalmente, la creciente extensión del teletrabajo en las empresas plantea la necesidad de revisar las normas de determinación del convenio colectivo aplicable cuando la prestación de servicios se realiza en lugar distinto al centro de trabajo al que la persona trabajadora está adscrita. Ciertamente, antes de analizar las incógnitas a este respecto, debe precisarse, que estas no son exclusivas del teletrabajo, sino que otras formas de organización empresarial también las pueden plantear, por ejemplo, la prestación de servicios en el centro de trabajo de una empresa principal en localidad distinta a la sede de la empresa contratista.

En el contexto español, el convenio colectivo aplicable se fija, entre otras variables, por el ámbito funcional, es decir, por el sector de actividad desarrollada por la empresa⁹⁹. Si dicha actividad se rige por un convenio de ámbito nacional –sea sectorial o de empresa–, el teletrabajo en localidad diferente a la del centro de trabajo no plantea inconvenientes adicionales en esta materia. Sin embargo, si a la actividad empresarial le resultan de aplicación convenios sectoriales –autonómicos, provinciales o de ámbito inferior– o de centro de trabajo, entonces sí es necesario clarificar los criterios que permitan determinar con precisión qué convenio resultará de aplicación, pues es posible que la persona teletrabajadora preste sus servicios en un ámbito territorial.

El análisis del ámbito territorial del convenio debe partir necesariamente de dos consideraciones previas. Por una parte, las partes tienen libertad casi absoluta para configurar la unidad de negociación y definir con ello el ámbito funcional, personal y territorial del convenio colectivo que negocien, ex art. 83.1 ET¹⁰⁰. No obstante, por otra, una vez diseñadas las unidades de negociación y vigentes los convenios colectivos fruto de las mismas, los sujetos –empresas, personas trabajadoras y sus representantes– no pueden elegir libremente el convenio que les resulte de aplicación, la determinación este no es disponible ni renunciable, sino que se trata de una cuestión de orden público¹⁰¹, de manera que no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un convenio colectivo distinto del que deba aplicarse a una

⁹⁹ *Vid.* supra nota al pie núm. 7.

¹⁰⁰ Dicha libertad está condicionada por la imposibilidad de crear unidades arbitrarias, por respetar la representatividad real de los sujetos negociadores (art. 87 y 88 ET) y por no vulnerar el principio de no concurrencia con otros convenios, entre otras *vid.* STS de 20 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6037).

¹⁰¹ STS 2 de julio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3329), 21 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:301). No obstante, si no existe ningún convenio colectivo aplicable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c ET, en relación con los arts. 1089, 1091 y 1255 CC, no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el art. 37.1 CE, ni los arts. 82 y 85.1 y 2 ET, las partes

empresa por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la misma.

A la luz de las dos premisas anteriores, debe clarificarse la determinación del convenio colectivo en los supuestos de teletrabajo. Para ello debemos analizar los diferentes escenarios en los que se puede ejercer el teletrabajo en función de dos variables: el porcentaje de teletrabajo –si es total o parcial– y la temporalidad o permanencia del teletrabajo¹⁰².

Si el teletrabajo se realiza temporalmente desde un lugar distinto al habitual del centro de trabajo, ya sea de forma parcial o total, debe entenderse que la persona trabajadora continúa adscrita a su centro presencial. En consecuencia, la relación laboral seguirá rigiéndose por el convenio colectivo aplicable a dicho centro¹⁰³.

Cuando el teletrabajo se establece de forma definitiva o a largo plazo¹⁰⁴, es necesario distinguir si se trata de una modalidad parcial o total. En el caso de teletrabajo parcial, la persona trabajadora acude al centro físico algunos días a la semana o al mes, lo que implica que mantiene un vínculo estable con este, aunque parte de su jornada la desempeñe desde otro lugar acordado con la empresa. En estos casos, considero que debe seguir aplicándose el convenio colectivo correspondiente al centro donde se presta parte del servicio.

El teletrabajo total, en cambio, plantea mayores dificultades para determinar el convenio colectivo aplicable. No es difícil imaginar una situación en la que la persona teletrabajadora preste sus servicios en una localidad diferente a la del centro de trabajo al que está adscrito¹⁰⁵. A priori, las reglas generales de determinación del convenio colectivo aplicable parecen imponer el convenio colectivo del territorio en el que se ubique el centro de trabajo y no la localidad en la que efectivamente se estén prestando los servicios. Sin embargo, si aceptamos ese criterio, en realidad estaríamos propiciando que las partes pudieran elegir con libertad y sin restricción el convenio colectivo aplicable a la relación, al poder alterar arbitrariamente el centro de adscripción. Ello debe ser rechazado porque,

pueden acordar libremente qué convenio colectivo les resulta de aplicación, *vid.* STS de 21 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5913).

¹⁰² Aunque el teletrabajo sea reversible

¹⁰³ Así se ha defendido, para cualquier tipo de modificación del centro de trabajo, que carece de sentido alterar cuál sea el convenio colectivo aplicable en supuestos de cambios temporales de centro de trabajo, *vid.* Altés Tárrega J.A. y Fita Ortega, F.L., “Las unidades de negociación”. Pérez De Los Cobos, F. Goerlich Peset, J.M. (Coords.), *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 188.

¹⁰⁴ Considero que el umbral temporal adecuado a tener en cuenta sería el fijado por el artículo 40 ET para diferenciar entre desplazamiento y traslado.

¹⁰⁵ Téngase en cuenta que el artículo 7.e Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia exige que la persona trabajadora a distancia quede adscrita obligatoriamente a un centro de trabajo.

como se ha señalado de forma reiterada en este artículo, las partes no gozan de libertad para decidir el convenio colectivo aplicable, siendo esta una cuestión de orden público.

Por tanto, una posible respuesta al complejo escenario planteado pasaría por determinar si la ubicación del teletrabajador puede considerarse como un nuevo centro de trabajo. Ello parece posible si el teletrabajador presta sus servicios esencialmente de forma individual y con alto grado de autonomía¹⁰⁶. Ello permitiría declarar aplicable el convenio del ámbito territorial desde el que efectivamente preste sus servicios la persona teletrabajadora.

No obstante, en la mayoría de los casos, parece que dicha situación no será habitual. Por tanto, la persona trabajadora, en conexión con otros miembros de la plantilla, usará elementos productivos a distancia –bases de datos, videollamadas, etc.–, lo que impediría considerar esa ubicación como un centro de trabajo con autonomía productiva. En estos supuestos, podría defenderse que el centro de trabajo –que no tiene una interpretación única en el ordenamiento laboral¹⁰⁷–, sigue siendo, pese a la falta de autonomía, la propia ubicación del teletrabajador. Ahora bien, dada la previsible consolidación del teletrabajo en los próximos años, sería deseable que, en aras de una mayor seguridad jurídica, sea el legislador quien resuelva esta discrepancia, y no tengamos que depender de pronunciamientos, siempre interpretables, del Tribunal Supremo.

5. CONCLUSIONES

La evolución reciente del marco normativo laboral ha incrementado la complejidad del sistema de fuentes, especialmente en lo relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable. Las reformas introducidas –como la nueva redacción del artículo 42.6 del ET o la supresión de la prioridad salarial del convenio de empresa– han supuesto avances al establecer ciertos criterios normativos. Sin embargo, su redacción ambigua continúa generando inseguridad jurídica. En este contexto, la distinción entre ultraactividad blindada y vulnerable, que se propone en este trabajo, aparece como una solución razonable para equilibrar la necesidad de evitar la petrificación de la negociación colectiva y la protección de estructuras negociadoras consolidadas.

Por otro lado, la introducción de una nueva prioridad aplicativa para los convenios autonómicos y provinciales supone un cambio relevante en la estructura de la negociación colectiva. La incorporación del principio de favorabilidad

¹⁰⁶ Debe tenerse en cuenta que se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica autónoma, sin que sea necesario ni esencial el registro ante la autoridad laboral. Al respecto, *vid.* STS de 11 de junio de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:300).

¹⁰⁷ Altés Tárrega J.A. y Fita Ortega, F.L., “Las unidades de negociación”, *op.cit.*, p. 185.

en este contexto plantea desafíos interpretativos y podría incrementar la litigiosidad, especialmente al comparar normas de distinto ámbito territorial. Asimismo, conviene recordar que la aplicación de los criterios generales para determinar el convenio colectivo exige adaptaciones en entornos laborales específicos, como los centros especiales de empleo, el sector público o el teletrabajo, donde las particularidades organizativas y funcionales continúan planteando incógnitas específicas, pese a que la jurisprudencia ya ha abordado estas situaciones.

En cualquier caso, los interrogantes en materia de determinación del convenio colectivo son todavía muchos. Es seguro que surgirán más dudas en el futuro, lo que nos obliga a adaptar y permanecer atentos a los cambios. La evolución del marco normativo y las nuevas realidades del mercado laboral demandan una constante revisión y ajuste de las reglas de concurrencia y aplicación de los convenios colectivos. Solo mediante un seguimiento continuo y una adaptación proactiva podremos garantizar que la regulación laboral siga siendo efectiva y relevante en el siglo XXI.

TRANSFORMACIONES LABORALES, INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y JUSTICIA SOCIAL: EL CASO DE LAS FAMILIAS MONOPARENTALES

WORKPLACE TRANSFORMATIONS, ARTIFICIAL INTELLIGENCE, AND SOCIAL JUSTICE: THE CASE OF SINGLE-PARENT FAMILIES

MARIOLA SERRANO ARGÜESO

Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Deusto

ORCID: 0000-0001-9790-5225

EXTRACTO

Palabras clave: familias monoparentales, conciliación, inteligencia artificial, justicia social, empleo

Este artículo analiza los desafíos estructurales que enfrentan las familias monoparentales en el contexto de la transformación digital del empleo, poniendo especial énfasis en la justicia social, la conciliación y el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la organización del tiempo y el trabajo. A partir de un enfoque interdisciplinar y normativo, se examinan las múltiples formas de exclusión que afectan a estas unidades familiares, especialmente aquellas encabezadas por mujeres, en términos de inserción laboral, protección social y salud psicosocial. El texto propone una reconceptualización del derecho a la conciliación desde una perspectiva inclusiva que reconozca la especificidad de la monoparentalidad. Asimismo, explora el potencial -y los riesgos- de las herramientas digitales y los sistemas de gestión algorítmica para facilitar (o limitar) la conciliación y la sostenibilidad del trabajo. El artículo concluye con propuestas normativas, laborales y tecnológicas dirigidas a garantizar una conciliación justa, equitativa y centrada en los cuidados, subrayando la necesidad de una política pública del tiempo que integre los derechos digitales y la equidad de género.

ABSTRACT

Key words: Single-parent families; work-life balance; artificial intelligence; social justice; employment.

This article explores the structural challenges faced by single-parent families in the context of the digital transformation of employment, with a particular focus on social justice, work-life balance, and the impact of artificial intelligence (AI) on time management and labor organization. Adopting an interdisciplinary and legal perspective, it analyzes the multiple forms of exclusion affecting these family units—especially those headed by women—in terms of labor market access, social protection, and psychosocial well-being. The article advocates for a reconceptualization of work-life balance rights through an inclusive lens that addresses the specific needs of single-parent households.

ÍNDICE

1. CONCILIACIÓN, POBREZA Y FAMILIAS MONOPARENTALES
2. PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES SOBRE EL PERMISO POR NACIMIENTO EN FAMILIAS MONOPARENTALES
3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONCILIACIÓN: UNA RELACIÓN EMERGENTE
 - 3.1. El teletrabajo como antesala tecnológica de la conciliación inteligente
 - 3.2. Oportunidades de empleo digital para personas con responsabilidades familiares
 - 3.3. Nuevas herramientas de productividad para la mejora de la gestión del tiempo
 - 3.4. Riesgos psicosociales asociados al trabajo digital
 - 3.4.1. Riesgos psicosociales del teletrabajo e hiperconectividad
 - 3.4.2. Riesgos psicosociales de la gestión algorítmica (GTIA)
4. FAMILIAS MONOPARENTALES: RETOS ESTRUCTURALES Y PROPUESTAS HACIA UNA CONCILIACIÓN JUSTA EN LA ERA DIGITAL
5. BIBLIOGRAFÍA

1. CONCILIACIÓN, POBREZA Y FAMILIAS MONOPARENTALES

Las familias monoparentales -definidas como aquellas en las que un adulto convive y se hace cargo de uno o más hijos sin la presencia de otro progenitor- enfrentan una estructura de vulnerabilidad persistente en los sistemas económicos contemporáneos. Esta vulnerabilidad no se reduce únicamente a la falta de corresponsabilidad en el cuidado, sino que se manifiesta estructuralmente en la inserción laboral, los ingresos, el acceso a servicios de cuidado y la precariedad habitacional. En un contexto de transformación digital acelerada, el debate sobre conciliación exige una mirada específica a este grupo, cuyas condiciones sociales y económicas se ven especialmente afectadas por la rigidez de los mercados laborales y la escasa cobertura institucional.

En efecto, las familias monoparentales presentan unas condiciones especialmente adversas para la conciliación de la vida laboral y familiar, derivadas de su configuración unipersonal en cuanto a la responsabilidad de los cuidados. Al recaer sobre un único progenitor todas las obligaciones económicas, afectivas y organizativas del hogar, este tipo de unidades familiares carece de la posibilidad real de corresponsabilidad, pilar que sustenta el actual modelo normativo de conciliación basado en el reparto entre dos adultos. Esta ausencia estructural de corresponsabilidad, unida al diseño legislativo centrado en la familia biparental como arquetipo, puede generar una discriminación por indiferenciación¹, al no

¹ “La discriminación por indiferenciación es aquella que se produce por un trato jurídico idéntico de dos o más situaciones fácticas que son diferentes (Rey, 2011, p.171) En el caso de las familias monoparentales, el modelo normativo de conciliación, centrado en la corresponsabilidad biparental, ignora su estructura singular y las deja en situación de desventaja. Para mayor profundización en el concepto vid. Cobreros Mendazona, E. (2007). Como advierte la Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS), “la regulación de las necesidades de todo un colectivo sea diseñada teniendo en cuenta únicamente una parte de dicho colectivo, discrimina y pone en

atender a las necesidades específicas de estas familias. Además, su vulnerabilidad se ve agravada por factores interseccionales como el género -al estar mayoritariamente encabezadas por mujeres-, la precariedad económica -por la existencia de un único salario-, y la sobrecarga laboral y emocional derivada de asumir sin apoyos los cuidados domésticos. La falta de medidas específicas, como la imposibilidad de acumular permisos previstos para dos progenitores, genera una merma en los derechos de conciliación y redundante en una desigualdad material que, a su vez, impacta negativamente en el bienestar del menor, vulnerando el principio del interés superior del niño reconocido por el derecho europeo e internacional

Además, la situación de los hogares monoparentales, y en particular de los monomarentales, constituye una de las expresiones más visibles y estructurales de la feminización de la pobreza en España. Según señala el informe *Feminización de la pobreza. Estereotipos de género y atención sociosanitaria: Por un análisis de la pobreza y la exclusión social en las mujeres* (EAPN-ES), “las tasas de pobreza y/o exclusión social se duplican en el caso de los hogares monoparentales, de los cuales más del 80% son monomarentales, es decir, están encabezados por una mujer” (EAPN, 2024). Este dato reviste una especial gravedad si se tiene en cuenta que “tener hijos” es considerado un factor estructural de riesgo de pobreza (EAPN, 2024).

Esta relación entre maternidad, género y pobreza ha sido también destacada por Grau Pineda (2023), quien subraya que las mujeres presentan trayectorias laborales más interrumpidas e inestables, en gran parte por asumir responsabilidades de cuidado no remunerado, lo que deriva en una menor capacidad de cotización y una alta dependencia de pensiones mínimas o no contributivas (Grau Pineda, p. 44 y ss.). En esta línea, CCOO (2024) refuerza esta perspectiva al mostrar que el 20,1% de las mujeres inactivas no buscan empleo por motivos de cuidado, frente al 4,9% de los hombres, y que 1,9 millones de mujeres se declaran inactivas precisamente por estas obligaciones familiares. Esta carga de cuidados no es solo un obstáculo para el empleo actual, sino que repercute también en los ingresos futuros, con una brecha en pensiones contributivas del 46% (CCOO, p. 12 y 17).

El informe AROPE subraya que estas familias sufren una triple invisibilidad: estadística, jurídica y política. Desde el plano estadístico, se denuncia el sesgo metodológico que implica medir la pobreza en términos de hogar, lo que impide captar las desigualdades intrafamiliares. Esta perspectiva oculta que “la situación mucho más deficiente que soportan los hogares compuestos por mujeres adultas solas o con hijos” queda diluida al analizar los datos a nivel agregado (EAPN,

desventaja a aquellos que poseen otras necesidades específicas derivadas de su diferente condición” (FAMS, p.4).

2024). Se trata de una “caja negra del hogar” que impide comprender la pobreza en su dimensión de género y perpetúa estereotipos de armonía familiar.

Desde el punto de vista jurídico y administrativo, el informe expone cómo la ausencia de una ley que reconozca a las familias monoparentales como modelo familiar específico genera violencias institucionales: “La violencia institucional viene porque nosotras -mujeres de hogares monomarentales- somos un grano para los que tienen que rellenar los formularios y les provocamos un problema, porque no existimos” (EAPN, 2024, p. 44). Grau Pineda (2023, p.44 y ss.) coincide al señalar que el sistema de pensiones continúa siendo ciego ante los nuevos modelos familiares y penaliza especialmente a quienes no han podido cotizar de forma continua debido a los cuidados. En este sentido, CCOO (2024) también denuncia que la penalización por maternidad puede reducir hasta en un 28% los ingresos laborales de las mujeres tras el primer hijo, y que tres de cada cuatro mujeres que trabajan a tiempo parcial lo hacen por motivos involuntarios o de cuidados (CCOO, p. 15).

Además, el informe AROPE hace una llamada a crear un registro oficial de hogares monoparentales que permita diseñar políticas públicas específicas. Esta demanda no es meramente técnica, sino política: sin reconocimiento no hay derechos, ni ayudas, ni medidas efectivas contra la exclusión. En este sentido, Grau Pineda (2023, p. 44 y ss.) reclama la adopción de políticas “promocionales, preventivas y reparadoras” que reconozcan trayectorias laborales marcadas por los cuidados, y especialmente aquellas que no han sido reconocidas ni compensadas por el sistema contributivo. Como refuerzo, CCOO (2024) incide en la firma de un Pacto Estatal e Integral de los Cuidados que incluya el reconocimiento de la “persona cuidadora profesional” y una redistribución de los tiempos, ingresos y responsabilidades entre hombres y mujeres (CCOO, p. 18–20).

En efecto, el marco actual de protección social no responde de forma adecuada a las particularidades de estas unidades familiares. A pesar de que existen ciertos beneficios, como la pensión de viudedad o el subsidio por maternidad no contributiva, no están ideados para afrontar esta realidad. El suplemento por monoparentalidad vinculado al Ingreso Mínimo Vital representa una de las escasas iniciativas orientadas a este grupo. No obstante, la elegibilidad para muchas prestaciones sigue supeditada a la posesión del título de familia numerosa, lo cual deja fuera a un amplio número de familias encabezadas por un solo progenitor con uno o dos hijos/as (Cabello Roldán 2024, 143–146).

En esta misma línea crítica, Gorelli Hernández (2022) advierte que, aunque se reconoce a las familias monoparentales en determinadas prestaciones como la ayuda económica por nacimiento o adopción, estas “se abonan en supuestos muy concretos [...] cuando, además, se carece de rentas económicas”, lo cual

“reduce enormemente su capacidad protectora” (Gorelli, p. 70). Aun cuando el Ingreso Mínimo Vital incorpora un incremento del 22 % en la renta garantizada para estas unidades de convivencia y amplía su reconocimiento más allá del matrimonio, dicho instrumento continúa orientado únicamente a contextos de pobreza extrema, “dejando sin apoyo a familias con bajos ingresos, pero lejos de la riqueza” (Gorelli p. 68). Asimismo, el autor denuncia que la protección familiar no responde a una estructura normativa organizada, sino que se manifiesta de forma “transversal”, “fragmentaria” y sin un concepto unificado de familia (93-94), lo que repercute directamente en la eficacia de las medidas destinadas a hogares monoparentales. En consecuencia, se refuerza la necesidad de una reforma integral que reconozca la especificidad de estas familias como objeto propio de protección, más allá de condiciones económicas extremas o categorías rígidas como la de familia numerosa.

El Proyecto de Ley de Familias², aprobado por el Congreso el 8 de marzo de 2024, plantea tres metas principales: reconocer la pluralidad de modelos familiares (más de 16 tipologías), reforzar la cobertura social y asegurar el derecho a conciliar vida personal y laboral. Para las familias monoparentales contempla la creación de un “título de familia monoparental” con validez estatal y medidas como la exención de pago en el primer ciclo de educación infantil y prioridad en la elección de centro escolar. Sin embargo, estas disposiciones resultan insuficientes y no comportan avances relevantes en materia de derechos económicos y sociales. (Cabello Roldan, p. 149).

El vínculo entre pobreza infantil y feminización de la pobreza se presenta como inseparable. En 2023, el 34,5% de niños, niñas y adolescentes estaban en riesgo de pobreza o exclusión social, y el 28,9% eran pobres (2,3 millones) (EAPN, 2024). Esta pobreza es estructural y persiste pese a las ayudas existentes, lo que demuestra su insuficiencia. El informe insiste en que “más del 80% de los hogares monoparentales están encabezados por mujeres” (EAPN, 2024), y, por tanto, no puede disociarse la lucha contra la pobreza infantil de la lucha contra la feminización de la pobreza. Como recuerda Grau Pineda (2023), las pensiones no contributivas de jubilación -percibidas mayoritariamente por mujeres- son uno de los últimos eslabones de una cadena de desigualdad estructural que comienza con la precariedad. Esta afirmación se ve respaldada por los datos de CCOO (2024), que muestran una brecha del 48% en la pensión media entre hombres y mujeres (CCOO, p. 17), resultado de una trayectoria vital marcada por la desigual distribución de los cuidados y la precarización del empleo femenino.

Para hacer frente a la pobreza de las mujeres en el ámbito de las pensiones -una problemática que incide de forma particularmente intensa en los hogares

² Disponible en: <https://www.congreso.es> BOCG-15-A-11-1

monoparentales- se aprobó el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género. No obstante, su adopción se realizó de manera precipitada y sin una reflexión suficiente sobre su diseño e implementación. Las modificaciones normativas posteriores (Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, BOE n.º 29, de 3 de febrero de 2021; Ley 21/2021, de 28 de diciembre, BOE n.º 312, de 29 de diciembre de 2021; y Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, BOE n.º 65, de 17 de marzo de 2023) no han logrado subsanar las deficiencias estructurales del mismo. Por ello, se hace necesaria una reforma en profundidad, así como la adopción de medidas estructurales orientadas a eliminar las desigualdades persistentes en el mercado laboral que originan esta brecha.

Frente a estos desafíos, algunas iniciativas a nivel nacional, europeo e internacional han comenzado a reconocer la necesidad de políticas específicas para este colectivo. El informe del Parlamento Europeo *The situation of single parents in the EU* (2020) identifica que, pese a que una mayoría de progenitores solteros están empleados, enfrentan tasas significativamente más altas de pobreza y exclusión social que las familias biparentales. Entre las recomendaciones del informe se incluyen el acceso a modalidades laborales flexibles, el fortalecimiento de los sistemas de cuidado infantil y el diseño de políticas específicas que reconozcan su situación particular. En esta línea, el proyecto *Digital Pathway to Employment for Single Parents*, financiado por el Fondo Social Europeo Plus y desarrollado en Irlanda, Grecia y Finlandia, representa una buena práctica al ofrecer formación digital, asesoramiento personalizado y empleo flexible, con resultados positivos en la inclusión sociolaboral de madres solas (European Social Fund Plus, 2024). Complementariamente, el informe de Reino Unido *Family friendly working policies and practices* (Department for Business, Energy & Industrial Strategy, 2021) aporta una perspectiva organizativa clave sobre cómo las empresas pueden implementar medidas de conciliación que favorecen directamente a personas con cargas familiares exclusivas. La articulación de estos enfoques -políticas públicas dirigidas, proyectos focalizados y transformación de entornos laborales- se presenta como esencial para abordar de forma estructural las desigualdades que enfrentan las familias monoparentales en Europa.

En España, la creciente visibilidad de las familias monoparentales ha propiciado su inclusión como colectivo prioritario en políticas públicas de conciliación. El Plan Corresponsables³, vigente desde 2021 y renovado anualmente, establece explícitamente que sus actuaciones deben dirigirse con carácter prioritario a familias monoparentales, entre otros grupos vulnerables (Ministerio de Igualdad, 2024). Diversas Comunidades Autónomas en España han impulsado

³ Ministerio de Igualdad. (2024). *Manual de instrucciones del Plan Corresponsables 2024*. Gobierno de España. <https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/MANUAL-INSTRUCCIONES-PC-2024.pdf>

planes específicos de conciliación dirigidos a familias monoparentales, reconociendo su especial vulnerabilidad en términos de tiempo, recursos y redes de apoyo (Andalucía, Madrid o Valencia, por ejemplo. En Euskadi, el IV Plan Interinstitucional de Apoyo a las Familias -2018-2022- continúa siendo el marco de referencia vigente, estando en tramitación el V Plan Interinstitucional de Apoyo a las Familias⁴).

Estas políticas demuestran que es posible avanzar hacia una conciliación real si se integran, como veremos a lo largo de este estudio, acciones coordinadas: formación digital accesible, acceso universal al cuidado infantil, incentivos a empresas inclusivas y derechos laborales adaptados a los nuevos modelos de trabajo. Si bien la digitalización y el trabajo remoto han abierto oportunidades inéditas para muchas personas, su potencial emancipador no es automático. Para las familias monoparentales, acceder a un empleo remoto no solo requiere competencias digitales, sino también recursos materiales (conectividad, dispositivos), tiempo disponible y un entorno doméstico adecuado. La inteligencia artificial, como herramienta emergente en procesos de empleo, educación y gestión del tiempo, puede ser aliada si se diseña con enfoque de inclusión:

“Without inclusive digital policies, AI-driven labour markets may reproduce existing inequalities or even deepen them for vulnerable groups such as single-parent families” (European Social Fund Plus, 2024).

Por ello, la transición digital debe ir acompañada de una estrategia pública de equidad que garantice derechos y democratice el acceso a tecnologías y prevenir nuevas formas de exclusión. Solo así podrá hablarse de una verdadera conciliación para todos los modelos de familia.

2. PRONUNCIAMIENTOS RECIENTES SOBRE EL PERMISO POR NACIMIENTO EN FAMILIAS MONOPARENTALES

El reconocimiento del derecho al disfrute completo del permiso por nacimiento en las familias monoparentales ha sido objeto de un intenso debate jurídico y social en los últimos años. Como hemos visto en el epígrafe anterior, este tipo de familias, integradas por un único progenitor con responsabilidades parentales exclusivas, plantean desafíos específicos en términos de conciliación, corresponsabilidad y protección del menor. Sin embargo, la normativa laboral española, hasta la reciente reforma que ha llevado a cabo el Real Decreto-ley 9/2025, de 29 de julio (BOE nº 182), no contemplaba expresamente la posibilidad de que el único progenitor acumulase el tiempo de permiso previsto para ambos, lo que ha generado una evidente situación de desprotección comparativa respecto a las

⁴ Disponible en: <https://www.euskadi.eus/v-plan-interinstitucional-de-apoyo-a-las-familias-y-a-la-infancia-y-la-adolescencia-de-la-cae/web01-a2famil/es/>

familias biparentales. Esta omisión normativa provocó una creciente litigiosidad, impulsada por la demanda social de un trato equitativo y por la invocación del principio del interés superior del menor, consagrado en instrumentos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)⁵ o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)⁶. En este contexto, los órganos jurisdiccionales se vieron abocados a interpretar la legislación en ausencia de una previsión expresa, con resultados marcadamente dispares y una evolución jurisprudencial que merece ser examinada.

La jurisprudencia inicial en torno al permiso por nacimiento en familias monoparentales estuvo marcada por la disparidad de criterios en los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ). Mientras algunas Salas se inclinaban por reconocer la acumulación del permiso, otras lo denegaban apelando a una interpretación literal del artículo 48.4 del ET. Cabe destacar la Sentencia 396/2020 del TSJ del País Vasco, de 6 de octubre de 2020⁷, que reconoce la posibilidad de acumulación, apoyándose en el principio del interés superior del menor. Críticamente, esta etapa refleja una insuficiente armonización interpretativa y una tendencia preocupante a delegar en los jueces y juezas lo que debería haber sido objeto de clarificación legislativa. La jurisprudencia, lejos de ofrecer seguridad jurídica, generó incertidumbre en la ciudadanía afectada. La Sala de lo Social del TS, en su Sentencia 169/2023, de 2 de marzo⁸, rechaza la acumulación del permiso, argumentando que no existe discriminación según el artículo 14 CE, ni vulneración de la Directiva 2019/1158. Además, considera que el reconocimiento judicial de dicha acumulación implicaría legislar. Desde una perspectiva crítica, el fallo resulta excesivamente formalista. Al anteponer la literalidad normativa al principio del interés superior del menor, omite una interpretación conforme a los compromisos internacionales asumidos por España (como la CDN). El voto particular incorporado en esta sentencia evidencia precisamente esa omisión.

El TJUE inadmitió la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-673/22⁹, al considerar que no existía relación suficiente entre el litigio y el derecho comunitario aplicable, además de que la solicitud era anterior al plazo de transposición de la Directiva 2019/1158. Esta decisión, aunque jurídicamente comprensible, supone una oportunidad perdida para pronunciarse sobre el alcance de la protección a las familias monoparentales en el marco del derecho de la Unión. El TJUE se refugia en el formalismo procesal, eludiendo su potencial rol garante en la protección de grupos vulnerables. En un giro jurisprudencial, la Sala de

⁵ Disponible en: <https://www.un.org › events › childhood › pdf>

⁶ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu › pdf › text_es

⁷ ECLI: ES:TSJPV:2020:396 (Rec.941/2020).

⁸ ECLI: ES:TS:2023:783 (Rec.2718/2023).

⁹ ECLI:EU:C:2024:407

lo Contencioso del TS reconoce en su Sentencia 1612/2024¹⁰ la ampliación del permiso en el ámbito del TREBEP, apoyándose en el artículo 14 CE y en el principio del interés superior del menor. Este pronunciamiento representa un avance doctrinal significativo, si bien limitado a empleados públicos.

La STC 140/2024, de 6 de noviembre¹¹, marca un hito jurisprudencial al declarar inconstitucional la omisión legislativa que impedía a las familias monoparentales acceder a la acumulación del permiso. El fallo se basa en los artículos 14 y 39 CE, el artículo 10.2 CE, la CDN y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Este fallo supone un avance fundamental en la protección de los derechos de los menores y de las mujeres. No obstante, ha sido criticado por algunos magistrados y magistradas en votos particulares que alertan del riesgo de convertir al TC en un colegislador. También la doctrina lo ha visto en ocasiones con recelo, criticando la interpretación del TC sobre el disfrute de los permisos de nacimiento y cuidado del menor en las familias monoparentales. En concreto, se reprocha que se priorice la protección reforzada de estas familias en detrimento de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, lo que podría resultar “contraproducente para las mujeres, titulares del 80% de las familias monoparentales y por ello objetivamente más expuestas al padecimiento de un perjuicio profesional” (Vivero Serrano, 2025, p. 3). Vivero considera, además, que esta solución ignora la lógica del itinerario de la conciliación, donde aún “el protagonismo corresponde más a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres que a la protección de la familia”, lo que justificaría un tratamiento igualitario respecto a la duración de los permisos entre familias monoparentales y biparentales. En consecuencia, cuestiona no solo el fundamento jurídico de esta interpretación, sino también sus efectos prácticos sobre la corresponsabilidad parental, el reparto del cuidado y el coste socializado de las prestaciones. No obstante, esta interpretación del TC no ha supuesto el fin de la controversia, que ha sido trasladada al ámbito supranacional mediante la interposición de una demanda ante el TEDH: el 4 de julio de 2025, una familia monoparental ha presentado demanda contra el Estado español por considerar vulnerado su derecho a la no discriminación, al no contemplarse en la normativa reguladora del permiso por nacimiento el supuesto de monoparentalidad. La parte demandante, socia de la Asociación Madres Solteras por Elección (MSPE), invoca la vulneración de los artículos 8 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. La demanda denuncia que las familias monoparentales disfrutaban de un permiso de menor duración y en

¹⁰ ECLI:ES:TS:2024:4948 (Rec.5372/2022).

¹¹ ECLI:ES:TC:2024:140 (Cuestión de Inconstitucionalidad 6694-2023).

condiciones económicas más desfavorables respecto a las familias biparentales, lo que supone una discriminación con un claro sesgo de género.

Mientras el debate está firmemente presente en la sociedad y en los tribunales, y con la inexcusable obligación de cumplir con un mandato comunitario sobre cuestiones relacionadas con la corresponsabilidad, y con premura justo antes de las vacaciones de verano, el Gobierno aprueba el Real Decreto-ley 9/2025¹² que introduce una modificación sustancial en el régimen del permiso por nacimiento y cuidado en favor de las familias monoparentales, al ampliar su duración hasta las treinta y dos semanas, frente a las diecinueve semanas previstas con carácter general en los supuestos biparentales. Esta ampliación se aplica tanto en el ámbito laboral privado, mediante la modificación del artículo 48 del ET, como en el empleo público, a través de la reforma del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público¹³. La medida responde a la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada (STC 140/2024) y se justifica en la necesidad de garantizar la igualdad del menor con independencia del modelo familiar, así como de reforzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en atención a la feminización estructural de los hogares monoparentales. De hecho, la norma incorpora por primera vez un reconocimiento explícito de la desigualdad socioeconómica que atraviesan estas familias, señalando, con apoyo en los datos de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, que la tasa de riesgo de pobreza o exclusión social en los hogares monoparentales duplica la media nacional. Esta constatación – a la que se ha hecho referencia en el epígrafe anterior– refuerza el

¹² Además de la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado en los supuestos de monoparentalidad, el Real Decreto-ley 9/2025 introduce otras modificaciones relevantes: incrementa con carácter general en tres semanas la duración del permiso por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, pasando de 16 a 19 semanas para cada progenitor, de las cuales dos pueden disfrutarse de forma flexible hasta que el menor cumpla ocho años; establece la retroactividad de estas dos semanas desde el 2 de agosto de 2024 (aunque su solicitud solo podrá realizarse a partir del 1 de enero de 2026); clarifica que dichas semanas son retribuidas, asumiendo su coste la Seguridad Social con una tasa de reemplazo del 100 %; extiende estos cambios al personal al servicio de las Administraciones Públicas mediante la modificación del Estatuto Básico del Empleado Público; y, finalmente, mantiene el carácter no retribuido del permiso parental de ocho semanas, que puede disfrutarse de forma continua o discontinua hasta que el menor cumpla ocho años. A efectos de esta regulación, el término “madre biológica” se entiende expresamente extendido a las personas trans gestantes, reforzando así el enfoque inclusivo de la reforma.

¹³ Si bien la norma no menciona expresamente al colectivo de personas trabajadoras autónomas, la modificación de la Ley General de la Seguridad Social permite interpretar que también ellas pueden acceder a la prestación económica por nacimiento y cuidado de menor durante treinta y dos semanas en supuestos de monoparentalidad, siempre que cumplan los requisitos exigidos, ya que la norma no restringe dicha extensión al régimen general ni al trabajo por cuenta ajena.

carácter estructural de la reforma, que sitúa a la monoparentalidad en el centro de una política pública de conciliación basada en la equidad.

En cuanto a su forma de disfrute, el permiso ampliado en casos de monoparentalidad se desglosa en seis semanas obligatorias a jornada completa inmediatamente posteriores al parto o resolución judicial o administrativa que origine el derecho; veintidós semanas adicionales que pueden distribuirse a voluntad de la persona progenitora, en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida, hasta que el menor cumpla doce meses; y cuatro semanas más para el cuidado parental, igualmente de disfrute flexible, que podrán utilizarse hasta que el menor cumpla ocho años, bien a jornada completa o parcial, previo acuerdo con la empresa o conforme a las necesidades del servicio público. Esta arquitectura de disfrute, aunque favorable a la conciliación, puede quedar condicionada por limitaciones organizativas impuestas por la empresa o administración, lo que exige una vigilancia activa para evitar prácticas restrictivas que vacíen de contenido el derecho reconocido. Además, aunque el derecho a las semanas de disfrute flexible se aplica retroactivamente a hechos causantes desde el 2 de agosto de 2024, su ejercicio efectivo queda diferido hasta el 1 de enero de 2026, lo que genera un intervalo de inseguridad jurídica y retraso en la protección efectiva. En todos los casos, el coste de esta ampliación corre a cargo de la Seguridad Social, que garantiza una tasa de reemplazo del 100 % de la base reguladora, lo que consolida un sistema de protección igualitario para los menores, independientemente de la estructura familiar de origen.

Ahora bien, conviene advertir que el permiso parental de ocho semanas, de carácter no retribuido, no contempla medida específica alguna en favor de las familias monoparentales, lo que contrasta con la ampliación reconocida en el permiso por nacimiento y cuidado, y evidencia una regulación todavía incompleta desde la perspectiva de la equidad estructural. Tampoco se introduce en esta norma ninguna adaptación en otras figuras de conciliación como la excedencia por cuidado, las reducciones de jornada o el permiso por lactancia, que permanecen sin modificaciones específicas para este tipo de hogares. En consecuencia, la reforma, aunque notable y necesaria, deja pendiente una revisión más integral del conjunto del sistema de cuidados, en clave de justicia redistributiva y reconocimiento efectivo de la diversidad familiar.

3. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y CONCILIACIÓN: UNA RELACIÓN EMERGENTE

3.1. El teletrabajo como antesala tecnológica de la conciliación inteligente

Antes de abordar las nuevas herramientas de productividad que la inteligencia artificial está introduciendo en el entorno laboral, resulta imprescindible detenerse

en una modalidad que, si bien no se basa *per se* en inteligencia artificial, ha sido catalizada por el desarrollo tecnológico y, bien utilizada, se ha revelado como un pilar fundamental para la conciliación: el teletrabajo. Esta forma de prestación laboral, que se visibiliza e impulsa principalmente por razones de emergencia sanitaria y hoy reconocida legalmente en España a través de la Ley 10/2021, de trabajo a distancia¹⁴, ha permitido replantear el modo en que se articula el tiempo de trabajo y la vida familiar, particularmente en el marco de los derechos de adaptación recogidos en el artículo 34.8 del ET. Precisamente, el artículo 4 de la Ley 10/2021 recuerda que “las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad, incluyendo el derecho de adaptación a la jornada establecido en el art. 34.8 del ET, a fin de que no interfiera el trabajo con la vida personal y familiar”. El teletrabajo ha demostrado su potencial para facilitar la corresponsabilidad en el ámbito doméstico, reducir desplazamientos, y ofrecer mayor flexibilidad a quienes asumen responsabilidades de cuidado, especialmente mujeres, a menudo solicitantes de medidas de conciliación. Sin embargo, sus beneficios no son automáticos ni están exentos de riesgos: sin mecanismos claros de control de jornada o sin garantías para el derecho a la desconexión digital, esta modalidad puede convertirse en una fuente de tensión, diluyendo los límites entre lo personal y lo profesional. Precisamente, es en este contexto donde las herramientas basadas en inteligencia artificial comienzan a desempeñar un papel relevante al introducir nuevas formas de organizar, optimizar y controlar el trabajo remoto, cuyo impacto en la conciliación merece un análisis específico.

El teletrabajo como medida para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral constituye una cuestión controvertida¹⁵. No obstante, puede configurarse como un instrumento eficaz siempre que las solicitudes de adaptación o redistribución de la jornada estén debidamente justificadas, y respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. La normativa vigente, en particular el artículo 34.8 del ET, contempla expresamente esta posibilidad, otorgando prioridad al interés del trabajador. Este enfoque adquiere especial relevancia en aquellos supuestos en los que se solicita el teletrabajo con el fin de atender necesidades familiares debidamente acreditadas. Una de las principales ventajas del teletrabajo es la flexibilidad y autonomía que ofrece para organizar el tiempo de trabajo, lo que permite

¹⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (BOE núm. 164).

¹⁵ El debate se incrementó con la implantación del teletrabajo durante la pandemia ya que, aunque facilitó la continuidad laboral en contextos de emergencia sanitaria, reveló también importantes dificultades para la conciliación, especialmente en hogares con elevada carga de cuidados. Tal y como advierte Cordero Gordillo, la superposición de tareas laborales y familiares se agudizó en contextos como el de las familias monoparentales, con especial intensidad en algunos casos, como el de las familias monoparentales (Cordero Gordillo, 2021).

a las personas trabajadoras adaptar su jornada a las obligaciones familiares y reducir así el estrés derivado de la incompatibilidad horaria. Además, al eliminar o reducir los desplazamientos diarios, se genera un ahorro de tiempo y dinero que puede destinarse al cuidado de menores, mayores o personas dependientes, facilitando una mayor presencia en el hogar¹⁶. Cuando el teletrabajo se desarrolla en condiciones adecuadas, especialmente con el respeto efectivo al derecho a la desconexión digital, puede favorecer una mejor organización del tiempo, contribuir al fortalecimiento de los vínculos familiares y sociales, y promover el bienestar emocional del trabajador. Esta posibilidad de disponer de más tiempo de calidad incide de manera positiva tanto en la salud mental como en la satisfacción personal. García Miguélez (p. 115) resalta que el teletrabajo también favorece la inserción laboral de colectivos con dificultades de acceso al empleo presencial, como es el caso de quienes tienen a su cargo personas dependientes o presentan alguna limitación que les impida acudir físicamente a su centro de trabajo.

Este planteamiento se refuerza con jurisprudencia que trata directamente sobre el teletrabajo como medida de conciliación. Así, en la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de febrero de 2021¹⁷, se confirma la concesión del teletrabajo a una trabajadora que desempeñaba funciones de dirección en una residencia y que había solicitado ejercer su actividad laboral en modalidad no presencial varios días a la semana. La resolución judicial no solo valida dicha medida, sino que también reconoce una indemnización de 3.500 euros por daños morales. En concreto, se autoriza el teletrabajo durante el 60% de la jornada laboral, mientras que el 40% restante deberá realizarse de forma presencial, acudiendo al centro de trabajo dos días a la semana en su horario habitual de ocho horas, todo ello hasta que su hijo menor cumpla los 12 años. La Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de mayo de 2022¹⁸ analiza un supuesto en el que una trabajadora con la guarda y custodia exclusiva de dos hijas menores solicita teletrabajar en horario reducido (de 9:00 a 13:00 horas), con el fin de conciliar su vida familiar y laboral. La empresa deniega la petición alegando que “no veían factible que trabajase desde casa con dos niños pequeños” y condiciona la reducción de jornada a la presencialidad. El tribunal destaca la colisión entre el poder de dirección empresarial (arts. 20 ET y 38 CE) y los derechos fundamentales a la igualdad y a la protección de la familia (arts. 14 y 39 CE). La Sala afirma que deben ponderarse las necesidades organizativas junto con las personales acreditadas, recordando que “las personas que realizan trabajo a distancia tienen los mismos

¹⁶ La STS de 4 de marzo de 2025 (Rec. 56/2023) declara nulas las cláusulas que impiden compensar al trabajador cuando asiste presencialmente en días asignados al teletrabajo y también las que niegan la compensación de los gastos derivados del trabajo a distancia. Además, confirma que el derecho a la compensación de gastos es imperativo y no puede anularse por convenio individual.

¹⁷ ECLI: ES:TSJGAL:2021:1056 (Rec. 3191/2020).

¹⁸ ECLI:ES:TSJM:2022:6652 (Rec. 100/2022).

derechos que las personas trabajadoras presenciales en materia de conciliación y corresponsabilidad” (art. 4 LTD). En la Sentencia del TSJ de Galicia de 9 de diciembre de 2022¹⁹, se ratifica la concesión del 100% de teletrabajo solicitada por la trabajadora al amparo del artículo 34.8 del ET, al no haber acreditado la empresa la necesidad de presencialidad en el desempeño del puesto. El tribunal valora que la trabajadora ha justificado adecuadamente sus necesidades de conciliación, mientras que la empresa no ha probado la necesidad de que el trabajo se realice de forma presencial. En este sentido, se destaca que durante la pandemia las funciones fueron desarrolladas mayoritariamente en modalidad remota, y que las razones alegadas por la empresa -seguridad y confidencialidad- no han sido sustentadas con pruebas suficientes. Asimismo, la sentencia subraya que la trabajadora no utiliza documentación física y desempeña sus tareas a través de programas informáticos en red. La comunicación con su superior jerárquico se realiza habitualmente por medios telemáticos, dado que esta última trabaja en Barcelona, y no constan otras exigencias de presencialidad que no puedan satisfacerse también por vía telemática.

La Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid 52/2023 de 13 de febrero²⁰ desestima la solicitud de teletrabajo al 100% formulada al amparo del artículo 34.8 del ET, al no considerarse una petición “razonable”. En el caso concreto analizado, el órgano judicial concluye que, si bien el trabajador ha justificado adecuadamente la viabilidad de un 80% de teletrabajo, no ocurre lo mismo con el 100%, al no haber aportado una justificación razonada ni proporcional para ello. La sentencia destaca que el trabajador únicamente acredita que sus necesidades de conciliación pueden satisfacerse con un régimen de trabajo a distancia del 80%, ya que los viernes -con un horario laboral de 8:00 a 15:00 sin pausa- no le resulta posible ni llevar ni recoger a sus hijos del centro escolar, dado que no ha solicitado modificación horaria alguna. Además, el propio demandante reconoce que, incluso teletrabajando al 100%, ha debido recurrir hasta ahora a la ayuda externa de los abuelos para los viernes.

Por su parte, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Mieres 109/2023 de 19 de mayo²¹ consideró que no cabía denegar a una trabajadora el derecho a realizar el 100% de su jornada en modalidad de teletrabajo, aun cuando la empresa alegaba tener ya una política interna de conciliación y flexibilidad. El fallo estableció que la empresa no había justificado de forma concreta su negativa

¹⁹ ECLI:ES:TSJGAL:2022:8745 (Rec. 6144/2022).

²⁰ ECLI: ES:JSO:2023:584 (Rec. 877/2022).

²¹ ECLI:ES:JSO:2023:1961

ni acreditado razones organizativas para oponerse, recayendo sobre ella la carga de la prueba del proceso negociador obligatorio.

La Sentencia del TSJ del País Vasco 605/2023, de 17 de mayo²², reconoce el derecho de una trabajadora a desempeñar sus funciones en modalidad de teletrabajo con el fin de atender a su suegra en situación de dependencia, cuyo estado de salud se había agravado a consecuencia de un ictus. La empresa había denegado la solicitud alegando una supuesta falta de proporcionalidad en la medida solicitada. No obstante, el tribunal considera que la trabajadora ha acreditado suficientemente tanto la necesidad de conciliación como la razonabilidad de la petición, en el marco del artículo 34.8 del ET. En consecuencia, se estima el recurso interpuesto, se concede el derecho al teletrabajo solicitado y se condena a la empresa al pago de una indemnización por daños y perjuicios.

En resumen, la jurisprudencia, en concordancia con lo establecido en el artículo 34.8 del ET viene analizando la razonabilidad y proporcionalidad en relación con las necesidades concretas de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Ello implica, como hemos visto, que la persona solicitante debe acreditar la necesidad real que motiva la petición, y que la medida solicitada sea adecuada y equilibrada respecto a dicha necesidad, sin causar un perjuicio injustificado al funcionamiento de la empresa. La jurisprudencia más reciente incide en la protección de la desconexión de quién teletrabaja²³, por ejemplo, la STS de 2 de abril de 2025, remarca que la empresa debe limitar su utilización del correo electrónico y número de teléfono personal de la persona trabajadora al supuesto de que sea necesario contactar con ella por urgencias del servicio. La Sentencia 14/2024, de 5 de febrero, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional²⁴, establece que la empresa no puede obligar al trabajador a facilitar su número de teléfono móvil personal, ni siquiera para medidas de ciberseguridad como la autenticación en dos pasos, al considerar que ello vulnera su derecho a la intimidad y a la desconexión digital. Conforme al artículo 19.7 del III Convenio Colectivo de Contact Center, es la empresa quien debe proporcionar los medios técnicos necesarios, y solo de forma voluntaria y excepcional el trabajador puede optar por utilizar su propio dispositivo. Cualquier cláusula contractual que imponga este uso del móvil personal se considera nula.

A pesar de los aspectos positivos asociados al teletrabajo en materia de conciliación, también deben tenerse en cuenta diversos riesgos y desafíos que pueden

²² ECLI:ES:TSJPV:2023:605 (Rec. 2709/2022)

²³ ECLI:ES:TS:2025:1514(Rec. 169/2022). El uso razonable de las herramientas tecnológicas necesita el respeto al derecho de desconexión digital “Los convenios o acuerdos colectivos podrán regular [...] las posibles circunstancias extraordinarias de modulación del derecho a la desconexión (D.A. 1.ª de la Ley 10/2021, de 9 de julio).”

²⁴ ECLI:ES:AN:2024:487.

afectar negativamente tanto al bienestar personal como a la eficacia de esta modalidad laboral. Uno de los principales inconvenientes es la dificultad para separar los espacios laboral y personal, especialmente cuando el trabajo se desarrolla en el domicilio. Esta superposición puede provocar una sensación de disponibilidad constante, dificultando la desconexión efectiva y generando agotamiento psicológico. Asimismo, el incumplimiento del derecho a la desconexión digital representa un problema relevante, especialmente en aquellas organizaciones cuya cultura empresarial exige una disponibilidad continua, incluso fuera del horario laboral, durante fines de semana o vacaciones, lo que puede desembocar, como veremos más adelante con más detalle, en altos niveles de estrés, ansiedad o burnout. A ello se suma el fenómeno del “miedo a la desconexión”, por el cual algunos trabajadores evitan ejercer su derecho a no estar conectados fuera de su jornada, por temor a represalias o a ver afectada su progresión profesional. Esta percepción, alimentada por prácticas empresariales inadecuadas, afecta negativamente tanto a la salud mental como a la productividad. Otro desafío es el aislamiento social, que puede derivarse de la pérdida de contacto cotidiano con compañeros y superiores, y de la dificultad para mantener relaciones personales cuando las cargas familiares absorben el tiempo disponible, sin espacio para el ocio o la vida social.

También debe destacarse la responsabilidad de las empresas en garantizar los medios técnicos adecuados. La falta de equipos apropiados, una conexión inestable o un control excesivo pueden generar frustración y tensión en el trabajador. Finalmente, no debe olvidarse que no todas las ocupaciones son compatibles con el teletrabajo. Aquellas que requieren presencialidad -como las que implican atención directa al público o manipulación de productos- presentan una limitación estructural para la conciliación a través de esta modalidad (García Miguélez, p. 128).

Pese a su potencial para favorecer la articulación entre la vida profesional y las responsabilidades familiares, el teletrabajo requiere una configuración normativa cuidadosa que garantice condiciones equitativas y sostenibles. La experiencia acumulada en los últimos años ha puesto de relieve que, en ausencia de una regulación clara y con perspectiva de derechos, el teletrabajo puede intensificar la jornada laboral, diluir los límites entre los tiempos de dedicación laboral y personal, y consolidar desigualdades preexistentes, especialmente de género. Esta problemática adquiere una dimensión aún más acuciante en el caso de las familias monoparentales, donde una única persona asume la totalidad de las obligaciones laborales y de cuidado, y para quienes la flexibilidad organizativa del teletrabajo puede representar no solo una mejora en la calidad de vida, sino una condición de posibilidad para la continuidad profesional. Por ello, resulta imprescindible replantear el marco legal vigente, reforzando el acceso efectivo al

teletrabajo como medida de conciliación -especialmente en contextos de vulnerabilidad familiar- mediante la reforma del derecho a la adaptación de jornada, actualmente condicionado por criterios organizativos poco definidos. Asimismo, deben establecerse garantías robustas para el respeto de los tiempos de descanso, a través del reconocimiento operativo del derecho a la desconexión digital en los convenios colectivos, evitando situaciones de disponibilidad permanente. La negociación colectiva debe ocupar un papel central en la definición de las condiciones materiales del teletrabajo, incorporando previsiones sobre carga de trabajo, promoción profesional y compensación de gastos. Finalmente, el acceso igualitario a esta modalidad laboral exige abordar la brecha digital mediante el suministro de medios adecuados por parte del empleador y el diseño de mecanismos públicos de apoyo dirigidos a aquellos hogares con mayores obstáculos tecnológicos o espaciales. Solo así el teletrabajo podrá configurarse como una herramienta real de conciliación y no como un dispositivo que acentúe la segmentación y la exclusión.

3.2. Oportunidades de empleo digital para personas con responsabilidades familiares

El crecimiento de los empleos digitales constituye una de las transformaciones más significativas del mercado laboral contemporáneo, con implicaciones directas para la organización del tiempo y la conciliación de la vida familiar en los hogares monoparentales. Este fenómeno no solo abre nuevas oportunidades de empleo, sino que también introduce herramientas tecnológicas que pueden facilitar la distribución más equitativa del tiempo entre el trabajo remunerado y los cuidados.

Según un informe del Foro Económico Mundial (WEF, 2024), se prevé que el número de empleos digitales plenamente remotos aumente un 25% para el año 2030, alcanzando los 92 millones a nivel global. Este crecimiento se concentra en ocupaciones deslocalizables como desarrolladores de software, diseñadores gráficos, asistentes legales o agentes de atención al cliente. La posibilidad de desempeñar estos trabajos desde el hogar flexibiliza los horarios y elimina barreras geográficas, lo cual resulta particularmente ventajoso para quienes deben compatibilizar responsabilidades laborales con el cuidado exclusivo de hijos/as o personas dependientes. El crecimiento de los empleos digitales constituye una de las transformaciones más significativas del mercado laboral contemporáneo, con implicaciones directas para la organización del tiempo y la conciliación de la vida familiar, especialmente en los hogares monoparentales. En esta línea, el informe de *Global State of Remote and Hybrid Work* (2024) señala que, si bien el modelo híbrido sigue predominando, se está consolidando el trabajo completamente remoto, especialmente en pequeñas empresas de países como Alemania,

Reino Unido y Estados Unidos. Esta expansión plantea también riesgos de precarización.

En contraste con estas tendencias internacionales, España presenta un ritmo más contenido en la adopción del teletrabajo, especialmente en pequeñas empresas. Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el primer trimestre de 2024 solo el 37,5 % de las empresas con más de 10 empleados ofrecían la posibilidad de teletrabajo. Entre las pequeñas empresas de 10 a 49 empleados, la cifra descendía al 32,4 %, y en las microempresas (de 1 a 9 trabajadores), al 20 %. Aunque sectores como Información y Comunicaciones lideran la implantación del modelo híbrido (con un 85,5 %), el tejido empresarial español -altamente compuesto por pymes- muestra reticencias estructurales a adoptar el trabajo remoto como forma consolidada de organización laboral.

Las herramientas basadas en inteligencia artificial -como generadores de contenido, asistentes de programación o plataformas de automatización- han reducido significativamente las barreras de entrada a ciertos sectores profesionales. Este avance beneficia particularmente a personas con limitaciones para asumir jornadas completas presenciales, ya que permite generar ingresos de forma autónoma, escalable y compatible con las tareas de cuidado.

A su vez, la creciente demanda de microtrabajos digitales -como clasificación de datos, etiquetado de imágenes o moderación de contenido- permite acceder a oportunidades laborales sin necesidad de formación avanzada. Plataformas como Appen o Amazon Mechanical Turk ofrecen tareas fragmentadas que pueden completarse en lapsos breves, lo cual se adapta bien a tiempos variables y responsabilidades familiares intensas.

Sin embargo, el acceso a estos empleos digitales no está exento de desafíos. Tal como advierte Álvarez Cuesta (2023), la entrada de las mujeres en los nuevos sectores digitales se ve obstaculizado por una “barrera temporal” derivada de la asimetría en la distribución de los cuidados. Muchas mujeres, sobre todo aquellas con empleos precarios o jornadas parciales, no pueden acceder a formación tecnológica ni a procesos de reciclaje profesional, ya que deben atender cargas familiares que el sistema laboral e institucional sigue considerando “privadas” (Álvarez Cuesta, 2023, pp. 50). Según Durán Bernardino (2021), solo un 12,9 % del estudiantado en informática y un 28,5 % en ingeniería son mujeres, y apenas el 22 % de las candidaturas a empleos digitales provienen de ellas, lo que refuerza su exclusión estructural de un mercado de trabajo cada vez más tecnificado. Esta situación reproduce una forma de exclusión estructural y limita la capacidad real

de las mujeres para participar en condiciones de igualdad en sectores digitalizados (Durán Bernardino, 2021, p.6).

Esta advertencia la hace también Blasco Jover recordando que la tan celebrada flexibilidad que ofrecen los entornos laborales digitalizados puede, en realidad, “reafirmar roles de género estereotipados, invisibilizar en cierto modo al colectivo femenino y perpetuar la brecha salarial entre hombres y mujeres” (Blasco Jover, 2024, p. 276). Así, el acceso a la tecnología o al empleo remoto no basta si no se abordan los obstáculos estructurales que impiden la igualdad, como “la discriminación por razón de edad y de género o la incompatibilidad entre el trabajo y la asunción de responsabilidades familiares” (Blasco Jover, p. 290-291). En este sentido, las propuestas de Gómez González (2024) resultan especialmente pertinentes para abordar la situación de las mujeres que encabezan familias monoparentales, quienes -como advierte la autora- enfrentan obstáculos añadidos en el acceso a recursos digitales, formativos y laborales. Incorporar la perspectiva de género en el diseño de los sistemas de inteligencia artificial, garantizar una formación digital accesible y continua, y establecer marcos normativos que protejan los derechos digitales desde un enfoque feminista son medidas que permitirían reducir las múltiples formas de exclusión que afectan a este colectivo. Solo mediante políticas públicas que reconozcan esta interseccionalidad será posible construir un entorno tecnológico más inclusivo y justo (Gómez González, 2024, pp. 260 y ss.).

Esta necesidad de acción estructural también está recogida en normas como el Real Decreto-ley 5/2023²⁵, que ha incorporado al ordenamiento español nuevas fórmulas de permiso parental y adaptaciones de jornada -aunque con límites como la ausencia de remuneración en algunos casos-, o la Directiva (UE) 2019/1158, que establece principios de corresponsabilidad en los cuidados a nivel europeo.

Sin políticas públicas que garanticen el acceso a recursos tecnológicos y a modalidades formativas compatibles con la vida familiar, estas oportunidades seguirán concentrándose en grupos ya privilegiados. Aunque iniciativas como el Plan Nacional de Competencias Digitales (2021–2025)²⁶ o el Programa Estratégico para la Década Digital 2030²⁷ reconocen la necesidad de reducir la brecha

²⁵ Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (BOE n.ºc.154).

²⁶ Disponible en: <https://portal.mineco.gob.es> › ministerio › ficheros

²⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu> › legal-content › summary

digital de género, su aplicación práctica aún no garantiza una formación accesible, contextualizada y efectiva para personas con responsabilidades familiares.

Así pues, aunque las innovaciones tecnológicas orientadas a mejorar la productividad -como las plataformas colaborativas, la automatización de tareas repetitivas o la incorporación de inteligencia artificial en la gestión del trabajo- presentan un notable potencial para flexibilizar la organización del tiempo y el espacio laboral, si su implementación no se acompaña de una estrategia que promueva la corresponsabilidad entre géneros, pueden terminar reforzando dinámicas de sobrecarga, en lugar de aliviarlas. En especial, cuando se destinan únicamente a mujeres con responsabilidades familiares, existe el riesgo de intensificar la desigualdad en la distribución de las tareas productivas y de cuidado, al superponer ambas en un mismo entorno y horario.

Según el Foro Económico Mundial los empleos digitales pueden también implicar riesgos como la deslocalización de empleos cualificados hacia economías con menores costes -lo que podría generar presión a la baja sobre salarios y condiciones laborales en los países de origen- así como vacíos normativos relacionados con la fiscalidad, la protección social o los derechos laborales transfronterizos. A ello se suma la necesidad de reorganizar estructuras empresariales y modelos de gestión para adaptarse a entornos híbridos o remotos (WEF, 2024). Este tipo de dinámicas está en el centro de la Directiva (UE) 2024/2831, de 23 de octubre de 2024²⁸, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, que refuerza la transparencia de la gestión algorítmica, la supervisión humana de decisiones automatizadas y la protección frente a condiciones laborales precarias.

En este contexto, aunque el trabajo digital puede representar una oportunidad crucial para las familias monoparentales, al permitirles adaptar su jornada a las responsabilidades de cuidado, eliminar desplazamientos, reducir costes indirectos como transporte o manutención fuera del hogar o posibilitar el acceso a sectores altamente cualificados, como la programación o el análisis de datos, siempre que se garantice la formación adecuada y el acceso a conectividad digital, supone también desafíos que afectan directamente a este colectivo: la persistente brecha digital y formativa impide que muchas familias monoparentales puedan participar en igualdad de condiciones; y algunos de los empleos digitales más accesibles -como los vinculados a micro tareas o, atención al cliente- presentan altos niveles de precariedad y baja remuneración. Asimismo, la exigencia de disponibilidad constante en algunos entornos digitales puede agravar la sobrecarga de cuidados ya existente en estos hogares (WEF 2024). Por ello, el WEF subraya la necesidad

²⁸ Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (DOUE L-2831, 11 de noviembre de 2024).

de que los marcos regulatorios, tanto nacionales como internacionales, incorporen medidas específicas de conciliación, protección social y acceso igualitario a las oportunidades laborales que ofrece la digitalización, evitando que los avances tecnológicos se conviertan en nuevos vectores de exclusión (WEF 2024).

Así pues, el despliegue de soluciones tecnológicas orientadas a la reorganización del tiempo de trabajo debe enmarcarse en una perspectiva de derechos. Iniciativas como el teletrabajo planificado, los programas compartidos de gestión del tiempo o las plataformas inteligentes de organización de tareas solo pueden cumplir un papel transformador si se articulan con políticas públicas de apoyo y mecanismos efectivos para fomentar la conciliación familiar.

Desde una visión orientada al cambio, estas tecnologías también pueden generar nuevas oportunidades laborales adaptadas a las necesidades de personas con responsabilidades de cuidado. Sectores como el desarrollo de aplicaciones centradas en la conciliación, el acompañamiento virtual a personas dependientes, la educación a distancia o el asesoramiento digital en salud y bienestar ofrecen potencial para la inserción laboral. Si estos nuevos empleos se regulan con criterios de calidad, estabilidad y reconocimiento profesional, podrían convertirse en una vía de acceso al empleo formal para colectivos tradicionalmente marginados del mercado de trabajo, especialmente mujeres cuidadoras.

En este sentido, Álvarez Cuesta subraya que el acceso a la tecnología no basta por sí solo (Álvarez Cuesta, 2023, pp. 53–56). Es indispensable garantizar el derecho a la formación continua con perspectiva de género, mediante modalidades asincrónicas, bonos formativos para personas cuidadoras y garantías públicas que no subordinen el aprendizaje digital a la disponibilidad horaria individual.

En definitiva, la digitalización del empleo puede convertirse en una palanca de inclusión laboral para personas con responsabilidades familiares siempre que se inserte en una agenda de innovación social centrada en el tiempo: tiempo para aprender, tiempo para cuidar, tiempo para trabajar en condiciones dignas. Solo así podrá resolverse la paradoja de que las tecnologías diseñadas para optimizar la productividad estén dejando fuera a quienes más las necesitan para compatibilizar empleo y vida. En esta línea, el Programa Estratégico para la Década Digital impulsa una transformación digital “centrada en las personas”, que debe traducirse en una política pública del tiempo que garantice el acceso equitativo al trabajo, la formación y el cuidado.

El avance del trabajo remoto, impulsado por la digitalización y transformaciones postpandemia, representa una oportunidad tangible para mejorar la conciliación entre la vida laboral y familiar. En especial, las familias monoparentales podrían beneficiarse de modelos laborales más flexibles y deslocalizados,

que permiten ajustar los tiempos de trabajo a las necesidades del cuidado. Ello, no obstante, sin una estrategia que combine formación digital, incentivos a las pymes, inversión en conectividad y adaptación normativa, el trabajo remoto corre el riesgo de reproducir -en lugar de corregir- las desigualdades estructurales que afectan a quienes más necesitan la conciliación, como madres y padres solos. Por ello, el debate sobre la transformación digital del empleo debe estar inseparablemente ligado a una agenda de justicia social y laboral.

3.3. Nuevas herramientas de productividad para la mejora de la gestión del tiempo

El despliegue de herramientas de productividad basadas en inteligencia artificial ha introducido una nueva lógica en la organización del trabajo, con particular incidencia en el tiempo y su gestión. Estas aplicaciones -asistentes virtuales, plataformas de planificación inteligente, sistemas de análisis predictivo o algoritmos de priorización de tareas- prometen optimizar el rendimiento individual mediante una asignación más eficiente de cargas laborales, una mejor coordinación de agendas y la automatización de procesos rutinarios. En el ámbito de la conciliación, esta capacidad de reorganizar el tiempo cobra especial relevancia: al reducir tiempos improductivos y permitir una mayor autonomía, estas herramientas pueden facilitar que el trabajador adapte su jornada a sus responsabilidades familiares sin merma de eficacia. No obstante, su implantación también exige cautela desde el punto de vista jurídico, en tanto que, como veremos más adelante, el uso de tecnologías que monitorizan la actividad o proponen rutinas de trabajo puede derivar en fórmulas de control encubierto, contrarias al derecho a la intimidad, al descanso y a la autodeterminación temporal del trabajador. El reto, por tanto, no reside únicamente en su potencial técnico, sino en su incorporación a entornos laborales que garanticen derechos fundamentales y equilibren la eficiencia con la dignidad en el trabajo.

- Las nuevas herramientas de productividad basadas en inteligencia artificial pueden representar una ventaja significativa para los progenitores de familias monoparentales, especialmente en la gestión del tiempo y la conciliación laboral. Algunos ejemplos clave incluyen:
- Asistentes Virtuales y Chatbots: Herramientas como Google Assistant, Siri, Alexa y ChatGPT pueden ayudar en la gestión de tareas cotidianas como programar reuniones, recordar fechas importantes, gestionar listas de compras o incluso asistir en consultas laborales rápidas. Estos asistentes virtuales son fundamentales para aumentar la productividad

en el trabajo, ya que automatizan tareas, mejoran la comunicación y optimizan la eficiencia organizacional.

- **Herramientas de Optimización de Horarios:** Aplicaciones como Google Calendar, Microsoft Outlook, Notion, Trello y ClickUp permiten organizar el tiempo de manera eficiente, estableciendo bloques para el trabajo, el cuidado de los hijos y el descanso. Algunas herramientas pueden incluso sugerir horarios óptimos para reuniones según la disponibilidad de los participantes. Estas herramientas ayudan a evitar la sobrecarga laboral y a mejorar la conciliación.
- **Aplicaciones de Automatización de Tareas:** Plataformas como Zapier, IFTTT y Todoist conectan diferentes servicios para automatizar procesos rutinarios, como responder correos electrónicos automáticamente o generar informes sin intervención manual. Esto ahorra tiempo en tareas administrativas, permitiendo dedicar más atención a la familia.
- **Plataformas de Teletrabajo con inteligencia artificial:** Herramientas como Slack, Microsoft Teams y Zoom incorporan asistentes de inteligencia artificial que ofrecen transcripciones automáticas, resúmenes de reuniones y organización de documentos, lo que facilita la gestión del trabajo remoto y permite una mayor eficiencia en el teletrabajo, beneficiando especialmente a quienes tienen responsabilidades familiares.

En resumen, el uso de estas herramientas puede mejorar significativamente la calidad de vida de las personas trabajadoras, y en particular de familias monoparentales, optimizando su tiempo y reduciendo el estrés asociado a la doble carga de trabajo y crianza. No obstante, es importante que las empresas también implementen medidas de apoyo, como horarios flexibles y políticas de desconexión digital, para garantizar que estas tecnologías sean un aliado y no una fuente de presión adicional.

3.4. Riesgos psicosociales asociados al trabajo digital

El avance del trabajo digital ha abierto nuevas posibilidades de flexibilidad, eficiencia y conectividad, pero también ha generado nuevas formas de riesgos psicosociales que afectan directamente al bienestar emocional, la salud mental y la organización del tiempo de quienes trabajan. Estos riesgos no se limitan a un único tipo de relación laboral: pueden afectar tanto al trabajo autónomo como al trabajo por cuenta ajena, en el teletrabajo y en formas más avanzadas de gestión digitalizada. En todos los casos, se trata de dinámicas que inciden de manera especialmente crítica en personas con responsabilidades de cuidado intensas, como sucede en muchas familias monoparentales, donde la falta de

corresponsabilidad estructural convierte cualquier desajuste laboral en una carga insostenible.

A lo largo de este apartado se abordan dos vertientes del trabajo digital que comportan riesgos psicosociales específicos: por un lado, el teletrabajo y la hiperconectividad, que pueden derivar en aislamiento, difuminación de límites y fatiga crónica; y por otro, la gestión algorítmica de trabajadores (GTIA), donde la inteligencia artificial actúa como dispositivo organizador del trabajo, con efectos ambivalentes sobre la conciliación, la autonomía y la equidad.

El marco normativo europeo ha comenzado a ofrecer herramientas para abordar los riesgos psicosociales asociados a la gestión algorítmica desde una perspectiva de prevención y garantía de derechos. La Directiva 89/391/CEE sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo²⁹, sin mencionar aún trabajo digital o riesgos relacionados con la inteligencia artificial, obliga a evaluar y prevenir todos los riesgos laborales, incluidos los psicosociales y establece principios como la adaptación del trabajo a la persona, la participación de los trabajadores y la formación, que permiten interpretar su aplicación a entornos digitalizados. Sí los regula el Reglamento (UE) 2024/1064 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (AI Act)³⁰, aprobado en mayo de 2024, que clasifica como “sistemas de alto riesgo” aquellos sistemas de inteligencia artificial utilizados para la asignación de tareas, supervisión del comportamiento y evaluación del rendimiento de personas trabajadoras (art. 6 y anexo III). Esta calificación obliga a los empleadores a cumplir requisitos reforzados en materia de gestión de riesgos, transparencia, documentación técnica y supervisión humana. Y también los regula el Reglamento (UE) 2016/679, conocido como Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)³¹, que establece obligaciones adicionales para proteger a las personas frente a prácticas de vigilancia intensiva y decisiones automatizadas que puedan afectar su bienestar psicosocial. De esta forma, prohíbe decisiones totalmente automatizadas que

²⁹ Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989.

³⁰ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2024). Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (Reglamento de Inteligencia Artificial). Diario Oficial de la Unión Europea, L 259, 1–169. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>

³¹ Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119, 1–88. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

afecten significativamente al trabajador sin garantías suficientes, salvo consentimiento o base legal clara (art. 22 RGPD).

En el caso español, aunque aún no existe una regulación específica sobre el uso de la inteligencia artificial en la gestión laboral³², el marco jurídico vigente ofrece puntos de apoyo importantes. Por un lado, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE nº 269), obliga al empresario a garantizar la seguridad y salud de las personas trabajadoras, incluidos los riesgos de origen psicosocial, con especial atención a los derivados de la organización del trabajo y de la carga mental, lo que resulta aplicable a los efectos que puedan derivarse del uso de algoritmos en la asignación de tareas, ritmos de producción o evaluación del desempeño. Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE nº 294) reconoce, en su artículo 11.2, el derecho de las personas trabajadoras a oponerse a decisiones individuales automatizadas que produzcan efectos jurídicos o les afecten significativamente, cuando proceda conforme al artículo 22 del Reglamento (UE) 2016/679. Además, los artículos 88 a 91 garantizan derechos específicos en el ámbito laboral, como la desconexión digital, la intimidad frente a videovigilancia y geolocalización -exigiendo información clara sobre estos sistemas y los derechos asociados-, y la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan garantías adicionales en materia de protección de datos y derechos digitales. También el ET contiene varias previsiones relevantes para encuadrar el uso de la inteligencia artificial en las relaciones laborales. No obstante, como advierten Molina et al. (2024), estos marcos normativos, aunque imprescindibles, no son suficientes si no van acompañados de mecanismos efectivos de aplicación, formación sindical técnica y acceso real a los sistemas algorítmicos. La existencia de una normativa avanzada no garantiza su cumplimiento en contextos donde la precariedad, la opacidad técnica o la debilidad de la representación colectiva limitan la capacidad de intervención ante posibles abusos (pp. 13-14). En este contexto, se observa una incorporación progresiva de referencias explícitas a la inteligencia artificial en la negociación colectiva, especialmente en convenios sectoriales y

³² El Gobierno español aprobó en marzo de 2025 el Anteproyecto de Ley para el buen uso y la gobernanza de la inteligencia artificial, actualmente en tramitación parlamentaria. Su objetivo es complementar el Reglamento (UE) 2024/1689 estableciendo garantías específicas en el ordenamiento jurídico interno, como el deber de transparencia y trazabilidad en el funcionamiento de los sistemas de IA, la obligación de realizar evaluaciones de impacto relativas a los derechos fundamentales en determinados entornos, entre ellos los laborales, y el derecho de las personas trabajadoras a recibir información clara sobre la utilización de estos sistemas. Además, la norma contempla un régimen sancionador propio, adaptado a las características del mercado español, que refuerza las competencias de supervisión atribuidas a la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA) y establece mecanismos de coordinación entre las distintas autoridades de vigilancia para garantizar una aplicación uniforme, eficaz y coherente de la normativa en todo el territorio.

de grandes empresas, donde comienzan a incluirse cláusulas relativas al derecho de información sobre algoritmos, criterios de decisión automatizada y garantías de supervisión humana. Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional 56/2025, de 21 de abril³³, valida la inclusión en el convenio colectivo de una cláusula general relativa al uso ético, razonado y conforme a la normativa de la inteligencia artificial, desestimando la impugnación planteada contra dicha previsión.

3.4.1. *Riesgos psicosociales del teletrabajo e hiperconectividad*

La generalización del teletrabajo en entornos hiperconectados, acelerada tras la crisis sanitaria de la COVID-19, ha transformado radicalmente las condiciones de prestación laboral, reconfigurando el tiempo y el espacio del trabajo de forma que desborda los marcos tradicionales de protección de la salud laboral. Esta transformación afecta con mayor intensidad a colectivos con responsabilidad exclusiva de cuidados, como las familias monoparentales, en quienes la imbricación de tareas domésticas, de cuidados y laborales incrementa sustancialmente los niveles de exigencia y vulnerabilidad psicosocial. En este marco, la incorporación masiva de las TIC y la falta de adaptación organizativa han generado una serie de efectos adversos para la salud mental y emocional que deben analizarse desde el Derecho del Trabajo.

Como pone de manifiesto la NTP 1185 (2023)³⁴, la tensión entre las demandas del ámbito laboral y las responsabilidades del hogar genera un escenario de doble presencia que puede resultar especialmente incapacitante cuando no existe posibilidad de delegación ni medidas de apoyo institucional. Este riesgo se ve agravado, como indica la NTP 1186 (2023)³⁵, cuando la organización del trabajo no contempla márgenes de flexibilidad real ni estructuras de corresponsabilidad, lo que resulta estructuralmente discriminatorio para quienes sostienen en solitario las cargas del hogar.

Montes Adalid (2023, pp. 197-199) corrobora esta situación al afirmar que las mujeres teletrabajadoras -y en especial aquellas con tareas exclusivas de cuidados- sufren una sobrecarga derivada de la “doble jornada” y de la ausencia de límites entre el trabajo asalariado y el no remunerado, que se entrelazan en el mismo espacio físico y temporal. Este solapamiento genera fatiga mental,

³³ ECLI:ES:AN:2025:1874.

³⁴ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). (2023). *Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial: Marco conceptual y consecuencias* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 1185). <https://www.insst.es>

³⁵ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). (2023). *Conflicto trabajo-familia o doble presencia como riesgo psicosocial: Marco conceptual y consecuencias* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 1185). <https://www.insst.es>

interrupciones constantes e imposibilidad de establecer fronteras claras entre vida laboral y personal, elementos que constituyen factores de riesgo claramente tipificados por el Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST).

La NTP 1123 (2018)³⁶ desarrolla de forma precisa cómo el uso intensivo de tecnologías puede dar lugar a prolongación de jornada no reconocida, interrupciones digitales frecuentes, exigencia de multitarea, infoxicación, y disminución del tiempo de recuperación mental. Montes Adalid recoge estos efectos, identificándolos como factores especialmente lesivos para personas trabajadoras con responsabilidades familiares no compartidas. A esto se suma lo señalado por la NTP 730 (2018)³⁷, donde se alude a la tecnofatiga y a la tecnoansiedad como formas emergentes de deterioro psicológico, acrecentadas en escenarios sin regulación clara de horarios, pausas o límites de conexión. Esta línea argumentativa es desarrollada por Corrêa Gomes Cardim (2023), quien identifica dos fenómenos especialmente graves derivados de la hiperconectividad: la telepresión y la esclavitud digital moderna. La primera se refiere a la presión psicológica sentida por las personas trabajadoras para responder de forma inmediata a mensajes laborales a través de medios digitales, incluso fuera del horario de trabajo. Esta presión -aunque no siempre formalizada- contribuye al mantenimiento de una conexión continua que impide la recuperación física y mental del trabajador. En segundo lugar, la autora denuncia la aparición de una nueva forma de subordinación invisible, que denomina esclavitud digital moderna, caracterizada por una disponibilidad constante, jornadas “clandestinas” prolongadas y el sometimiento a una gestión digital del trabajo que anula el tiempo de descanso y de vida privada (pp. 427-430). En este contexto, la interiorización del deber de estar siempre disponible da lugar a una “servidumbre voluntaria” que, según advierte, no es en absoluto libre ni deseada, sino inducida por dinámicas organizativas incompatibles con el derecho al descanso y la salud laboral.

La NTP 1.165 (2021)³⁸ subraya que la Ley 10/2021 sobre trabajo a distancia incorpora contenidos de carácter preventivo que deben integrarse en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo, al igual que las disposiciones reglamentarias que desarrollan la LPRL. Esta integración legitima el tratamiento

³⁶ Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT). (2018). *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (II): factores de riesgo psicosocial asociados a las nuevas formas de organización del trabajo* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 1123). <https://www.insst.es>

³⁷ Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (INSHT). (2003). *Tecnoestrés: concepto, medida e intervención psicosocial* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 730). <https://www.insst.es>

³⁸ Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (INSST). (2021). *Teletrabajo: criterios para su integración en el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 1165). <https://www.insst.es>

del teletrabajo como objeto estructural de la acción preventiva. Además, la NTP destaca el derecho a la desconexión digital como medida específica para prevenir riesgos psicosociales, especialmente los derivados de la conectividad continua, e insiste en la necesidad de formación para su implementación efectiva, incluyendo el uso de dispositivos y la organización del tiempo de trabajo.

El derecho a la desconexión digital se reforzaba de forma significativa en el Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo y la garantía del registro de jornada y el derecho a la desconexión³⁹. Lo cierto es que, desde su regulación, este derecho ha tenido un cumplimiento más aparente que real. El capítulo XI del V AENC⁴⁰ establece criterios que la negociación colectiva debería tener en cuenta en relación con esta garantía, algunos de los cuales se trasladaron al proyecto. En particular, se contemplaba que, ante llamadas o comunicaciones fuera del horario laboral, las personas trabajadoras no estén obligadas a responder, ni pueda requerirse su disponibilidad por parte de superiores jerárquicos, salvo en supuestos excepcionales de fuerza mayor, debidamente justificados y que supongan un riesgo grave para las personas o un perjuicio potencial para la actividad empresarial que requiera una actuación urgente. También se establecía que el ejercicio de este derecho no podía acarrear represalias, trato desfavorable, impacto negativo en la evaluación del desempeño ni limitaciones en la promoción profesional. No obstante, el resto de los aspectos continuaban dejándose en manos de una negociación colectiva que, hasta la fecha, ha mostrado escasa implicación en este ámbito. De hecho, un estudio reciente revela que en el primer semestre de 2024 se publicaron setenta y ocho convenios, de los cuales cuarenta y tres no recogían ninguna cláusula sobre desconexión digital, veintidós lo hacían de forma deficiente, y solo trece contenían una regulación adecuada. La autora concluye que una legislación nacional débil y poco decidida no puede generar una aplicación práctica eficaz de un derecho que, pese a sus elevadas pretensiones, ha mostrado escasa utilidad real. La doctrina ya advertía que estaba por ver si la nueva propuesta normativa representaría un avance real en materia de desconexión digital (Rincón Sánchez, 2024, p.204 y 214); sin embargo, el rechazo parlamentario del texto impide comprobarlo, al quedar frustrada su tramitación.

La reforma proyectada modificaba también el artículo 20 bis del ET, incorporando el uso de lenguaje inclusivo mediante la sustitución del término

³⁹ Disponible en: <https://www.congreso.es> › BOCG-15-A-58-1 El Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fue rechazado por el Congreso de los Diputados el 10 de septiembre de 2025, al prosperar las enmiendas a la totalidad presentadas por los distintos grupos parlamentarios (Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones, 10 de septiembre de 2025).

⁴⁰ Resolución de 19 de mayo de 2023, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE núm. 129).

“trabajadores” por “personas trabajadoras”, lo cual, sin ser un cambio menor, forma parte de una actualización progresiva del texto legal. Además, se configuraba el derecho a la desconexión como un derecho irrenunciable (art. 3.5 ET), prohibiéndose cualquier comunicación por parte del empresario o de terceros, así como la realización de tareas fuera del horario de trabajo. Esto hubiese requerido mecanismos de control claros, especialmente en sectores profesionales con elevados niveles de autonomía. Por otro lado, se preveía que fuese la negociación colectiva la que determinase las modalidades de ejercicio, las medidas de garantía y las excepciones posibles. Resulta llamativo la no fijación de mínimos obligatorios, teniendo en cuenta el amplio margen que la legislación otorga a la negociación colectiva, que en muchos casos no es utilizado, lo que podría vaciar de contenido la norma. También se mantenía lo ya previsto en la normativa sobre trabajo a distancia en relación con los riesgos psicosociales derivados del mal uso de herramientas informáticas, y se subrayaba la importancia de la formación y sensibilización en esta materia. El rechazo del Proyecto de Ley para la reducción de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo el 10 de septiembre de 2025 supone una oportunidad perdida para avanzar en la consolidación del derecho a la desconexión digital.

La NTP 1122 (2018)⁴¹ advierte que los nuevos entornos laborales mediados por TIC conllevan una reorganización del tiempo de trabajo, favoreciendo la difuminación de la jornada laboral tradicional y el solapamiento entre los ámbitos profesional y personal. Esta situación resulta especialmente problemática para quienes no pueden externalizar responsabilidades de cuidado. Cuando, además, el lugar de trabajo coincide con el espacio doméstico -como en el teletrabajo-, se acentúa el riesgo de “doble presencia”, definido por las NTP 1185 y 1186 como la concurrencia simultánea de demandas laborales y familiares en el mismo tiempo y/o espacio. La desconexión digital, en tales casos, aparece como derecho formal que rara vez se materializa en condiciones reales, como señalan tanto Montes Adalid (2023) como la propia NTP 1.165 (2021). Además, la normativa actual sobre teletrabajo hace recaer en gran parte sobre la persona trabajadora la responsabilidad de informar sobre las condiciones en las que trabaja desde casa. Como no hay garantías suficientes para que el servicio de prevención pueda evaluar directamente ese entorno, muchos riesgos importantes para la salud -como los relacionados con el espacio físico o la carga mental- pueden pasar desapercibidos.

En definitiva, el teletrabajo y la hiperconectividad, cuando no están acompañados de políticas de conciliación con perspectiva de género y justicia social, operan como factores de desigualdad estructural. El Derecho del Trabajo está

⁴¹ Instituto Nacional de Seguridad, Salud y Bienestar en el Trabajo (INSSBT). (2018). *Las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) (I): nuevas formas de organización del trabajo* (Notas Técnicas de Prevención, NTP 1122). <https://www.insst.es>

llamado a garantizar que estas nuevas formas de organización no profundicen brechas ya existentes, y que incorporen de forma expresa el conflicto trabajo-familia como riesgo psicosocial evaluable y exigible en contextos de especial vulnerabilidad, como el de las familias monoparentales.

3.4.2. *Riesgos psicosociales de la gestión algorítmica (GTIA)*

Una dimensión particularmente relevante -y creciente- del trabajo digital es la gestión algorítmica de las personas trabajadoras (GTIA), donde la inteligencia artificial toma decisiones que afectan directamente a las condiciones laborales. Este tipo de sistemas, que recopilan datos en tiempo real para tomar decisiones automatizadas o apoyar decisiones humanas sobre el rendimiento, la asignación de tareas o los tiempos de descanso, está siendo cada vez más implantado en empresas tradicionales y plataformas digitales. Aunque prometen mayor eficiencia, estos sistemas también han introducido nuevas formas de presión, vigilancia e imprevisibilidad que afectan directamente a la salud mental y al bienestar de las personas trabajadoras.

Entre los riesgos más documentados se encuentran la intensificación del trabajo, la pérdida de autonomía, la imposición de ritmos acelerados y la generación de entornos laborales competitivos y despersonalizados. Todo ello puede derivar en estrés crónico, ansiedad, agotamiento emocional y dificultades para conciliar, especialmente en aquellos hogares donde una sola persona asume todas las responsabilidades familiares. A ello se suma la opacidad de los algoritmos, que operan como “cajas negras” dificultando la rendición de cuentas, la comprensión de las decisiones y el ejercicio de derechos colectivos (Molina et al., 2024, p.11).

No obstante, los sistemas GTIA también pueden tener un uso positivo, si se diseñan con criterios éticos y participativos. Por ejemplo, permiten programar descansos, ajustar cargas de trabajo, personalizar tareas o detectar precozmente signos de fatiga a través de wearables inteligentes. El problema radica en que estas funcionalidades suelen ir acompañadas de procesos intensivos de vigilancia, lo que tensiona la protección de datos y puede generar efectos contraproducentes si se utilizan para controlar, en lugar de cuidar. Así, el impacto de la GTIA sobre la conciliación y la corresponsabilidad dependerá del marco institucional y del poder de intervención de las estructuras de representación laboral.

Tal como ha sido ampliamente desarrollado por Todolí Signes (2019), el uso de algoritmos para dirigir el trabajo -asignar tareas, organizar turnos, evaluar el rendimiento o decidir contrataciones y despidos- puede dar lugar a nuevas formas de riesgo laboral, tanto físico como psicológico. Entre los factores más relevantes destaca la vigilancia constante mediante sensores, la intensificación del trabajo derivada de decisiones automatizadas sin empatía ni comprensión de

los límites humanos, y la pérdida de autonomía frente a instrucciones generadas por máquinas. El autor advierte que estos riesgos pueden quedar ocultos bajo una apariencia de neutralidad algorítmica, y subraya que, si no se tienen en cuenta en la programación, pueden generar efectos graves sobre la salud de las personas trabajadoras. Por ello, defiende que los algoritmos deben programarse explícitamente con criterios de prevención de riesgos laborales, del mismo modo que se exige formación en esta materia a los supervisores humanos. Así, reclama una regulación que imponga la obligación de evaluar los riesgos desde el diseño y funcionamiento del propio sistema, incluyendo garantías de supervisión humana (Todolí Signes, 2019, p.4 y ss.). Estos riesgos no son neutros desde el punto de vista social. La reducción de márgenes de autonomía, la imposición de ritmos inflexibles y la falta de interlocución humana en los sistemas GTIA afectan especialmente a quienes necesitan adaptar sus tiempos de trabajo a exigencias de cuidado no delegables. En el caso de muchas mujeres, y de forma más aguda en hogares monoparentales encabezados por madres, el sometimiento a lógicas algorítmicas que desatienden el contexto vital agrava la tensión entre las exigencias del trabajo y las responsabilidades familiares. Como señala Todolí Signes (2019), los algoritmos no tienen capacidad empática ni contexto situacional, por lo que aplicar decisiones laborales automatizadas sin supervisión humana puede traducirse en penalizaciones desproporcionadas para quienes no pueden mantener disponibilidad continua o reaccionar en tiempo real (p.44 y ss.). Este sesgo estructural invisibiliza formas específicas de vulnerabilidad laboral y evidencia la necesidad de que los sistemas GTIA incorporen salvaguardas de equidad, conciliación y diversidad en su diseño y gobernanza.

Así pues, si no se abordan de forma estructural, los riesgos psicosociales del trabajo digital pueden afectar especialmente a familias con una elevada carga de cuidados, como las monoparentales, y se traducen en barreras concretas para la conciliación. A ello hay que añadir, hemos explicado en el primer epígrafe, que estas familias son, en la mayor parte de los casos, monomarentales y la GTIA, al automatizar decisiones sobre rendimiento, asignación de tareas o disponibilidad sin mediación humana, genera riesgos psicosociales de carácter estructural que afectan desproporcionadamente a las mujeres. Estos algoritmos, pese a su aparente neutralidad, integran sesgos que penalizan indirectamente situaciones vinculadas a la maternidad y a la organización unipersonal del cuidado, tales como permisos por cuidado o interrupciones del flujo laboral (Rodríguez Fernández, pp. 25 y 26). La despersonalización de la supervisión y la imposibilidad de ponderar factores contextuales dan lugar a escenarios de malestar emocional, inseguridad e hiperdisponibilidad impuesta, intensificados por mecanismos de diseño conductual

que dificultan la planificación de tiempos de crianza en contextos donde no existen tiempos alternativos ni posibilidad de rotación del cuidado.

A nivel organizativo, la GTIA contribuye a una reorganización del trabajo basada en la fragmentación e imprevisibilidad temporal, lo que imposibilita una planificación estable de la jornada e impide alcanzar niveles mínimos de conciliación. Esta dinámica impacta con especial intensidad en familias monoparentales, donde la carga de cuidados no es compartida y la adaptabilidad horaria resulta limitada. Además, como indica Rodríguez Fernández, las mujeres se encuentran sobrerrepresentadas en tareas vinculadas a la base del sistema algorítmico -como la limpieza o el etiquetado de datos-, caracterizadas por baja retribución, escasa visibilidad y nula participación en la gobernanza tecnológica. En este contexto, la ausencia de enfoques interseccionales en el diseño y supervisión de los sistemas de inteligencia artificial en el trabajo corre el riesgo de consolidar un modelo laboral tecnificado que perpetúe los sesgos de género y agrave la vulnerabilidad de las trabajadoras en estructuras familiares no corresponsables (Rodríguez Fernández pp. 37-38).

4. FAMILIAS MONOPARENTALES: RETOS ESTRUCTURALES Y PROPUESTAS HACIA UNA CONCILIACIÓN JUSTA EN LA ERA DIGITAL

Las familias monoparentales, especialmente aquellas encabezadas por mujeres (monomarentales), constituyen uno de los grupos más invisibilizados por las políticas laborales y de conciliación vigentes. La configuración normativa actual -centrada en un modelo biparental como arquetipo- puede resultar discriminatoria por indiferenciación, al no contemplar las particularidades de quienes asumen en solitario todas las responsabilidades económicas, organizativas y afectivas del hogar. Esta omisión tiene efectos estructurales sobre el acceso al empleo, la protección social y el bienestar infantil, reforzando una cadena de desigualdad que se inicia en la precariedad laboral y culmina en una brecha de pensiones.

La evolución normativa de la conciliación en la Unión Europea, como señala Cristóbal Roncero (2024), ha transitado desde un enfoque biológico centrado en la maternidad, pasando por un enfoque económico vinculado a la empleabilidad femenina, hasta llegar a una tercera etapa centrada en la corresponsabilidad parental, ejemplificada por la Directiva 2019/1158 (Cristóbal Roncero, 2024, pp.75-82). Sin embargo, este avance sigue anclado en un modelo de dos progenitores y no responde a la realidad de las familias monoparentales, que no pueden acceder a la corresponsabilidad como pilar estructural. Resulta urgente, por tanto, avanzar hacia una cuarta etapa normativa que reconozca esta realidad mediante medidas reforzadas -como permisos más extensos, apoyos económicos y mayor

protección preventiva- que garanticen una conciliación efectiva y equitativa para todos los modelos familiares.

En este contexto, la digitalización del empleo y la expansión de nuevas formas de organización del trabajo representan tanto una oportunidad como un riesgo. Las herramientas tecnológicas basadas en inteligencia artificial -como asistentes virtuales, plataformas colaborativas o sistemas algorítmicos de gestión- pueden facilitar la gestión del tiempo y flexibilizar la jornada. Pero, sin garantías jurídicas ni estrategias inclusivas, corren el riesgo de reproducir -o incluso intensificar- las desigualdades ya existentes.

A la luz de esta realidad, se identifican los siguientes ejes de actuación:

- Reconocimiento legal de la monoparentalidad como categoría familiar específica, con la creación de un título oficial de validez estatal y un registro administrativo que permita diseñar políticas públicas ajustadas (Proyecto de Ley de Familias).
- Reforma estructural del marco de conciliación, que contemple la acumulación de permisos por nacimiento en hogares con un solo progenitor, la revisión del artículo 34.8 ET para garantizar la adaptación de jornada sin barreras opacas, y el refuerzo del derecho a la desconexión digital como medida efectiva contra la hiperdisponibilidad. En este sentido, aunque el Real Decreto-ley 9/2025 ha introducido la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado a 32 semanas en los casos de monoparentalidad, esta reforma responde principalmente al cumplimiento de obligaciones europeas largamente postergadas, más que a una voluntad estructural de transformar el modelo de conciliación vigente. Su alcance sigue siendo parcial, pues no adapta otras figuras clave -como el permiso parental, la excedencia por cuidado o la lactancia- ni garantiza un enfoque verdaderamente redistributivo. Lejos de consolidar una corresponsabilidad efectiva, perpetúa un enfoque fragmentario que aún no reconoce de forma integral la diversidad de estructuras familiares.
- Digitalización inclusiva con perspectiva de género y cuidado, mediante programas de formación asincrónica y bonificada, acceso universal a conectividad y dispositivos, y promoción de empleo digital digno y no precarizado para madres solas, tal como recomienda el Foro Económico Mundial (WEF, 2024).
- Adaptación normativa a los nuevos entornos laborales, incluyendo marcos laborales y fiscales adecuados para el trabajo remoto y transfronterizo, y estándares internacionales mínimos sobre transparencia

algorítmica, condiciones laborales y prevención de la precariedad digital.

- Fomento de alianzas público-privadas que impulsen la transición hacia modelos de empleo híbrido centrados en la confianza y los resultados, con incentivos a empresas que integren la conciliación como eje estratégico, especialmente en el ámbito de las pymes.

Estas propuestas no pueden concebirse como añadidos técnicos, sino como pilares de una nueva política pública del tiempo. Un modelo verdaderamente justo requiere redistribuir no solo ingresos y recursos, sino también tiempos y cuidados. El caso de las familias monoparentales ilustra con claridad que la conciliación no es solo una cuestión de organización individual, sino un derecho social que exige estructuras, apoyos y reconocimiento institucional.

En definitiva, si la digitalización pretende ser una herramienta de inclusión, debe diseñarse desde una lógica de derechos. Las políticas nacionales han de alinearse con las tendencias internacionales más transformadoras y adoptar un enfoque que sitúe los cuidados y la equidad en el centro del nuevo contrato social. Además, tal y como defiende Casas Baamonde (2021), el nuevo modelo de relaciones laborales en la economía digital debe preservar los principios fundacionales del Derecho del Trabajo, como la justicia social, la equidad y la protección frente a las nuevas formas de exclusión. Solo así será posible construir un sistema laboral que no deje atrás a quienes más lo necesitan para poder cuidar y trabajar en condiciones dignas.

5. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Álvarez Cuesta, H. (2023). La formación en los nuevos yacimientos de empleo (empleos digitales, verdes) con especial atención a la perspectiva de género. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, (49), 37-66.

Blasco Jover, C. (2024). Conciliación, corresponsabilidad y flexibilidad en un entorno digital cambiante: Visión en clave de género. En M. M. Pardo López, et al. (Eds.), *Inteligencia artificial y formas de trabajo emergentes* (pp. 255-291). Ediciones Laborum.

Casas Baamonde, M. E. (2021). *Trabajo de las mujeres y digitalización*. *Revista de Derecho Laboral vLex*, (4), 67-88.

Cabello Roldán, A. (2024). La situación actual de los nuevos modelos de familia en el ámbito socio-laboral: Especial atención a la monoparentalidad y la homoparentalidad. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad*

Social, 9, 122-154.

Cobrerros Mendazona, E. (2007). Discriminación por indiferenciación: Estudio y propuesta. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 81, 71-114.

Cordero Gordillo, V. (2021). Trabajo a distancia y conciliación familiar y laboral. *IUSLabor*, (2), 97-127.

Corrêa Gomes Cardim, T. (2023). De la hiperconexión del trabajador a la esclavitud digital: Riesgos psicosociales y desafíos de la conciliación entre tiempo de trabajo y vida privada. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11(1), 417-437.

Cristóbal Roncero, M. del R. (2024). La conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, (8), 73-97.

Durán Bernardino, M. (2021). Digitalización y empleo: Retos del futuro del trabajo desde una perspectiva de género. *Revista de Estudios Jurídicos*, (21), 1-31.

García Miguélez, M. P. (2023). La trascendencia de la regulación de la conciliación de la vida laboral y familiar tras el RDL 5/2023, de 28 de junio de 2023: Cuestiones en torno al teletrabajo y la desconexión digital para una buena calidad de vida de los trabajadores. *Revista Derecho Social y Empresa*, (19), 109-132.

Gorelli Hernández, J. (2022). La protección a las familias en la Seguridad Social. *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, 5 (mayo-octubre), 65-100.

Grau Pineda, C. (2023). La brecha de género en las pensiones en España: Estado de la cuestión. *Revista AMAGIS Jurídica*, 15(1), 43-64.

Molina Romo, Ó., Sanz de Miguel, P., Arasanz, J., & Caprile Elola-Olaso, M. (2024). Participación de los trabajadores y riesgos psicosociales en el contexto de gestión algorítmica e inteligencia artificial. *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 10, e125, 1-19.

Montes Adalid, G. M. (2023). Empleo digital, conciliación y salud psicosocial de la mujer trabajadora. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 11(2), 188-212.

Rey, F. (2011). ¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional? *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 167-181.

Rincón Sánchez, C. (2024). La desconexión digital en la negociación colectiva estatal del primer semestre de 2024: Estado de la cuestión. *Revista*

Crítica de Relaciones de Trabajo, 13(4º trimestre), 193-216. Laborum.

Rodríguez Fernández, M. L. (2024). Inteligencia artificial, género y trabajo. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, (171), 11-39.

Todolí Signes, A. (2019). En cumplimiento de la primera Ley de la robótica: Análisis de los riesgos laborales asociados a un algoritmo/inteligencia artificial dirigiendo el trabajo. *LaBoUR & Law Issues*, 5(2), 1-38.

Vivero Serrano, J. B. (2025). La conciliación de la vida familiar y laboral y el ensanchamiento de la función social del Derecho del Trabajo. *Briefs AEDTSS*, (74). Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Informes y documentación técnica

Business News Academy. (s.f.). Eficiencia y productividad con IA: El uso profesional de los chatbots. <https://www.businessnewsacademy.com/eficiencia-productividad-chatbots-profesional/>

CCOO. (2024). *Con más avances sin brechas: Brecha salarial de género en España 2024*. Secretaría Confederal de Mujeres, Igualdad y Condiciones de Trabajo.

Datactil. (s.f.). *Asistentes virtuales para ser más productivo: La clave para optimizar tu tiempo en el trabajo*. <https://www.datactil.com/post/asistentes-virtuales-para-ser-mas-productivo-la-clave-para-optimizar-tu-tiempo-en-el-trabajo>

Department for Business, Energy & Industrial Strategy. (2021). *Family friendly working policies and practices – Motivations, influences and impacts for employers*. UK Government. <https://www.gov.uk/government/publications/family-friendly-working-policies-and-practices-motivations-influences-and-impacts-for-employers>

European Social Fund Plus. (2024). *Supporting single parents: A digital pathway to employment*. European Commission. <https://european-social-fund-plus.ec.europa.eu/en/projects/supporting-single-parents-digital-pathway-employment>

European Parliament, Directorate-General for Internal Policies. (2020). *The situation of single parents in the EU* (Study No. 659870). [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659870/IPOL_STU\(2020\)659870_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/659870/IPOL_STU(2020)659870_EN.pdf)

EAPN España. (2024). *Feminización de la pobreza. Estereotipos de género y atención sociosanitaria: Por un análisis de la pobreza y la exclusión social en las mujeres*. Red Europea de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social en el

Estado Español (EAPN-ES). <https://www.eapn.es/publicaciones/551>

Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS). (2022). *Conciliación familiar, laboral y personal en las familias monoparentales españolas* (n.º 9, pp. 1–9). Federación de Asociaciones de Madres Solteras (FAMS).

Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC). (2021). *Consumer research brief: Financial challenges of single-parent households*. <https://www.fdic.gov/analysis/consumer-research/consumer-analytic-insights/single-parents.pdf>

LinkedIn Economic Graph. (2024). *Global state of remote and hybrid work – September 2024*. LinkedIn. <https://economicgraph.linkedin.com/en-us/PDF>

Ringover. (2024). *Las 15 herramientas clave de IA para aumentar la productividad en el trabajo*. <https://www.ringover.es/blog/ia-productividad>

Synthtelligence. (2024). *Automatización inteligente: Cómo integrar chatbots en sistemas de gestión para optimizar colaboración y productividad empresarial*. <https://synthtelligence.com/automatizacion-inteligente-como-integrar-chatbots-en-sistemas-de-gestion-para-optimizar-colaboracion-y-productividad-empresarial/>

World Economic Forum. (2024). *The rise of global digital jobs* [White paper]. World Economic Forum. <https://www.weforum.org>

EL PERMISO PARENTAL: DE SU RECONOCIMIENTO A LAS DIFICULTADES PARA SU COMPLETA TRANSPOSICIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

THE PARENTAL LEAVE: FROM ITS RECOGNITION TO THE DIFFICULTIES OF ITS FULL IMPLEMENTATION IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM

MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ

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

Universidad de Cádiz

ORCID: 0000-0001-7711-6253

EXTRACTO

Palabras clave: Permiso parental, conciliación, corresponsabilidad, discriminación.

El presente estudio analiza el proceso de transposición del permiso parental regulado en la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, que se lleva a cabo en dos fases. La primera se inicia con RD-Ley 5/2023 de 28 de junio que incorpora el permiso en el artículo 48 bis) ET y 49 EBEP, dejando pendiente el asunto de su compensación económica a una futura norma que lo desarrollara. Con este objetivo, se inicia la segunda fase con la aprobación del RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo que reformuló el permiso. Finalmente, el RD-Ley 9/2025, de 29 de julio, aborda este aspecto del permiso mediante la ampliación de los periodos de suspensión por nacimiento y cuidado del menor, lo que supone un giro significativo en la orientación normativa anterior, que parecía inclinarse por la creación de una prestación específica de Seguridad Social. No obstante, desde nuestro punto de vista, la reforma continúa sin dar pleno cumplimiento a las exigencias establecidas por la Directiva.

ABSTRACT

Key words: Parental leave, work-life balance, shared responsibility, discrimination.

This study examines the process of transposing parental leave as regulated by Directive (EU) 2019/1158 of 20 June, which has been carried out in two phases. The first phase began with Royal Decree-Law 5/2023 of 28 June, which incorporated parental leave into Article 48 bis of the Workers' Statute and Article 49 of the Basic Statute of Public Employees, while deferring the issue of financial compensation to subsequent regulatory development. The second phase commenced with the adoption of Royal Decree-Law 2/2024 of 21 May, which reformulated leave. Finally, Royal Decree-Law 9/2025 of 29 July addressed this aspect of the leave by extending the suspension periods for birth and childcare, representing a significant shift from the previous regulatory approach, which had appeared to favor the creation of a specific Social Security benefit. Nevertheless, in our view, the reform still fails to achieve full compliance with the requirements established by the Directive.

ÍNDICE

1. DE LA TRANSFERIBILIDAD A LA IN-TRANSFERIBILIDAD DEL PERMISO PARENTAL: UNA TRANSICIÓN INCONCLUSA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA.
2. EL PERMISO PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: UN PROCESO DE ADAPTACIÓN ESCALONADO E IMPROVISADO.
3. EL INESPERADO VIRAJE NORMATIVO: LA NATURALEZA NO RETRIBUIDA DEL PERMISO PARENTAL REGULADO PREVIAMENTE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO
4. EL PERMISO PARENTAL NO RETRIBUIDO.
 - 4.1. Un derecho de titularidad individual de carácter absoluto.
 - 4.2. Régimen jurídico del permiso parental no retribuido.
5. EL DERECHO A RETRIBUCIÓN O PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PERMISO PARENTAL
 - 5.1. La reformulación del permiso para el cuidado del lactante
 - 5.2. El aumento de la duración de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor por el RD-Ley 9/2025 ¿etapa final del proceso de adaptación normativa?

1. DE LA TRANSFERIBILIDAD A LA IN-TRANSFERIBILIDAD DEL PERMISO PARENTAL: UNA TRANSICIÓN INCONCLUSA DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

El permiso parental no resulta una medida inédita en la normativa de la Unión Europea pues ya se regulaba en las Directivas 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental y Directiva 2010/18 /UE del Consejo, de 8 de marzo por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. En esta primera fase la protección se centraba en la necesidad de conciliar trabajo y familia, regulándose el permiso parental como una medida neutra, cuya titularidad podía ser indistintamente de hombres o mujeres. Sin embargo, carecía de mecanismos que fomentasen la corresponsabilidad, por lo que no logró romper con el convencionalismo social que asigna a la mujer la responsabilidad principal frente a las obligaciones familiares¹.

La primera de las Directivas citadas establecía el permiso parental como un derecho individual de los trabajadores, tanto hombres como mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, permitiéndoles ocuparse de su cuidado durante un período mínimo de tres meses y hasta una edad determinada -que puede llegar a los ocho años y que deben definir los Estados miembros y/o los interlocutores sociales. Sin embargo, aunque la norma contempla la no

¹ J. Gorelli Hernández (2023): Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad <https://doi.org/10.20318/femeris.2022.6941> V. Cordero Gordillo “El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET” Lan Harremanak, 2023, 51, 15-42 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25838>; S. Rodríguez Escanciano “El régimen jurídico del permiso parental a la luz del Real Decreto Ley 5/2023: antecedentes, novedades y cuestiones pendientes” Revista Derecho Social y Empresa nº 19, julio a septiembre de 2023.

transferibilidad de los derechos al permiso parental no la exige de manera obligatoria, lo que debilita considerablemente la regulación comunitaria.

La segunda de las Directivas mencionadas, aunque mantiene una línea continuista respecto a la anterior, introduce algunas mejoras en la regulación del permiso parental. Así, se amplía la duración del permiso parental de tres a cuatro meses por cada hijo fijando el carácter intransferible de, al menos, uno de los cuatro meses. En la citada Directiva se reconocía la importancia que tienen los ingresos en la utilización real del permiso parental sin embargo, no preveía ninguna norma imperativa estableciendo derecho a retribución, dejando esta cuestión en manos de los Estados miembros o de los interlocutores sociales, quienes deberán tener en consideración el papel de los ingresos, entre otros factores, en el uso del permiso².

Con la aprobación de la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, se da inicio a una nueva fase en el proceso desarrollo de los derechos de conciliación. La Directiva aborda las políticas de conciliación y corresponsabilidad como de uno de los ejes fundamentales para lograr la igualdad entre hombres y mujeres, siendo este su objetivo prioritario. Con este nuevo enfoque se pretende superar la perspectiva de las políticas de conciliación de primera generación, cuya finalidad consistía en facilitar un conjunto de medidas para compaginar las tareas profesionales y familiares pero que no logró romper con los estereotipos de género. Se abre camino un cambio de estrategia en la que se pone el foco en el ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación con el objetivo de des-feminizar el uso de estos derechos, incentivando a los hombres a solicitarlos, lo que supone una reorientación de las medidas.

En concreto, dentro de los derechos de ausencia, se introduce en su artículo 4 por primera vez en el ámbito comunitario un permiso de paternidad que el trabajador o progenitor equivalente disfrutará con ocasión del nacimiento de su hijo o hija; se otorga especial importancia ya desde el propio título, al cuidado de personas mayores, enfermas o dependientes, incorporando en su artículo 6 un novedoso permiso de cinco días al año para cuidadores; y respecto del permiso parental, el artículo 5 de la Directiva conservando la estructura del permiso, amplía el período de in-transferibilidad del mismo, promueve su uso de forma

² F. Lousada Arochena “La incidencia sobre la excedencia para el cuidado de hijos/as del nuevo Acuerdo Marco (revisado) sobre el Permiso Parental Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ISSN 1575-3379, N° 28, 2011, pág. 12

flexible y garantiza su compensación económica, superando así una de las principales limitaciones que anteriormente afectaban a dicho permiso.

Centrándonos en el permiso parental, el citado artículo, atendiendo al limitado uso que del mismo realizan los padres - quienes habitualmente transfieren parte del permiso a las madres- refuerza la in-transferibilidad como uno de los instrumentos claves para incentivar su utilización por ambos progenitores. A tal efecto, se incrementa de uno a dos meses el período intransferible, estableciendo que su no disfrute conlleva su pérdida definitiva. El resto del permiso conserva su carácter transferible y continúa sin estar sujeto a retribución, lo cual compromete, sin lugar a dudas, la efectividad del principio de corresponsabilidad³.

De otro lado, se promueve modelos de trabajo flexible, tanto una vez finalizado el permiso, como durante su disfrute como fórmula que permite avanzar en la igualdad real en el ámbito laboral y familiar con lo que se modifica la perspectiva mantenida hasta el momento, abriéndose paso fórmulas que transitan desde las políticas de conciliación hacia las de corresponsabilidad⁴.

Por último, la Directiva aborda la cuestión relativa a la retribución o prestación económica vinculada al ejercicio del permiso parental, aspecto de especial relevancia en la medida en que incide directamente en la efectividad del derecho y en su reparto equitativo, particularmente en aquellos casos en que el progenitor varón constituye la principal fuente de ingresos del núcleo familiar. En este sentido, el artículo 8.1 de la Directiva dispone que corresponde a los Estados miembros o a los interlocutores sociales determinar el régimen de remuneración o prestación aplicable, aunque exclusivamente respecto del período intransferible. Ha de señalarse en este aspecto que, si bien la norma no establece un umbral mínimo para dicha compensación como si se fija respecto del permiso de paternidad, el apartado 3 del mencionado artículo introduce un criterio orientador al señalar que la cuantía debe fijarse “de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental”, lo cual permite inferir que la prestación económica debería aproximarse, en la medida de lo posible, al nivel retributivo ordinario, a fin de no desincentivar su utilización.

Con todo, pese al avance significativo que representan las modificaciones introducidas en el permiso parental con el propósito de fomentar un reparto equitativo de las responsabilidades de cuidado entre mujeres y hombres, la persistencia de la transferibilidad de una parte del permiso, así como la ausencia de

³ M.A. Ballester Pastor “La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017” *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales* nº 38, 2017, pág. 13.

⁴ M.E. Casas Baamonde, “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres” *Derecho de las Relaciones Laborales* nº 3 2019 pág 236.

un umbral mínimo de retribución a diferencia de lo previsto para el permiso de paternidad, siembran dudas sobre la solidez del compromiso institucional con el principio de corresponsabilidad.

2. EL PERMISO PARENTAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: UN PROCESO DE TRANSPOSICIÓN ESCALONADO E IMPROVISADO

Tras un largo proceso legislativo de elaboración de la fallida Ley de Familias y a pocos días de que se iniciara la campaña electoral, provocada por la convocatoria anticipada de elecciones, se aprueba el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea (en adelante RD-Ley 5/2023) traspone a nuestra normativa la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. El RD-Ley 5/2023 se autocalifica como norma “ómnibus” expresando con tal denominación la inclusión de un conjunto muy numeroso y heterogéneo de medidas sin conexión alguna, del que da cumplida cuenta su extenso título, entre las que destacamos la transposición varias Directivas comunitarias.

Ha de subrayarse que antes de que el RD-Ley 5/2023 fuese aprobado se habían producido varios intentos para su transposición. Inicialmente la transposición de la citada Directiva formó parte del anteproyecto de Ley por el que se modificaba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por el que se trasponía la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁵, si bien posteriormente se desgajó, incorporándose por razones evidentes de sistematicidad en el anteproyecto de Ley de Familias que fue aprobado como proyecto de Ley por el Consejo de Ministros el 28 de marzo de 2023.

Tras la convocatoria electoral y la disolución de las Cortes se frena su proceso legislativo decayendo el proyecto de Ley de Familias que se encontraba en el Congreso de los Diputados en el trámite de enmiendas, para que finalmente, el Consejo de ministros y ministras aprobase el 28 de junio el RD-Ley 5/2023 en el que se llevaba a cabo la mentada transposición. Centrando la atención en

⁵ Cuya transposición queda pendiente al no haber sido incluida en el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, aspecto que ha sido criticado por los sindicatos.

el permiso parental objeto del presente estudio, debe advertirse que se trata de un proceso de adaptación de carácter escalonado en el que deben distinguirse al menos dos fases: la primera encargada de transponer el artículo 5 de la Directiva 2019/1158 y la segunda del artículo 8.3 de la misma norma comunitaria.

Conviene destacar que todas las normas que integran el proceso de adaptación comparten la justificación de su carácter urgente en la trascendencia de la transposición y, sobre todo, en las consecuencias derivadas de su incumplimiento. En este sentido, se alude a la posible imposición de importantes sanciones económicas y a una multa coercitiva a tanto alzado contra el Estado, que, por cierto, no se ha podido evitar.

Igualmente, resulta común desde la fase inicial del proceso de transposición con el proyecto de Ley de Familias la utilización de la cláusula pasarela prevista en el artículo 20.6 de la Directiva 2019/1158 con el fin de absorber las mejoras de los derechos de conciliación contemplados en nuestro ordenamiento respecto de la normativa comunitaria⁶ y que posteriormente recogió la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023, en la que se indicaba que las modificaciones realizadas “responden a un doble propósito: de un lado se evita penalizar o duplicar los sistemas de protección frente a las situaciones descritas -crianza de los hijos e hijas, cuidado de mayores y dependientes- y de otro, con el límite necesario, introducir los requisitos mínimos de cada permiso y las mejoras que no resultan absorbibles”. La citada cláusula permite que los Estados miembros puedan tener en cuenta cualquier período de ausencia del trabajo relacionado con la familia, señaladamente el permiso de maternidad, el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores, que esté previsto en la legislación nacional o en los convenios colectivos, siempre que se superen los estándares mínimos previstos en la Directiva 2019/1158 y la Directiva 92/85, y no se reduzca el nivel general de protección garantizado a los trabajadores en el ámbito de aplicación de las Directivas.

La primera fase viene protagonizada por el RD-Ley 5/2023 que insertó el permiso parental en una nueva letra o) en el artículo 45.1, y añadió un nuevo artículo, el 48 bis) ET en el que se desarrolla parcialmente el régimen jurídico del permiso parental. Paralelamente, con el mismo fin, incluyó el apartado g) al art. 49 del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) rubricado los “Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de

⁶ E. Rodríguez Rodríguez “El nuevo permiso parental del Estatuto de los Trabajadores” *Lan Harremanak*, 2024, 51, pág. 107 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26337>; M.A Ballester Pastor “Transponiendo a regañadientes la Directiva 2019/1158 de Conciliación” *Revista de Derecho Social* 108 2025, pag. 38

violencia de género o de violencia sexual y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”.

El RD-Ley 5/2023 abordó la regulación del permiso parental, pero dejó el asunto de su compensación económica a una futura norma que lo desarrollara. No procedió, por tanto, a una transposición íntegra de la Directiva, quedando pendiente uno de sus aspectos más controvertidos y de mayor relevancia, sin que ello implicara, en aquel momento, un incumplimiento formal de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión, ya que el artículo 20.2 de la Directiva de conciliación prevé para la remuneración o prestación del permiso parental un plazo más amplio, que se extendía dos años más hasta el 2 de agosto de 2024. Esta situación fue prevista por el propio RD-Ley 5/2023 en su disposición final octava, dedicada a la incorporación del Derecho Comunitario, en la que disponía que “el libro segundo traspone parcialmente la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo; salvo su artículo 5 y su artículo 8, apartado 3, respecto de la remuneración o la prestación económica del permiso parental”.

Y es precisamente la implementación de este aspecto del permiso parental conforme a las exigencias del Derecho de la Unión, el objetivo que persigue la segunda fase del proceso de transposición de la Directiva mediante una sucesión de iniciativas normativas. El itinerario legislativo seguido puede resumirse del siguiente modo: en primer término, el RD-Ley 7/2023, de 19 de diciembre, cuya falta de convalidación por parte del Congreso de los Diputados impidió su vigencia definitiva; en segundo lugar, el RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo, que reformuló el permiso para el cuidado del lactante, pero no satisfizo plenamente las exigencias derivadas de la Directiva comunitaria en la materia. Concluye, por ahora, este periplo normativo con la reciente aprobación del RD-L 9/2025, de 29 de julio, convalidado el 9 de septiembre e iniciada su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia⁷, que introduce una reformulación del régimen del permiso parental, dando un giro (inesperado) al diseño normativo, articulando el permiso parental exclusivamente a partir del permiso por el cuidado del lactante y la suspensión por el nacimiento y cuidado del menor, mediante una ampliación de su duración, lo que según su exposición de motivos

⁷ Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados XV Legislatura Serie D: General 18 de septiembre de 2025 Índice Núm. 393.

completa íntegramente la transposición del permiso parental retribuido previsto en el artículo 8.1 y 3 de la Directiva. Al efecto ha de indicarse

3. EL INESPERADO VIRAJE NORMATIVO: LA NATURALEZA NO RETRIBUIDA DEL PERMISO PARENTAL REGULADO PREVIAMENTE EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

Ciertamente, ni el artículo 48 bis del ET ni el 49 g) EBEP hacían mención expresa al carácter retribuido del permiso; sin embargo, todo parecía indicar que en dichos preceptos se regulaba precisamente la parte retribuida del mismo⁸, conclusión a la que también han llegado numerosos pronunciamientos judiciales. Fundamentalmente, tal conclusión se sustentaba en que, en nuestro ordenamiento, la parte no retribuida del permiso parental ha venido identificándose, desde las Directivas 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, y 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, con las figuras de la excedencia por cuidado de hijos y la reducción de jornada por guarda legal, reguladas respectivamente en los artículos 46.3 y 37.6 ET. Ambas instituciones se configuran en nuestro ordenamiento como derechos de titularidad individual sin posibilidad de transferencia al otro progenitor, por lo que la totalidad del permiso parental tendría carácter intransmisible, superándose, incluso, los estándares mínimos de la normativa comunitaria. De hecho, en la exposición de motivos del RD-Ley 5/2023 se explicaba que las modificaciones que se realizaban a estas instituciones derivaban de la obligación empresarial establecida en el artículo 5.5 de la Directiva de motivar el aplazamiento de los permisos parentales, por lo que todo indicaba que el permiso parental no retribuido seguía sustentándose en estas instituciones.

Con este planteamiento era esperable que pese a la aplicación de la cláusula pasarela absorbiendo las dos semanas de exceso del permiso por nacimiento y cuidado y las dos del permiso por el cuidado del lactante acumulado (RD-Ley 2/2024) se creara una prestación específica de Seguridad Social asociada al artículo 48 bis del ET, destinada a cubrir la parte del permiso que aún faltaba hasta las ocho semanas de duración del permiso parental retribuido; interpretación que se veía reforzada por el hecho de que la medida se configura como una causa de suspensión del contrato, lo que hacía previsible la creación de una prestación de la Seguridad Social.

Conviene destacar además, que en el período comprendido entre la aprobación del RD-Ley 2/2024 y la del RD-Ley 9/2025, se intentó avanzar en la transposición del permiso parental mediante la incorporación de dos enmiendas al Proyecto de Ley de la Función Pública de la Administración del Estado

⁸ M.L. de la Flor Fernández “La Directiva sobre conciliación y su trasposición en España” *Temas laborales*, N° 168, 2023, págs. 57 a 61.

(121/000031), ambas dirigidas a la transposición del permiso parental actualmente en tramitación parlamentaria: la primera de ellas de modificación de la Ley del Estatuto Básico del Empleo Público y la segunda de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) a los efectos de crear una prestación parental de cuatro semanas de duración alcanzando el umbral del permiso parental.

Sin embargo, pese a los anteriores indicios, el RD-Ley 9/2025 en un cambio drástico de guion, construye el permiso parental retribuido totalmente al margen de lo previsto en el artículo 48 bis) ET, introduciendo una modificación al artículo 48 ET y 49 a) b) y c) EBEP a los efectos de ampliar el período de suspensión por nacimiento y cuidado del menor hasta alcanzar el umbral de las ocho semanas. Llama poderosamente la atención que el RD-Ley 9/2025 no mencione el artículo 48 bis ET, núcleo esencial del régimen jurídico del permiso y que se haya construido el permiso parental al margen de lo previsto en el mismo. La norma no alude al artículo 48 bis) ET ni en su exposición de motivos, ni en el articulado, ni en su disposición transitoria o disposiciones finales, lo que lleva a concluir que dicho precepto permanece inalterado y plenamente vigente desarrollando la parte no retribuida del permiso.

Esta conclusión se corrobora atendiendo a la regulación del permiso parental en el ámbito del empleo público por la misma norma. En efecto, de forma mucho más ilustrativa y coherente con la nueva configuración del permiso parental, la exposición de motivo indica expresamente que “en relación con el permiso parental contenido en el artículo 49 g), se clarifica la naturaleza no retribuida que mantenía desde su inclusión en el RD-Ley 5/2023, de 28 de junio, y se establece una duración de ocho semanas”. Esta regulación distingue de forma diáfana un permiso parental retribuido regulado en los apartados a) b) y c) del artículo 49 EBEP, y otro, no retribuido previsto expresamente en el artículo 49 g) EBEP.

Parece claro que, tanto el permiso parental regulado en el artículo 48 bis) ET como el contemplado en el 49 g) EBEP, se identifica con las ocho semanas de la parte no retribuida del permiso parental establecido en el artículo 5 de la Directiva 2019/1158, introduciendo con ello nuevos mecanismos de conciliación no retribuidos que se unen a las clásicas figuras de conciliación, tales como la excedencia por cuidado de hijos e hijas (art. 46.3 ET) o la reducción de la jornada (artículo 37.6 ET).

Resulta evidente que este proceso de adaptación escalonado de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria ha dado lugar a cierta disfunción normativa, probablemente derivada de reformas parciales, urgentes y carentes de una adecuada planificación y coordinación. Ello ha provocado cierta confusión que podría explicarse, bien por la coexistencia de posiciones divergentes en el seno del Gobierno, o bien por la premura del legislador en completar una transposición

ya muy demorada, lo que habría conducido a omitir la necesaria revisión del artículo 48 bis) ET en línea con lo establecido en el artículo 49 g) EBEP.

4. EL PERMISO PARENTAL NO RETRIBUIDO

El artículo 48 bis ET incorpora en nuestro ordenamiento el permiso parental no retribuido específico que podrán disfrutar “las personas trabajadoras para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en el que el menor cumpla ocho años”. Este nuevo derecho de conciliación que tendrá una duración de ocho semanas, se configura como un derecho de ausencia de titularidad individual, por lo que cada progenitor tendrá derecho a disfrutarlo por un mismo sujeto causante, sin que pueda transferirse su ejercicio al otro progenitor, con lo que se evita que sea uno de los progenitores, generalmente la mujer, la que acumule el permiso.

4.1. Un derecho de titularidad individual de carácter absoluto

Este nuevo derecho de conciliación se configura como un derecho de ausencia de titularidad individual y carácter absoluto sin que su disfrute esté condicionado al necesario equilibrio entre las necesidades organizativas de la empresa y los intereses de la persona trabajadora. En consecuencia, cada progenitor podrá ejercerlo respecto de un mismo sujeto causante, sin que sea posible su cesión al otro progenitor. De este modo, atendiendo al principio de corresponsabilidad se evita que recaiga sistemáticamente en uno de los progenitores habitualmente la mujer, la acumulación de este tipo de permisos. Así, la decisión denegatoria por parte de la empresa del permiso formulado por un trabajador varón puede ser declarada nula de pleno derecho por conculcar su derecho a no sufrir discriminación por el ejercicio de sus derechos de conciliación.

En este aspecto ha de destacarse que la nueva redacción del artículo 4.2 c) ET ha supuesto un refuerzo de los derechos de conciliación y corresponsabilidad. En efecto, el referido precepto contempla el reconocimiento del derecho de las personas trabajadoras “a no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleado... por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral”. De este modo, se asimila el trato desfavorable por el ejercicio de estos derechos con el más genérico principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Desde esta perspectiva, la discriminación basada en el ejercicio de estos derechos constituirá una discriminación tanto si quienes los ejercitan son las mujeres, en cuyo caso actuarán “según sus roles de géneros”, como si son los hombres actuando, en estos casos “contra

sus roles de género”⁹, constituyendo en todo caso una discriminación directa por razón de sexo¹⁰. Este reconocimiento reviste especial relevancia, pues constituye un respaldo decisivo a la interpretación que vincula el trato desfavorable derivado del ejercicio de los derechos de conciliación con la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Ejemplo de ello lo constituye la STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2024 que aborda un asunto en torno a la solicitud de disfrute del permiso parental formulada por el progenitor varón que fue denegada por su empleador. El Tribunal efectúa un examen interpretativo del artículo 48 bis) ET, para continuar con su proyección en la doctrina constitucional y comunitaria en materia de conciliación y corresponsabilidad, considerando que el hecho de que el demandante fuera varón no constituye un impedimento para apreciar una eventual vulneración del principio de igualdad por razón de sexo o de cualquier otra condición o circunstancia personal. Concluye el Tribunal declarando nula de pleno derecho la decisión denegatoria, lo que le lleva finalmente a entra a valorar la procedencia de una eventual indemnización derivada de la denegación empresarial del permiso, condenando a la empresa a abonar la una significativa indemnización que asciende a 20.000 euros¹¹.

Ha de destacarse que en este punto la norma interna supone un evidente avance respecto de la comunitaria que, con menor ambición, no llega a comprometerse de forma tan decidida con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. En efecto, el artículo 11 de la Directiva de conciliación adopta una posición más neutra que consiste en “prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable” por haber solicitado o disfrutado de los derechos de conciliación y corresponsabilidad, pero no lo conecta con la prohibición de discriminación por razón de sexo, y ello pese a que el artículo se intitula “discriminación” lo que pudiera hacernos creer en una mayor implicación y a las múltiples alusiones que en este sentido se realizan en sus considerandos¹².

4.2. Régimen jurídico del permiso parental no retribuido

En cuanto a su régimen jurídico, el artículo 48 bis) ET contempla un permiso que lo podrán disfrutar “las personas trabajadoras para el cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en el que el

⁹ J.F. Lousada Arochena. *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*”, 2013 p.441 <http://hdl.handle.net/2183/11720>.

¹⁰ M.A Ballester Pastor “Transponiendo a regañadientes la Directiva 2019/1158 de Conciliación” *Revista de Derecho Social* 108/2025 pág.26.

¹¹ (Rec. 7066/2023) ECLI: ES:TSJCAT:2024:4569.

¹² J. Cabeza Pereiro “La Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional” *Revista de Derecho Social* nº 92, 2020 pag. 73.

menor cumpla ocho años”. Así el permiso incluye las mismas situaciones que la suspensión del contrato por nacimiento y cuidados del hijo o la hija, esto es, tanto las situaciones de nacimiento como las de adopción o acogimiento del hijo o la hija por tiempo superior a un año.

En lo relativo a los requisitos para su perfeccionamiento, pese a la habilitación realizada por la norma comunitaria a los Estados miembros para establecer requisitos que condicionen el acceso al permiso, la norma interna no establece la necesidad de acreditar un período de antigüedad, al menos, no lo hace directamente en el artículo 48 bis ET, que se limita a recoger el supuesto de hecho protegido y el régimen de disfrute.

Con el mismo alcance que el contemplado por la Directiva 2019/1158, el permiso parental puede ejercitarse en un arco temporal que va desde el nacimiento o adopción del hijo o hija, o en el caso de acogimiento que este sea superior a un año, hasta que el hijo o la hija cumpla ocho años. La duración del permiso es de ocho semanas sin que, a diferencia de lo que sucede con la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo o hija, se prevea la ampliación de su duración en casos de partos o adopciones múltiples, discapacidad del hijo o hija, discapacidad de alguno de los progenitores, condición de familia numerosa, ni en situaciones de monoparentalidad.

En línea con la centralidad que adquieren las fórmulas de trabajo flexible en la Directiva 2019/1158, tanto el artículo 48 bis) ET como el artículo 49 g) EBEP contemplan que las personas trabajadoras tienen amplias facultades de organización, permitiéndose su disfrute de modo continuo o discontinuo, tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, lo que incentiva, sobre todo, el disfrute paterno más conectado con el ejercicio flexible. El artículo 48 bis ET remite la concreción de los términos de disfrute del permiso a tiempo parcial a un desarrollo reglamentario que aún no se ha producido.

Respecto a la concreción temporal del permiso, los titulares del derecho gozan de la facultad de especificar “la fecha de inicio y fin del disfrute” o en caso de que se opte por el ejercicio fraccionado “los períodos de disfrute”, fijándose el plazo de preaviso en diez días o el establecido en los convenios colectivos “salvo fuerza mayor teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa”. No se delimita la fracción mínima de disfrute, lo que puede generar dudas acerca de si el permiso podría ejercerse en semanas completas ya sea de forma continua o discontinua o incluso en días laborables aislados¹³. La

¹³ V. Cordero Gordillo “El nuevo permiso parental del art. 48 bis ET” *Lan Harremanak*, 2023, 51, pág.19 <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.25838>; S. Rodríguez Escanciano “El régimen jurídico del permiso parental a la luz del real decreto ley 5/2023: antecedentes, novedades y cuestiones pendientes” *Revista Derecho Social y Empresa* n° 19, julio a septiembre de 2023, DOI:

remisión al convenio colectivo en cuanto al plazo de preaviso provoca la duda de si dicho instrumento normativo podría también fijar los términos temporales de disfrute del permiso.

Frente a la indeterminación del artículo 48 bis) ET, el artículo 49 g) EBEP se decanta por el módulo semanal al señalar que “corresponderá a la persona progenitora, adoptante o acogedora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la Administración con una antelación de quince días y realizándose por semanas completas”. Esta solución se identifica con la adoptada por la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo o hija¹⁴.

Otro de los temas regulados en el artículo 48 bis ET es la facultad empresarial de aplazar el permiso. En cumplimiento de la norma comunitaria, el artículo 48 bis ET establece que, una vez formulada la solicitud por la persona trabajadora, el empleador podrá plantear el aplazamiento en los supuestos en los que dos o más personas generasen este derecho por el mismo sujeto causante o “en otros supuestos definidos por los convenios colectivos”, con lo que se le atribuye un papel clave a la negociación colectiva en la determinación de las circunstancias que autorizan al empresario a efectuar el aplazamiento del permiso¹⁵.

En los casos en los que el aplazamiento esté justificado, el empresario solo podrá demorar la concesión del permiso durante un “tiempo razonable” sin que se especifique el tiempo durante el cual se permite al empleador posponer el disfrute del permiso parental, con lo que en los supuestos en los que se dilate el disfrute, puede desvirtuarse la finalidad de la medida, sobre todo porque es de suponer que la concreción del permiso se haya realizado teniendo presente las obligaciones de cuidado de los hijos e hijas, que en muchas ocasiones resultan perentorias e inaplazables. Obviamente, en cualquier caso, nada impide que las personas trabajadoras puedan acogerse al permiso en momentos distintos ya que la facultad empresarial para proceder al aplazamiento solo alcanza al disfrute simultáneo o a los supuestos contemplados en los convenios colectivos.

El artículo 48 bis) ET únicamente permite el aplazamiento de la concesión del permiso cuando el empleador pueda argumentar que el período solicitado altere “seriamente” el funcionamiento de la empresa justificándolo por escrito.

10.14679/1188 de manera que, por ejemplo, una persona trabajadora elija ausentarse un día a la semana durante cuarenta semanas.

¹⁴ Solución por la que se decanta la STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2024 (Rec. 5/2024) ECLI:ES:2024:4278

¹⁵ Lo que pudiera desdibujar el carácter absoluto del derecho, ya al empresario se le ofrece la posibilidad de modular en cierta forma su ejercicio C. Blasco Jover “Cuando se cierra una puerta se abre una ventana: el RD Ley 5/2023 salva in extremis la esencia de la Ley de familias», *Lex Social*, Revista de derechos sociales, 13 (2), pág. 35.

Antes de proceder al aplazamiento el empleador debe formular un plan alternativo que, de acuerdo con el artículo 5.7 de la Directiva de conciliación, “ofrezca formas flexibles de disfrutar el permiso parental”. Así, si el trabajador lo ha solicitado a tiempo completo el empresario deberá ofrecer antes de proceder a su aplazamiento, otra fórmula de disfrute flexible. En este punto el artículo 48 bis) ET restringe la capacidad empresarial de aplazamiento respecto de la norma comunitaria, ya que el aplazamiento solo es posible si previamente se ofrece una “alternativa de disfrute igual de flexible”, lo que implica que el empleador debe respetar la modalidad de disfrute del permiso por la que ha optado la persona trabajadora, pudiendo alterar solamente los períodos de su ejercicio. Frente a esta solución, el art. 49 g) EBEP indica que la alternativa planteada debe ser “más flexible” lo que permite no sólo modificar los periodos de disfrute sino modalidad de disfrute.

En ambos casos, el aplazamiento se configura como un mecanismo subsidiario o residual, que solo es admisible si la alternativa de disfrute no satisface las necesidades de conciliación de la persona trabajadora, de forma que la denegación por parte del empresario solo se puede producir respecto del período y en el caso de los empleados públicos, además respecto de la modalidad, pero no respecto del ejercicio del derecho mismo. De este modo, ambos titulares podrán acogerse al permiso parental en formato distinto o, en el caso de que el plan alternativo no satisfaga sus necesidades de conciliación, en otra fecha distinta a la solicitada en los casos de aplazamiento justificado.

Una de las cuestiones que la norma dejó sin resolver fue la que relativa a la cotización durante el disfrute del permiso parental ya que el legislador no dispuso la extensión del mecanismo de cotización ficticia previsto para la reducción de jornada y para la excedencia (art. 237.2,3 y 4 y art. 270.6 LGSS) a los supuestos en los que esta se solicite en el marco de lo previsto en el artículo 48 bis) ET a los que no resulta de aplicación la doctrina del TSJUE por no tratarse de retribución sino de prestaciones del sistema de Seguridad Social. Con carácter provisional, la Dirección General de Ordenación de Seguridad Social señala respecto del disfrute del permiso a tiempo completo que, pese a la calificación jurídica del permiso como causa de suspensión, este no pierde su naturaleza de permiso a los efectos de mantener el alta y la cotización de la persona trabajadora por lo que es aplicable el artículo 69.1.p 3º del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social (RGCL), y por tanto “se tomará como base de cotización la mínima correspondiente en cada momento al grupo de la categoría profesional del trabajador y para las contingencias profesionales

la base de cotización estará sujeta a los topes mínimos establecidos en el apartado 2 del artículo 9” (art. 69.2 RGCL).

Ante las numerosas solicitudes de disfrute del permiso a tiempo parcial y la falta de norma expresa la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social indica que “no procede hacer de peor condición a estos trabajadores que a los que se acogen al permiso al permiso parental a tiempo completo... entendiendo que se debe cotizar esos supuestos en función de las remuneraciones efectivamente percibidas... salvo que dichas remuneraciones resulten inferiores a la base mínima de cotización aplicable en cada caso, supuesto en el cual se deberá cotizar sobre la citada base mínima”¹⁶.

Resulta decepcionante que en ninguna de las iniciativas normativas y particularmente en el RD-Ley 9/2025, en el que se aclara el carácter no retribuido del permiso regulado en el artículo 48 bis) ET, se haya previsto la extensión de los beneficios de la cotización ficticia poniendo fin a las dudas generadas en este aspecto y a la provisionalidad del Criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social 18/2023. Es muy probable que este nuevo instrumento de conciliación resulte vano ya que la persona titular podrá solicitar y disfrutar del derecho al permiso parental no retribuido, pero no será merecedora con la misma intensidad de la tutela prevista para la excedencia y la reducción de jornada, decantándose lógicamente por estas últimas.

Finalmente, en cuanto a las medidas que tienen como finalidad proteger el ejercicio de los derechos de conciliación, se amplía el alcance material de la disposición adicional decimonovena extendiéndola a los supuestos de disfrute flexible del nuevo permiso parental (art.48 bis ET). De este modo, las indemnizaciones a las que pudiera tener derecho las personas trabajadoras que disfruten a tiempo parcial del permiso parental, deberán calcularse teniendo en cuenta la que le hubiera correspondido sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. Igualmente, respecto de la protección frente al despido se modifican los artículos 53.4 y 55.5 ET con el fin de recoger entre las causas de nulidad el nuevo permiso parental junto al resto de las medidas relacionadas con el disfrute de los derechos de conciliación.

¹⁶ Criterio DGOSS 18/2023. Consideración del permiso parental regulado en los artículos 45.1.o) y 48 bis del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores como situación de alta con obligación de cotizar. 16/11/2023.

5. EL DERECHO A RETRIBUCIÓN O PRESTACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PERMISO PARENTAL

Una segunda fase se inicia con el RD-Ley 2/2024 de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva 2019/1158, en la que se permite la acumulación del permiso por cuidado del lactante, posibilidad antes prevista sólo cuando la norma convencional lo contemplara, pero que como se analizará, no se acomodaba a las exigencias de la normativa europea. Ante la falta de adecuación de los permisos con los que se ha tratado de construir el permiso parental, y en particular la ausencia de desarrollo del permiso parental en lo relativo a la determinación del carácter retribuido, el 30 de enero de 2024 la Comisión Europea interpuso un recurso contra España por no haber transpuesto plenamente a su ordenamiento jurídico nacional la disposición relativa al pago de la prestación del permiso parental, tal como exige la Directiva 2019/1158 sobre conciliación de la vida familiar y profesional¹⁷.

Ante el avanzado estado de tramitación del procedimiento de infracción contra España por la falta de transposición de la Directiva 2019/1158, ha sido necesario una nueva iniciativa legislativa que ha culminado con la aprobación del RD-Ley 9/2025, de 29 de julio que marca la segunda etapa de esta fase. Sin embargo, dicha norma ha sido aprobada cuando el incumplimiento ya era un hecho consumado, por lo que no se ha podido evitar que dos días después de su aprobación la STJUE de 1 de agosto de 2025 condenase a España por no haber adoptado ni notificado en plazo las medidas necesarias para aplicar la Directiva, imponiéndosele el pago a la Comisión Europea de una suma a tanto alzado 6.832.000 euros y una multa coercitiva diaria 19.700 euros en caso de persistir el incumplimiento¹⁸.

5.1. La reformulación del permiso para el cuidado del lactante

El RD-Ley 2/2024 de 21 de mayo, señalaba en su Preámbulo que “para satisfacer los objetivos de la Directiva es preciso que se atiendan a tres circunstancias: que se promueva de manera efectiva la participación de las mujeres y el mantenimiento de sus carreras profesionales; que se establezca una auténtica garantía del ejercicio corresponsable de las tareas de cuidado que evite la perpetuación de roles; y, por último, que para todo lo anterior se atienda el coste económico asociado a los permisos de cuidado”. Para ello, el legislador contaba con varias alternativas: en primer lugar, dada la configuración del permiso como una causa de suspensión, podía optar por anudar la cobertura económica del mismo

¹⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/inf_24_4661

¹⁸ STJUE de 1 de agosto de 2025 (asunto C-70/24 Comisión Europea vs Reino de España) ECLI:EU:C:2025:615

a una prestación de Seguridad Social vinculada al artículo 48 bis ET en línea con lo previsto para los supuestos de suspensión del contrato en los supuestos de nacimiento y cuidado del hijo o hija que se conecta a la prestación de Seguridad Social de la misma denominación, regulada en los artículos 177 y siguientes de la LGSS; o bien abordar esta cuestión haciendo uso de la cláusula pasarela establecida en el artículo 20.6 de la Directiva. Como era previsible el legislador se decantó por ésta última posibilidad ya apuntada en la exposición de motivos del RD-L 5/2023.

En concreto, el RD-Ley 2/2024 pretendió construir el permiso parental retribuido a partir de la modificación del permiso por cuidado del lactante, uniéndolo al permiso por nacimiento y cuidado del menor, con el fin de absorber las semanas de exceso del período de disfrute de este último, cuya duración es superior en nuestro ordenamiento al previsto en la normativa comunitaria, hasta completar las 8 semanas retribuidas correspondientes al permiso parental.

El permiso por el cuidado del lactante regulado en el art. 37.4 ET consistía en el derecho de las personas trabajadoras “a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones, para el cuidado del lactante hasta que este cumpla nueve meses” que “podrá sustituir por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas”.

La novedad que incorpora la norma consiste en que esta última posibilidad, que antes estaba condicionada a lo que la negociación colectiva dispusiera, ahora se atribuye a la persona titular del derecho, de modo que esta modalidad de disfrute acumulada se configura como un derecho de carácter absoluto y automático de la persona trabajadora. Así, el permiso podrá organizarse, a voluntad de la persona trabajadora, bien de forma flexible, mediante la reducción de media hora de su jornada diaria, bien en forma de jornadas completas por el tiempo que corresponda. Esta última modalidad solo se puede disfrutar a partir del momento de la finalización de los permisos por nacimiento, adopción, guarda o acogimiento hasta que el lactante cumpla nueve meses, doce en el ámbito del empleo público (artículo 48 f) EBEP).

No se cuantifica legalmente el número total de días de permiso acumulado retribuido por la empresa siendo habitual en la práctica que la negociación colectiva concrete su duración. En los casos en los que la norma convencional no regule o no concrete su duración, la jurisprudencia ha fijado el parámetro de cálculo que debe utilizarse para determinar el número de días acumulados del permiso, indicando que el módulo que debe utilizarse es el de la hora diaria de ausencia y no la media hora de reducción¹⁹. De acuerdo con la citada fórmula, corresponde a la persona trabajadora tantos días de permiso como los que resulten

¹⁹ STS 19 de abril 2018 (Rec. 1286/2016) ECLI: ES:TS:2018:1613.

de dividir el número total de días laborables que restan hasta la fecha en que el menor cumple los nueve meses -o la mayor edad que, en su caso, pueda fijar el convenio colectivo- por las horas de trabajo que se corresponden con la jornada diaria de la persona trabajadora, lo que arroja una media de dos semanas²⁰.

Resulta evidente que la acumulación de ambos permisos valiéndose de la cláusula pasarela, no sería trasladable al permiso parental fundamentalmente porque no alcanza las ocho semanas de duración prevista en la Directiva, amén de su falta de flexibilidad y su encorsetamiento temporal. Ciertamente el diseño realizado del permiso parental por el RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo no presenta problemas de adecuación en cuanto a la duración y la retribución respecto del disfrute paterno²¹, pues tanto la duración como la compensación económica en nuestro ordenamiento es muy superior a la prevista en la Directiva para el permiso de paternidad que tiene una duración de diez días, pero no se ajustaría en el caso de disfrute por la madre biológica²². En efecto, la duración mínima del permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85 CEE del Consejo, de 19 de octubre es de catorce semanas, por lo que, solo pueden computarse dos semanas que unidas a las del permiso por lactancia no alcanza las ocho semanas

²⁰ Por todas SSTs de 21 de noviembre (RCUD 2978/2022) ECLI:ES:TS:2023:5160 concretamente 14,13 días de permiso de lactancia acumulado a todos los trabajadores, ya sean a tiempo completo o parcial. Un comentario de la Sentencia en F. Cavas Martínez “Disfrute acumulado del permiso por lactancia, trabajo a tiempo parcial y no discriminación Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 1/2024.

²¹ Ya que su duración de 16 semanas es muy superior a los diez días previstos por la Directiva con lo que con el exceso (catorce semanas) se cumpliría sobradamente con las 8 semanas previstas para el permiso parental retribuido garantizándose el cien por ciento de los salarios percibidos. Cabeza Pereiro, J. “La Directiva (UE) 2019/1158 y su trasposición al derecho interno” op, cit., pág.,79; M.J. López Álvarez “La adaptación de la directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento español” op., cit., pág., 64 yss.; De la Corte Rodríguez, M., “La Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional y su repercusión en la legislación española” Revista del Ministerio de Trabajo y economía social nº 146/2020 págs. 90-91.

²² Fundamentalmente porque la duración mínima del permiso de maternidad establecido en la Directiva 92/85 es de catorce semanas, por lo que, al margen de la exigencia comunitaria de que su disfrute sea ininterrumpido, solo pueden ser útiles dos semanas para cumplir con los dos meses exigidos por la normativa comunitaria. Ni siquiera, como ha puesto la doctrina de relieve, uniendo estas dos semanas del permiso que exceden del mínimo comunitario, con la acumulación del periodo de la hora diaria del permiso por el cuidado del lactante alcanza los dos meses retribuidos exigidos por el artículo 8.3 de la Directiva.

retribuidas exigidas por la norma comunitaria para completar el permiso parental, pues aún faltarían cuatro semanas de permiso parental retribuido.

5.2. El aumento de la duración de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor por el RD-Ley 9/2025 ¿etapa final del proceso de adaptación normativa?

El RD-Ley 9/2025 de 29 de julio es la última de esta sucesión de normas que persiguen completar la transposición de la mentada Directiva, de forma que, según su exposición, con la misma de motivos se “cierra el ciclo que se inició con el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo”. La citada norma alude al término corresponsabilidad como el verdadero objetivo que persigue la Directiva 2019/1158, para lo que se “requiere también que los permisos parentales estén diseñados con el objetivo de promover el reparto de responsabilidades”. En este sentido, presenta el permiso parental como un mecanismo de protección avanzado “muy diferente” a la excedencia prevista en el artículo 46.3 ET, la cual, por el contrario, “no fomenta la corresponsabilidad ya que permite largas ausencias sin retribución”. Dado el diseño que realiza la norma del permiso parental en su articulado consideramos que la exposición de motivos incurre en un optimismo excesivo, pues parece aspirar a erigir el permiso parental como uno de los derechos de conciliación esenciales, de forma que las solicitudes de excedencia puedan reconducirse hacia las del permiso parental, afirmando que “el nuevo modelo de conciliación corresponsable que insta la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, solo puede alcanzarse con permisos parentales, no necesariamente tan largos, que garanticen la percepción de ingresos durante su disfrute”.

En relación con la configuración del permiso, la exposición de motivos realiza un balance sobre las prestaciones susceptibles de ser absorbidas por el permiso parental conforme a la cláusula pasarela, afirmando que “en la legislación española, la transposición de la parte retribuida ya se había realizado a través del permiso por nacimiento ...y el permiso por lactancia en su modalidad acumulada”. En consecuencia, computa, por un lado, las dos semanas adicionales del permiso de nacimiento que, en el caso de las madres, exceden el mínimo de catorce semanas establecido por la Directiva 92/85/CEE; y, por otro, el permiso acumulado para el cuidado del lactante reconocido por el RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo. Así, el total asciende a cinco semanas, dado que el Gobierno sostiene - sin explicitar los motivos - que la duración de este último permiso es de tres semanas y no dos, criterio que, a la vista de la doctrina del Tribunal Supremo, resulta rechazable al menos en el ámbito de las relaciones laborales privadas. De este modo, el incremento de tres semanas en el permiso por nacimiento y cuidado permite alcanzar las ocho semanas retribuidas exigidas por la Directiva

consolidando “el nuevo marco de cuidado corresponsable que el Estado español comenzó a trazar cuando el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, estableció las bases para un nuevo permiso de nacimiento en España cuantitativamente igual para ambos progenitores”.

Eso sí, quizás ante la evidencia de que se trata de una solución de consenso en la que no se ha alcanzado lo exigido por la normativa comunitaria y mucho menos lo recogido en el acuerdo de Gobierno entre las formaciones políticas que lo integran, en el que se contemplaba la ampliación del permiso por nacimiento y cuidado del menor a 20 semanas y la implantación permiso parental remunerado al menos 4 semanas²³, “el Gobierno se compromete a extender hasta las veinte semanas la duración global de este bloque de permisos en el futuro”. Adicionalmente, para justificar la fórmula por la que se ha optado, enfatiza que con la misma se supera “la previsión contenida en la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 191) de la OIT, cuando sugiere que los Estados debieran extender la duración del permiso de maternidad a dieciocho semanas”.

Junto a este contenido, que constituye el núcleo esencial de la norma, se aprovecha la ocasión para positivizar la doctrina del Tribunal Constitucional²⁴ y del Tribunal Supremo²⁵ en torno a las familias monoparentales, incrementando la duración del permiso y de la prestación de Seguridad Social que, teniendo en cuenta la ampliación del permiso de nacimiento y cuidado del menor, pasa a tener una duración treinta y dos semanas;

Con este planteamiento, los artículos primero y segundo del RD-Ley 9/2025 modifican los artículos 48.4 y 5 ET y los artículos 7 - a los efectos de incluir el permiso por cuidado del menor entre las materias comunes aplicables tanto al personal funcionario como al laboral al servicio de las Administraciones Públicas- y 49 EBEP. Antes de enumerar las novedades introducidas parece conveniente señalar que, respecto de la regulación de estos permisos en ámbito del empleo público, hubiera sido deseable que paralelamente se hubiese llevado a cabo una reordenación del artículo 49 EBEP siguiendo el esquema del artículo 48 del ET, en el que se regula de forma conjunta en el apartado 4 la suspensión de la madre biológica y el del progenitor distinto de la madre biológica sin distinciones entre

²³ <https://loentiendo.com/texto-completo-del-acuerdo-de-gobierno-psoe-sumar/>

²⁴ STC 140/2024 de 6 noviembre 2024, Rec. 6694/2023 ECLI: ES:TC:2024:140.

²⁵ STS de 24 de junio 2025 (Rec. 196/2023) ECLI: ES:TS:2025:3186.

uno y otro, reajuste que había sido propuesto en el proyecto del Ley de la Función Pública.

Sin entrar en el detalle de las modificaciones que se realizan en cada uno de los concretos párrafos de los citados preceptos, se introducen las siguientes novedades:

Se incrementa, como se ha indicado, la duración de la suspensión por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento que pasa de dieciséis a diecinueve semanas, treinta y dos en los supuestos de monoparentalidad, introduciendo un nuevo párrafo en el que además de fijar su duración, define como aquella en la que existe una única persona progenitora.

En relación con la distribución de la duración del período de suspensión, transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio, sin que se introduzcan modificaciones respecto del modo de disfrute, se amplía la duración del descanso voluntario que pasa de diez a once semanas, veintidós en caso de familias monoparentales, manteniendo su configuración de disfrute ininterrumpido o fraccionado por semanas completas a voluntad de los progenitores hasta que el hijo o hija cumpla doce meses, tras el descanso obligatorio; y se añade un nuevo período de “dos semanas, cuatro en el caso de monoparentalidad, para el cuidado del menor que podrá distribuirse a voluntad de la persona trabajadora, en períodos semanales de forma acumulada o interrumpida hasta que el hijo o hija cumpla ocho años”. Respecto de estas dos semanas la disposición transitoria única dispone su aplicación retroactiva desde el 2 de agosto de 2024, fecha en la que terminaba el plazo de transposición, pudiéndose disfrutar hasta los ocho años de edad del menor.

En cuanto al modo de disfrute se ordena que tanto el período de descanso voluntario como el dedicado al cuidado del menor “podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o de jornada parcial, previo acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, y conforme se determine reglamentariamente”, debiendo comunicar a la empresa con una antelación de 15 días, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

Con motivo de la ampliación del permiso en los supuestos de familias monoparentales, se establece que, en caso de fallecimiento de uno de los progenitores, “el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del permiso”. De este modo, se asimila la situación derivada del fallecimiento de uno de los progenitores a la de las familias monoparentales, dado que, en ambos casos, existe una persona progenitora.

Se extiende la previsión de no reducción del período de suspensión en los casos de fallecimiento que se recogía solo y exclusivamente para los casos de

nacimiento a todas las situaciones que integran la suspensión por nacimiento del menor, salvo, probablemente por olvido, a los supuestos de adopción, de guarda con fines de adopción y acogimiento del permiso regulados en el apartado b) del artículo 49 EBEP.

La configuración del permiso parental a partir de la suspensión por nacimiento y cuidado del menor y del permiso para el cuidado del lactante ocasiona que las modificaciones en el ámbito de la Seguridad Social al que se refiere el artículo tercero del RD-ley 9/2025, sean mínimas. Concretamente, se introducen modificaciones en el artículo 178 LGSS en que se regulan los requisitos de los beneficiarios de la prestación por nacimiento y cuidado del menor y los artículos 181 y 182 LGSS, encargados de la regulación de la prestación por nacimiento y cuidado no contributiva. Respecto del artículo 178 LGSS se añade un nuevo apartado, el cuarto, en el que se exige expresamente la necesidad de estar en alta o situación asimilada al alta al inicio de cada periodo de descanso. En relación con los artículos 181 y 182 LGSS, la norma además de adaptar la terminología pasando a denominarse subsidio o prestación por nacimiento y cuidado del menor, se subsana la discriminación directa que se producía desde la reforma operada por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, rescatándose las modificaciones que se proponían a los artículos 181 y 182 de la LGSS en la *non nata* Ley de Familias. En efecto, pese a que el artículo. 48.4 ET establece un permiso de nacimiento obligatorio de seis semanas para el otro progenitor distinto a la madre, el artículo 181 LGSS solo preveía la prestación asistencial para las trabajadoras en caso de parto, con lo que el otro progenitor se veía privado de la prestación sin que pudiese renunciar al permiso de seis semanas dado su carácter obligatorio. Pues bien, tras la reforma serán beneficiarias de la protección económica de carácter no contributivo “las personas trabajadoras” extendiendo la protección no sólo a los casos parto, sino a todos los supuestos que integran la prestación por nacimiento y cuidado del menor, esto es, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar. En cuanto al artículo 182 LGSS, de un lado, aunque resulta innecesario dado que se trata de las seis semanas posteriores al nacimiento, adopción o acogimiento, se recuerda que el periodo de descanso obligatorio “deberá disfrutarse a jornada completa de forma obligatoria e ininterrumpida inmediatamente después del parto, de la resolución judicial por la que se constituye la adopción o bien de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las mismas causas establecidas en el artículo 180”; de otro, el apartado tercero que regula los supuestos en los que se incrementa el subsidio en

catorce días, incluye todos los supuestos que integran el subsidio por nacimiento y cuidado del menor.

Tratando de dar respuesta a la cuestión formulada en este epígrafe resulta claro como en las iniciativas anteriores, que la fórmula adoptada por el RD-ley 9/2025 no presenta problemas de adecuación en cuanto a la duración y a su retribución en el caso de disfrute paterno ni en los supuestos de adopción, guarda o acogimiento; sin embargo, no se adapta a la normativa comunitaria especialmente en lo relativo a su duración en los supuestos de que este derecho sea disfrutado por la madre biológica trabajadora por cuenta ajena a quien se aplica el artículo 37.4 del ET. No ocurre lo mismo con los empleados públicos, para quienes la duración es superior a tres semanas, dado que el permiso para el cuidado del lactante acumulado se computa hasta que el menor cumple doce meses, y no nueve, conforme al artículo 48 f) del EBEP²⁶. Así, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cálculo del período de descanso del permiso para el cuidado del lactante que la norma omite, en el supuesto de disfrute por la madre biológica, y salvo que la norma convencional o el acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa establezca una mayor duración, aún faltaría una semana para completar el permiso parental.

Pero es que, además, el diseño del permiso desvirtúa la finalidad del mismo ya que se produce una concentración de la protección en un espacio temporal limitado, casi exclusivamente durante el primer año de vida del hijo o hija, mientras que el permiso parental previsto en la Directiva permite la atención del hijo o hija hasta los ocho años. En efecto, las semanas que pueden ser disfrutadas se ven reducidas tras el primer año de vida del menor a dos semanas que son las susceptibles de ser utilizadas hasta que el menor alcance los ocho años. Y es que, lo cierto es que mientras que, tanto el permiso para el cuidado del lactante, como el de nacimiento y cuidado del hijo o hija requieren cierta inmediatez temporal con el momento del nacimiento, extendiéndose su ejercicio solo hasta los 9 o 12 meses, mientras que el permiso parental está diseñado para atender al menor de ocho años en determinados períodos del desarrollo del hijo o la hija.

Este encorsetamiento temporal va a generar que en la práctica el disfrute de los permisos parentales se realice de modo sucesivo y a tiempo completo, produciendo una sobreprotección durante los primeros meses de vida del menor, lo que restringe al mínimo el margen de actuación de las personas trabajadoras comprometiendo seriamente el disfrute fraccionado y flexible del permiso, tal y como ordena el artículo 5 de la Directiva 2019/1158. Concretamente, la modificación realizada al permiso para el cuidado del lactante está orientada

²⁶ A. Moreno Solana “La nueva regulación del Permiso por Nacimiento y Cuidado del Menor y el relativo cumplimiento de la Directiva (UE) 2019/1158” Blog Foro de Labos, 31/07/2025.

principalmente a su disfrute de forma continuada y a tiempo completo, una vez finalizada la suspensión por nacimiento y cuidado del hijo o hija si no quiere exponerse a perder parte del período de su disfrute. Esto limita seriamente la posibilidad de optar por el disfrute flexible del permiso bajo la modalidad de reducción de jornada, alejándose de una opción que pueda adaptarse a la voluntad de las personas trabajadoras. De hecho, solo se permite la reducción de media hora diaria, lo que en la práctica puede suponer la pérdida de parte del período aún disponible, dado que el permiso de lactancia solo se extiende hasta que el hijo o hija cumple los nueve meses, doce en el caso de los empleados públicos²⁷.

Coincidimos con la doctrina en señalar que se ha optado por una respuesta “de pura supervivencia”²⁸ y que hubiera sido más adecuado para una mayor efectividad de los derechos de conciliación y corresponsabilidad construir el permiso parental retribuido estableciendo en paralelo el derecho a la cobertura económica de la Seguridad Social de las ocho semanas, lo que hubiera permitido que “el sistema español transitara poco a poco desde la excedencia como institución central hasta el más corresponsable permiso parental retribuido”²⁹, tal y como sugiere la exposición de motivos del RD-Ley 9/2025.

Con todo, con el fin de al menos cumplir, al menos formalmente con las exigencias comunitarias, resulta prioritario introducir ciertas mejoras en esta solución de mínimos. Así, aprovechando su tramitación como Proyecto de Ley por el procedimiento de urgencia (núm. expte. 121/000069) sería conveniente completar su duración e incorporar modificaciones que atenúen la rigidez del permiso para el cuidado del lactante, permitiéndose su ejercicio consecutivo o fraccionado, tanto a tiempo completo como parcial, ampliando el arco temporal en el que pueden ejercitarse, extendiéndolo hasta que el menor alcance ocho años de edad, lo que, al menos, posibilitaría un mayor margen de decisión de las personas trabajadoras en la gestión y ordenación de los derechos de conciliación. Igualmente, se advierte la ausencia de medidas en el artículo 48 ET que aborden la facultad de aplazamiento empresarial que incorporen las exigencias comunitarias más rigurosas; exigencias que, sin embargo, han sido recogidas parcialmente en el artículo 49 del EBEP en relación con el período de descanso de dos semanas por cuidado del menor.

²⁷ La situación se agrava si consideramos la imposibilidad de compatibilizar el disfrute simultáneo del período de suspensión por nacimiento y cuidado a tiempo parcial acumulado con la reducción de jornada por lactancia, incompatibilidad que deriva de la prohibición establecida en la disposición adicional 1.7 del Real Decreto 259/2009, que regula las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social en los supuestos de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²⁸ M.A. Ballester Pastor “Transponiendo a regañadientes la Directiva 2019/1158 de Conciliación” *Revista de Derecho Social* 108, 2025, pag. 39.

²⁹ *Ibidem* pág. 39.

HACIA EL NUEVO MODELO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL FLEXIBLE

TOWARDS THE NEW MODEL OF FLEXIBLE TEMPORARY DISABILITY

JOSÉ MARÍA QUÍLEZ MORENO

Profesor Titular en Derecho Laboral

Universidad Europea de Valencia

ORCID: 0000-0001-5810-7685

EXTRACTO

Palabras clave: incapacidad temporal; baja laboral; servicios de prevención; suspensión de contrato; reincorporación laboral

El fenómeno de la incapacidad temporal y sus consecuencias exige comenzar a tomar en consideración la posibilidad del retorno progresivo al trabajo. El hecho de tener una merma o carestía en la salud no debería conllevar automáticamente la declaración de incapacidad para desarrollar todo tipo de actividad laboral, sino que deben analizarse las circunstancias de la persona, las funciones del puesto y la lesión padecida, con el fin de establecer la posibilidad de seguir desarrollando algún tipo de cometido laboral sin que ello perjudique la recuperación de la salud.

Los beneficios que este retorno progresivo al trabajo puede conllevar no sólo se evidenciarían en términos económicos, sino también a nivel de desarrollo personal y profesional del trabajador. Este nuevo planteamiento de la incapacidad temporal exigirá una mayor participación de los servicios de prevención como impulsores de los programas de reincorporación y de la determinación de las posibles capacidades laborales.

ABSTRACT

Key words: temporary disability; sick leave; prevention services; contract suspension; return to work

The conditions pertaining of sick leave and its consequences compels consideration of the possibility of a gradual return to work. A health impairment or deficit should not automatically result in a declaration of incapacity to perform all types of work activities. Instead, an analysis of the individual's circumstances, the specific job functions, and the injury sustained is required. This analysis aims to determine the feasibility of the individual continuing to perform some type of work without detriment to their health recovery.

The benefits associated with this gradual return to work would be evident not only in economic terms but also in the worker's personal and professional development. This new approach to temporary incapacity will necessitate greater involvement from occupational health and safety services as drivers of reintegration programs and in determining potential work capabilities.

ÍNDICE

1. CONTEXTO, DEFINICIONES Y ACTUAL MARCO JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL
 - 1.1. Unas breves referencias a otros países
2. ASPECTOS MÉDICOS, ECONÓMICOS Y DE INCLUSIÓN: BENEFICIOS, RETOS Y DIFICULTADES
 - 2.1. Una aproximación al absentismo por incapacidad temporal en España
 - 2.2. La valoración de la capacidad o incapacidad
 - 2.3. La vuelta al trabajo, complicada en muchos casos: *cáncer y salud mental*
 - 2.4. El retorno al trabajo: diversidad de medidas
 - 2.5. Beneficios o argumentos favorables
3. INCAPACIDAD TEMPORAL FLEXIBLE: IDEAS PARA UNA PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN
 - 3.1. La toma de decisiones: mutuas o Servicios Públicos de Salud
 - 3.2. El análisis del entorno de la incapacidad y el estudio de la relación causa-efecto
 - 3.3. El protocolo empresarial de actuación para la vuelta al trabajo
4. CONCLUSIONES

1. CONTEXTO, DEFINICIONES Y ACTUAL MARCO JURÍDICO DE LA INCAPACIDAD TEMPORAL

La situación de incapacidad temporal (IT) es un concepto que puede ser interpretado como un “efecto de salud organizacional” cuando es analizada desde el punto de vista de la Psicología de la Salud Ocupacional. Es decir, que la IT supone una conducta que se origina como consecuencia de una serie de variables, fundamentalmente la salud y el diagnóstico médico, los cuales constituyen los elementos esenciales del proceso de decisión del trabajador, el cual puede hallarse ante el deseo de un no retorno a sus ocupaciones laborales e incluso un comportamiento fraudulento de absentismo, o por el contrario del deseo de una rápida recuperación de la salud para regresar al trabajo o, en el peor de los casos, del regreso acelerado al mismo a pesar de estar o encontrarse aún enfermo, pues existe un temor a perder el empleo¹.

Las ausencias del trabajo como consecuencia de un proceso de incapacidad temporal no es un fenómeno exclusivo de un país, sino que afecta a todos, si bien la intensidad difiere de unos a otros². Este tipo de ausencias laborales

¹ Vid. Villaplana García, M (2014), “Análisis de la influencia de los factores relacionados con los indicadores de la Incapacidad Temporal y la reincorporación al trabajo”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 60. Supl.Extr. nº 1. pp. 65-73, Ed. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT) del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2014.

² Vid. Peiró Silla, J.M. (Dir.), et.al., (2024), “Estudio socioeconómico de la evolución de incapacidad temporal y siniestralidad en España”, Ed. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, https://www.ivie.es/es_ES/ptproyecto/estudio-socioeconomico-la-evolucion-la-incapacidad-temporal-siniestralidad-espana/ Nota Breve nº 1 – Valencia, Feb. 2024. https://umivaleactiva.es/dam/umivaleactiva/absentismo-y-competitividad/Notas-breves_Umivale_Activa_IVIE-1.pdf

repercute negativamente tanto en los trabajadores como en las empresas, pero no cabe duda de que también afecta al conjunto de la sociedad como consecuencia del incremento del gasto en prestaciones que cubren este tipo de absentismo laboral, gastos que, referidos a 2021, se sitúan en torno al 1,2% del PIB en el conjunto de la Unión Europea, y del 1,4% del PIB en España³. En un proceso de incapacidad temporal derivado de una enfermedad o de un accidente, influyen múltiples factores; desde las condiciones de trabajo, la prevención, o la cultura de la empresa, hasta la situación personal del trabajador y el entorno sociocultural. Pero también influye en dicho proceso la conexión existente entre los distintos agentes implicados y el sistema de salud, que traerá consigo distintos períodos de duración de la incapacidad, procesos de inspección etc.

Además, hay que tomar en consideración que la situación vivida con el COVID-19 y el confinamiento, alteró considerablemente la manera de apreciar la salud, la familia o el trabajo, conduciéndonos a nuevas realidades como el replanteamiento de las prioridades de los trabajadores con la renuncia a sus trabajos, la insatisfacción laboral y la reducción del compromiso y la motivación, o los problemas de salud mental con comportamientos apáticos provocados por el desencanto que genera el trabajo ante el conflicto mental que se genera cuando se toma conciencia o se asume una nueva perspectiva de los temas sociales y familiares⁴.

Lo cierto es que parece necesario redefinir o modernizar el marco jurídico de la incapacidad temporal en España para aproximarlos a la línea de otros países europeos; pero no se trata simplemente del empeño en asemejar legislaciones, sino de buscar nuevas vías que brinden soluciones efectivas a los problemas transitorios de salud que puedan afectar a los trabajadores a la hora de desempeñar sus funciones laborales. Esto resulta esencial si tomamos en consideración, como analiza la doctrina, que el actual modelo de la IT en España resulta excesivamente incompatible con la adopción de programas de retorno al trabajo, los cuales, atendiendo a las experiencias europeas, resultan imprescindibles para garantizar tanto la salud de los trabajadores como una adecuada sostenibilidad del sistema público de prestaciones⁵.

Debemos tener en cuenta que la incapacidad temporal supone un desequilibrio entre la salud del trabajador y la capacidad del mismo para acometer las exigencias inherentes a su puesto de trabajo. Cuando se produce este desequilibrio,

³ Ibid, pág. 2.

⁴ Ibid, pág. 4. Conceptúan los autores estos fenómenos como “la gran dimensión”, el “ausentismo o renuncia silenciosa”, y el “desenganche o desencanto laboral”.

⁵ Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal y programas de retorno al trabajo: una reforma necesaria*”, Rev. Trabajo y Derecho, n° 73, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pag. 3 (doc. PDF).

se considera que el trabajador está impedido para el trabajo, es decir, que concurre alguna de las situaciones determinantes del artículo 169.1.a) de la LGSS, lo cual conlleva la consiguiente suspensión del contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el artículo 45.1.c del Estatuto de los Trabajadores.

Lo que ocurre es que los ordenamientos jurídicos, tanto español como europeos, han abordado la resolución de esta situación a través de la provisión de asistencia sanitaria, con el objetivo de restablecer la capacidad laboral del trabajador. El texto del artículo 169.1.a) de la LGSS claramente señala que serán “situaciones determinantes de la incapacidad temporal” las “debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, *mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria* [...], y esté impedido para el trabajo”. Ello determina también que el regreso a las ocupaciones laborales se produzca cuando el trabajador sane de sus dolencias o mejore de las mismas, por alta médica por curación o mejoría, que le permitiría realizar su trabajo habitual⁶.

Sin embargo, si nos centramos sólo en la recuperación de la salud y no en las exigencias del puesto de trabajo, dejaremos huérfana una de las variables. El trabajador habrá recuperado su salud, ¿pero estará plenamente capacitado para acometer las exigencias de su puesto de trabajo, como antes de verse afectado por el proceso de incapacidad temporal? ¿Cuánto ha durado el proceso de incapacidad? ¿Han quedado secuelas en el trabajador? Y el nivel de exigencia del puesto de trabajo, ¿es el mismo en todos los casos y para todas las tareas? ¿Recuperar la salud desde el punto de vista médico, supone adquirir automáticamente la misma capacidad laboral?

Los programas de retorno al trabajo suponen una innovación al introducir una perspectiva más integral, actuando no solo sobre la salud del trabajador, sino también sobre las características del puesto de trabajo. Esta doble vertiente permite identificar con mayor celeridad nuevas soluciones que restablezcan el equilibrio entre ambas variables, reduciendo así los periodos de inactividad laboral⁷, pues lo cierto es que, hoy por hoy, los mayores esfuerzos por reducir estos periodos se centran primordialmente en la asistencia sanitaria, como se evidencia, por ejemplo, con las pruebas diagnósticas y tratamientos terapéuticos y

⁶ Dispone el artículo 174.1 del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social, “El derecho al subsidio se extinguirá por [...]; por alta médica por curación o mejoría que permita al trabajador realizar su trabajo habitual; [...]”.

⁷ Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal* [...] op.cit, pag. 3 (doc. PDF).

rehabilitadores dispensados por las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social con el fin de evitar la prolongación innecesaria de los procesos de incapacidad⁸.

Evidentemente, si ahora focalizamos nuestra atención en el puesto de trabajo nos encontraremos ante una nueva dificultad, dado que cuando se declara una baja médica por motivos de salud, se realiza atendiendo a que el trabajador esté o no impedido para el trabajo⁹, pero ¿cuál? Cabe entender que el legislador se refiere al “trabajo habitual”, y que por lo tanto se estará “impedido para el trabajo” cuando no puedan llevarse a cabo, de manera temporal, las tareas fundamentales o esenciales del puesto que venía desempeñando en el momento de la declaración de incapacidad temporal, y ello con independencia de que el estado de salud le permitiera realizar algunas tareas secundarias o tangenciales, o incluso le permitiera realizar ocupaciones de otros puestos o realizar las que le competen desde una ubicación distinta.

Si nos fijamos, al facultativo que lleva a cabo el reconocimiento médico del trabajador para determinar su capacidad o incapacidad laboral temporal de manera objetiva, se le sitúa ante la disyuntiva de decidir entre dos realidades diferentes y sin posibilidades de graduación: capacidad o incapacidad. Y ello con independencia del tipo de dolencia o afectación que pueda sufrir el trabajador¹⁰

Llegados a este punto, nos encontramos con que actualmente la propia legislación abre la posibilidad a una pérdida o suspensión del derecho al subsidio por incapacidad temporal, “cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”¹¹; y aunque han existido tímidos pronunciamientos jurisprudenciales que flexibilizaban esta interpretación cuando la IT concurre en supuestos de pluriactividad e incluso pluriempleo¹², lo cierto es que el fundamento de la negativa a la

⁸ Vid. artículo 82.4.d) del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social.

Asimismo, vid., Jiménez Rodríguez, E. A., y Camberos Bustos, J. A. (2019). Guía “*De regreso al trabajo*”, *necesidad empresarial para la adecuada implementación de los procesos de rehabilitación, reincorporación y reubicación laboral dentro del sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo*.” SIGNOS – Investigación en sistemas de gestión, 11(1), 87-98. DOI: <https://doi.org/10.15332/s2145-1389-4935>. Consideran las autoras que los “procesos de rehabilitación, reincorporación o reubicación laboral son pobremente conocidos por los empresarios y la información respecto a estos es escasa y poco estandarizada, lo que dificulta su éxito final”, pag. 88.

⁹ Vid. artículo 169.1.a) del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social.

¹⁰ Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op.cit*, pag. 5 (doc. PDF) Indicaba la autora, a título de ejemplo, que no es la misma incapacidad la sufrida por un trabajador ingresado en un hospital en estado de inconsciencia, que la sufrida por un trabajador con dificultades de desplazamiento al lugar de trabajo y que conserva plenamente sus capacidades intelectuales.

¹¹ Vid. artículo 175.1.b) del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social.

¹² Vid. v.gr., la Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de febrero de 2002 (Rec. 2127/2001), que estimaba la compatibilidad de la incapacidad temporal con la realización de otro trabajo en supuesto de pluriactividad, y en el mismo sentido, la del mismo tribunal de fecha 7 de abril de 2004 (Rec. 1508/2003).

realización de trabajos durante la situación de IT se basa en el intento de evitar el fraude, pues esa amplitud que debe adquirir el concepto de capacidad o incapacidad, ante la disyuntiva del facultativo médico antes comentada, obliga a que si se está incapacitado laboralmente de forma temporal, se está de manera absoluta, y no pueden realizarse trabajos de ningún tipo, so pena de tener que reintegrar incluso la prestación percibida si llegan a realizarse¹³.

Parece que es necesario comenzar a abordar la cuestión de la incapacidad temporal con otras miras, y no ignorar la posibilidad de que se pueda estar con un estado de salud deteriorado pero con una cierta capacidad laboral, siempre que no se perjudique la recuperación de la salud, evidentemente; y que ello no impida el cobro de cuantías tanto de salario como de prestación, pues la compatibilidad entre prestaciones y realización de un trabajo existe incluso cuando la incapacidad se muestra y determina finalmente de carácter permanente¹⁴. ¿Qué está ocurriendo en otros países de nuestro entorno? Hagamos una breve exploración.

1.1. Unas breves referencias a otros países

Se publicaba recientemente la noticia de que “diez países europeos ya permiten que el trabajador esté de baja y a la vez trabajen”¹⁵. Abordaba el mencionado artículo, de forma sucinta, las características esenciales de las llamadas bajas flexibles poniendo el acento en los posibles beneficios que suponen para el bienestar de los trabajadores, y destacando que, al contrario de lo que pudiera pensarse, no es algo primordialmente característico de países nórdicos, sino que también cerca de nuestras fronteras se han producido avances en este campo. No

Asimismo, v.gr., la del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 30 de enero de 2004, (nº 364/2004), que desestimaba improcedente el reintegro de prestaciones indebidas de incapacidad temporal, al estimar que la situación de pluriactividad supone el ejercicio de dos actividades totalmente diferentes, una de las cuales exige esfuerzo físico y la otra es sedentaria, y por lo tanto es compatible la prestación de IT en el Régimen de la minería con trabajo de regente de hostelería, pues las dolencias impiden realizar la actividad de minero, pero no la de regentar un establecimiento de hostelería.

¹³ Vid. v.gr., la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 10 de mayo de 2022 (nº 913/2022), que considera indebida la percepción de la prestación por un trabajador dado de alta en el RETA que, estando de baja por enfermedad común, constituyó una sociedad de la que era administrador único y socio, y procedió a contratar a cuatro empleados. Considera que la contratación de personal es una tarea del administrador, por lo que sí realizó trabajo efectivo, y tampoco se ha probado que sus tareas se limitasen a dicha contratación.

¹⁴ Vid. artículo 198 del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social.

¹⁵ García, N, (2024), “Diez países europeos ya permiten que el trabajador esté de baja y a la vez trabaje”, desde elEconomista.es, del 12 de octubre 2024. Madrid (2024). (url <https://www.economista.es/economia/noticias/13029531/10/24/diez-paises-europeos-ya-permiten-que-el-trabajador-este-de-baja-y-a-la-vez-trabaje.html>, última fecha de consulta, el 22 de noviembre de 2024).

se trata ya solo de favorecer la recuperación del trabajador, sino de procurar que el mismo siga manteniendo la conexión con su entorno laboral.

Así, en países como Alemania existe la posibilidad de una reintegración gradual al trabajo¹⁶; en Francia también existe un retorno gradual con aprobación médica y revisiones periódicas¹⁷; algo similar ocurre en Finlandia, donde existe la posibilidad de un retorno parcial y la asunción de ciertas responsabilidades laborales por parte del trabajador, complementado con un subsidio de rehabilitación, y procurando que la carga laboral no afecte a la recuperación definitiva¹⁸.

Muy interesante resulta el plan neerlandés de reincorporación de empleados incapacitados, que determina un acuerdo entre empresarios y trabajadores para el regreso a la empresa dentro de las 8 primeras semanas de baja, lo que exige la coordinación de medidas y la colaboración mutua a fin de conseguir ese retorno, que podrá conllevar la adaptación del puesto de trabajo, la formación necesaria para otro puesto distinto, o el desempeño de los trabajos que venía realizando pero a tiempo parcial, y siempre con un control de las autoridades en materia de Seguridad Social¹⁹.

En definitiva, por no hacer exhaustiva la relación, se trata de medidas que con mayor o menor énfasis procuran la rehabilitación y reincorporación del trabajador, evitando la prolongación de la inactividad laboral cuando dicha situación de inactividad resulte incluso contraproducente, pues si los síntomas de cualquier patología disminuyen y existe una recuperación de las capacidades, aunque sea lenta y paulatina, resultará más efectivo una actividad moderada antes que un excesivo reposo, además de favorecer la recuperación, evitar recaídas y limitar

¹⁶ Más información de este sistema en <https://www.rehadat.de/lexikon/Lex-Stufenweise-Wiedereingliederung/>, y sobre enlaces con información jurídica, https://www.rehadat.de/lexikon/Lex-Stufenweise-Wiedereingliederung/?query=%28%22stufenweise%20wiedereingliederung%22%20gesetz%29&filter=%28schlagwort_alle%3A%28%22stufenweise%20wiedereingliederung%22%29%20AND%20art_rec%3A%28%22gesetz%22%29%29%20AND%20doc_type%3AREC&mode=list. (última fecha de consulta, el 22 de noviembre 2024).

Sobre el funcionamiento de la Seguridad Social en Alemania, vid., https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Germany_es.pdf (última fecha de consulta, el 22 de noviembre 2024).

¹⁷ Más información desde <https://travail-emploi.gouv.fr/la-reprise-de-travail-temps-partiel-pour-motif-therapeutique-ou-reprise-dun-travail-amenage> (última fecha de consulta, el 22 de noviembre de 2024). Y para ampliar aspectos de la Seguridad Social en Francia, desde https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20France_es.pdf (última fecha de consulta, el 22 de noviembre de 2024).

¹⁸ Más información en <https://www.kela.fi/kuntoutustuki-ja-tyokyvyyttonyyselake> y desde https://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Finland_es.pdf (última fecha de consulta, el 25 de noviembre 2024).

¹⁹ Cfr. Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op.cit*, pag. 13 (doc. PDF).

una posible inadaptación de regreso al puesto cuando la inactividad es prolongada en el tiempo.

2. ASPECTOS MÉDICOS, ECONÓMICOS Y DE INCLUSIÓN: BENEFICIOS, RETOS Y DIFICULTADES

2.1. Una aproximación al absentismo por incapacidad temporal en España

Realizar una aproximación a la realidad de la Incapacidad temporal en España, supone tomar conciencia de qué tipo de procesos se producen (por contingencias comunes, o por contingencias profesionales), y realizar una separación por diferentes sectores de actividad.

Según estudios²⁰, en el año 2023 se perdieron el 5,9% de las jornadas laborales como consecuencia de procesos de incapacidad temporal²¹, lo cual supuso un incremento del 43% respecto a la ratio de 2018, siendo además significativo que en todos los grandes sectores considerados se produjeron aumentos superiores al 25%.

Siguiendo con el estudio, destacan sectores como el de actividades administrativas y servicios auxiliares donde la tasa global de absentismo se eleva al 9,2%; o el sector de actividades sanitarias, con un 7,7%. Evidentemente, si se atiende al tipo de contingencia, las bajas producidas por contingencia común (91% del total de los procesos) coinciden con el ranking de las tasas globales; sin embargo, si se atiende a las bajas producidas por contingencias de tipo profesional, surgen diferencias precisamente relacionadas con los riesgos laborales propios del sector de actividad, por lo que las tasas más elevadas de este tipo de contingencias se dan en la construcción (1,2%) y las industrias extractivas (1,2%), siendo muy bajas en otros sectores como los de actividades financieras, profesionales, científicas y técnicas, por ejemplo, donde apenas llegan al 0,1%²². Los datos, además, revelan un incremento significativo de la tasa de absentismo en el período 2018-2023

²⁰ Vid. Peiró Silla, J.M. (Dir.), et.al., (2024), “*Estudio socioeconómico de la evolución de incapacidad temporal y siniestralidad en España*”, Ed. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, https://www.ivie.es/es_ES/ptproyecto/estudio-socioeconomico-la-evolucion-la-incapacidad-temporal-siniestralidad-espana/ Nota Breve nº 3 – Valencia, Junio. 2024, https://umivaleactiva.es/dam/umivaleactiva/absentismo-y-competitividad/Notas-breves_Umivale_Activa_IVIE-3.pdf.

²¹ Entiéndase dicha tasa de absentismo como el porcentaje de jornadas anuales perdidas respecto al total de jornadas anuales potenciales.

²² Vid. Peiró Silla, J.M. (Dir.), et.al., (2024), “*Estudio socioeconómico [...]*”, op.cit., Nota Breve nº 3 – pag. 2.

en los sectores a dos dígitos de la clasificación CNAE-09 con mayor peso en la economía²³.

Tomando en consideración otros aspectos de los procesos de incapacidad temporal, como es la duración de dicho proceso, la media se sitúa en 38,47 días en el actual 2024, frente a los 36,30 días del año 2023. Por tipo de contingencia, la duración media de días por contingencias comunes se sitúa en 37,94 días en 2024, frente a los 36,06 días de 2023; y si hablamos de contingencia profesional, la media se sitúa en 45,14 días en 2024 frente a los 38,58 días de 2023²⁴.

Siguiendo con el exhaustivo estudio realizado por el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE)²⁵, se destaca que la mayor parte de los procesos de IT finalizados se concentran en los primeros 15 días (el 70%), siendo un 60% los que se inician y finalizan en la primera semana. Estamos hablando, por tanto, de procesos de duración muy corta o corta²⁶ donde, además, el subsidio correrá a cargo del empresario desde el 4º al 15º día de la baja, ambos inclusive, en supuestos de contingencias comunes²⁷.

Pero quizá, una de las cuestiones más significativas de dicho estudio es el incremento detectado en las bajas con tramo de duración superior a 1 año, que si bien son situaciones de IT menos frecuentes, cuadruplican las jornadas perdidas de los procesos de corta duración²⁸. Además, si se atiende al diagnóstico en dichos procesos de larga duración superior al año, a finales del 2023 el 38% de los mismos eran por algias (lumbalgias, cervicalgias y dorsalgias), y un 18,10% por cuestiones de salud mental, ocupando estos dos diagnósticos un significativo

²³ Ibid., pag. 3, cuadro 1.

²⁴ Los datos para efectuar la comparativa entre 2024 y 2023 están extraídos directamente de la página web del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, teniendo en cuenta que los datos de 2024, publicados en archivo EXCEL del 15 de noviembre 2024, recoge sólo los meses desde enero hasta agosto de 2024. <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/EST46/0cb37f8c-e3ae-49a2-b182-53866c9d16c2> (última fecha de consulta, el 26 de noviembre de 2024).

Además, los números reflejados, tanto a la hora de usar la tabla EXCEL de 2024, como la de 2023, se han tomado excluyendo los regímenes especiales del carbón, de trabajadores del mar, y de trabajadores autónomos, haciendo referencia exclusivamente al régimen general.

²⁵ Vid. Peiró Silla, J.M. (Dir.), et.al., (2024), “*Estudio socioeconómico de la evolución de incapacidad temporal y siniestralidad en España*”, Ed. Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas, https://www.ivie.es/es_ES/ptproyecto/estudio-socioeconomico-la-evolucion-la-incapacidad-temporal-siniestralidad-espana/ Nota Breve nº 4 – Valencia, octubre. 2024, https://umivaleactiva.es/dam/umivale-activa/absentismo-y-competitividad/Notas-brevs_Umivale_4_2024_v8.pdf.

²⁶ Vid. artículo 2.3, letras a) y b) del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

²⁷ Vid. artículo 173.1, pfo 2. del RDLeg. 8/2015, Ley General de la Seguridad Social.

²⁸ Vid. Peiró Silla, J.M. (Dir.), et.al., (2024), “*Estudio socioeconómico [...]*”, op. cit., Nota Breve nº 4, pag. 2.

porcentaje del 56,10% sobre el total²⁹. Lo que parece cierto, y así se destaca también en el estudio, es que patologías que son más difíciles de objetivar han ido ganando peso en los procesos de mayor duración³⁰.

Como se puede observar, los estudios revelan un incremento sostenido en los índices de incapacidad temporal, lo cual constituye una problemática de relevancia para empresas, trabajadores y los propios sistemas de seguridad social. Esta situación demanda una revisión exhaustiva de las políticas y prácticas actuales en materia de gestión de la salud laboral.

En consecuencia, resulta imperativo desarrollar estrategias integrales que abarquen tanto la prevención de riesgos laborales como la rehabilitación y reincorporación laboral, y en este sentido las propuestas deberían pasar, en primer lugar, por un fortalecimiento de la vigilancia epidemiológica que permitiera identificar los factores de riesgo de determinadas dolencias y diagnósticos que provocan los procesos de incapacidad temporal en determinadas ocupaciones, además de una mayor promoción de la prevención de riesgos laborales relacionada con dichos riesgos.

Además, es necesario establecer protocolos claros y eficientes para la valoración de la incapacidad temporal, garantizando la objetividad y la celeridad en la toma de decisiones, sin olvidar el desarrollo de programas de rehabilitación que combinen intervenciones médicas, psicológicas y laborales, con el objetivo de facilitar la reincorporación de los trabajadores a sus anteriores puestos de trabajo o a otros adecuados a sus capacidades, muy especialmente en los procesos de larga duración en los que el retorno paulatino al trabajo puede tener más efectos beneficios que perjudiciales, o en caso contrario, favoreciendo los estudios o pruebas necesarias que permitan derivar la situación del trabajador hacia una posible incapacidad permanente.

No debemos olvidar, por ejemplo, que siendo una de las causas de extinción del contrato³¹ la gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, cuando se ha extinguido la incapacidad temporal previa con la declaración posterior de incapacidad permanente en alguno de los grados indicados, y a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con

²⁹ Ibid. pp., 4 y 5.

³⁰ Idem.

³¹ Vid. artículo 49.1.e) del RDLeg. 2/2015, Estatuto de los Trabajadores.

reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente³².

Pero aún podemos ir más allá si tomamos en consideración la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (asunto C-631/22)³³, la cual ha determinado que la negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente de un trabajador, convierte en discriminatoria la extinción del contrato. Es decir, anteriormente, salvo cuando existía la previsible revisión por mejoría antes comentada, en virtud del artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores el contrato de trabajo se extinguía automáticamente; pero tras esta sentencia, “para que la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de la incapacidad permanente resulte ajustada a derecho, las empresas deberán justificar que han agotado todas las opciones posibles para mantener el empleo de la persona trabajadora, ya sea realizando ajustes razonables en su puesto de trabajo o demostrando que estas opciones suponen una carga desproporcionada o excesiva para la empresa”³⁴.

Dichos ajustes razonables implican que “un trabajador que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para las funciones esenciales del puesto que ocupa sea reubicado en otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para su empresario”³⁵.

A raíz fundamentalmente de esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea previamente citada, el legislador español ha dictado la Ley 2/2025, de 29 de abril, que modifica el Estatuto de los Trabajadores en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente, y la Ley General de la Seguridad Social en materia de incapacidad permanente, fijando, como nota destacable, una nueva letra n) en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores

³² Vid. artículo 48.2 del RDLeg. 2/2015, Estatuto de los Trabajadores.

³³ ECLI ECLI:EU:C:2024:53, de 18 de enero de 2024, Ponente Thomas von Danwitz.

³⁴ Vid. Albalá Soria, O. (2024), “*Análisis de la incapacidad permanente y adaptación de puesto de trabajo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 18 de enero de 2024 (asunto C-631/22)*”, Ed. Lefebvre · El Derecho S.A., desde ELDERECHO.COM, del 26 de noviembre 2024, <https://elderecho.com/analisis-de-incapacidad-permanente-y-adaptacion-de-puesto-de-trabajo-tras-sentencia-tjue-de-18-enero-2024-asunto-c-631-22> (última fecha de consulta, el 29 de noviembre de 2024).

³⁵ Vid. Rivas Vallejo, P., (2024), “*La negativa a aplicar ajustes razonables tras la declaración de incapacidad permanente convierte en discriminatoria la extinción del contrato*”. Rev. De Jurisprudencia Laboral, nº 1/2024. Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2024-00000002594 (última fecha de consulta, el 29 de noviembre de 2024).

que regula más detalladamente la extinción del contrato por incapacidad permanente sólo si no pueden realizarse adaptaciones razonables³⁶.

Si, como estamos viendo, antes de un proceso de extinción de la relación laboral como consecuencia de una declaración de incapacidad permanente, se ha de procurar mantener la relación contractual adoptando medidas, en lo posible, que permitan que el trabajador continúe con un desempeño laboral, ¿por qué no procurar mantener el mismo oficio o ir adaptando el posible regreso hacia otros cometidos durante la incapacidad temporal, con una adecuada incapacidad temporal flexible, en lugar de esperar a la declaración de incapacidad permanente y entonces comenzar a buscar soluciones?³⁷.

No cabe duda de que la incapacidad temporal es una prestación compleja, pues tratándose de una causa de suspensión de contrato (artículo 45.1.c) del ET), su nacimiento está condicionado médicamente, y su duración y continuidad dependen de que subsistan las causas médicas y de que el trabajador actúe de manera diligente (revisiones, y ausencia de actividad laboral), todo ello aderezado de múltiples requisitos procedimentales (partes de baja y de confirmación), y donde la extinción se produce por múltiples causas legalmente tasadas³⁸ que, en ocasiones, ante la perspectiva de una posible extinción de la relación laboral por la declaración de una incapacidad permanente, se procura salvaguardar y mantener el empleo con más ahínco tras los cambios operados en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley General de la Seguridad Social con la entrada en vigor de la Ley 2/2025.

A pesar de esto último, tal como apunté en párrafo previo, sería más oportuno considerar que “los *ajustes razonables de puestos de trabajo* derivados de una discapacidad tienen más sentido con carácter previo a la propia declaración social de IP y en el trayecto de una incapacidad temporal de larga duración con una reincorporación al trabajo gradual y ajustada [...]”³⁹.

Así, no es de extrañar que cada vez más se argumenten necesidades de reformas legislativas encaminadas a la flexibilización de la incapacidad temporal para permitir, por ejemplo, la compatibilidad de la prestación con la pluriactividad o el pluriempleo, o la reincorporación paulatina de los trabajadores con

³⁶ B.O.E. núm. 104, del 30 de abril, con entrada en vigor el 1 de mayo de 2025.

³⁷ Vid., Lahera Forteza, J (2025), “*Incoherencias de la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente*”, Briefs AEDTSS, N° 60.

³⁸ Vid., Blasco Lahoz, J.F., (2025): “*La agitada existencia de la incapacidad temporal: de un nacimiento condicionado por la actuación médica a una extinción tasada legalmente*”, Rev. Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, n° 121.

³⁹ Vid., Lahera Forteza, J (2025), “*Incoherencias de...*”, op.cit.

finés de reducción de la ausencia laboral y contribución a su recuperación médica y profesional⁴⁰.

Será necesario, pues, que la agitada existencia de la incapacidad temporal encuentre un mayor estado de calma, especialmente en relación con la modificación operada en el artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 2/2025, y dado que el Gobierno debe presentar una propuesta de modificación normativa en materia de Seguridad Social sobre incapacidad permanente y su compatibilidad con el trabajo⁴¹, quizá fuese el momento propicio para abordar serenamente también la posibilidad de compatibilizar el trabajo con la una incapacidad temporal parcial o flexible, asumiendo, quizá, como se propone desde la doctrina, llegar a dejar de considerar la situación de IT como una causa de suspensión de contrato, “para pasar a presentarse como una reducción de jornada, en términos tales que existiría una obligación retributiva parcial compatible con una prestación también parcial de Seguridad Social por incapacidad laboral”⁴².

2.2. La valoración de la capacidad o incapacidad

Tal como he comentado previamente, las situaciones de incapacidad temporal, especialmente las prolongadas, suelen provocar más perjuicios que beneficios, especialmente por la desconexión laboral que se produce, y la falta de práctica de rutina, de mejora y desenvolvimiento laboral en el puesto de trabajo.

Se produce una pérdida de socialización laboral y una quiebra del estatus ordinario en el que la persona se encuentra cuando se halla empleada. La rutina diaria y habitual se trastoca, y si bien inicialmente la sensación de descanso y recuperación puede reportar cierto sosiego, en mi opinión no es raro experimentar ciertos momentos de incertidumbre, con el paso del tiempo, sobre el “hueco” que hemos dejado en nuestro puesto y funciones, y más cuanto mayor sea la responsabilidad que se ha quedado huérfana. Surgen preguntas como: ¿cómo se estará llevando a cabo este asunto? ¿Quién se estará encargando de esta u otra cuestión? Han empezado un nuevo proyecto, ¿estaré yo capacitado para ponerme al día cuando regrese?, etc.

Este desasosiego no debe determinar en ningún caso un regreso anticipado e inadecuado del trabajador. Como suele decirse, la salud es lo primero, pero

⁴⁰ Vid., v.gr., Crespi Ferriol, M., “*La incapacidad temporal parcial o flexible: apuntes para el diálogo social sobre el retorno al trabajo*”, Rev. Trabajo y Derecho; nueva revista de actualidad y relaciones laborales, nº 122.

⁴¹ Vid., apartado I, *in fine*, del Preámbulo de la Ley 2/2025, de 29 de abril, en materia de extinción del contrato de trabajo por incapacidad permanente.

⁴² Vid., Cruz Villalón, J., “*A favor de la incapacidad temporal parcial*”, El Nacional.cat, 15 de octubre 2024, Disponible desde: https://www.elnacional.cat/oneconomia/es/opinion/favor-incapacidad-temporal-parcial-jesus-cruz-villalon_1299361_102.html (acceso: 4 julio 2025).

si queremos mejorar la salud, también es importante pensar en la posibilidad de retorno al trabajo, incluso de manera flexible, pues no todas las dolencias y diagnósticos son iguales, ni tampoco los “tiempos” de incapacidad temporal. ¿Cuál sería el tiempo óptimo de una incapacidad temporal?

Según manuales⁴³, podemos definir el tiempo óptimo como “el tiempo estándar de IT ajustado por edad, sexo, ocupación y comorbilidad, según la siguiente fórmula⁴⁴:

$$TO = TE \times [(FC \text{ edad} + FC \text{ sexo} + FC \text{ ocupación}) / 3] \times FC \text{ comorbilidad}.$$

En la citada fórmula, TO se define como “Tiempo Óptimo” de IT; TE, como “Tiempo Estándar” de IT; y las siglas FC como factores de corrección, de edad, sexo, ocupación y comorbilidad. Debemos partir de un Tiempo Estándar de IT, el cual se define como “el tiempo medio óptimo que se requiere para la resolución de un proceso clínico que ha originado una incapacidad para el trabajo habitual, utilizando las técnicas de diagnóstico y tratamiento normalizadas y aceptadas por la comunidad médica y asumiendo el mínimo de demora en la asistencia sanitaria del trabajador”⁴⁵.

Lo que parece claro es que la valoración del estado de capacidad o incapacidad temporal del trabajador, es una tarea que debe atender a múltiples facetas: desde la diagnóstica de posibles secuelas impeditivas; pasando por la terapéutica que valore los tratamientos recibidos, ya sean en curso o por recibir, así como sus efectos secundarios y su posible afectación a las tareas laborales; la faceta de valoración evolutiva que recoja la respuesta a los posibles tratamientos y su evolución; la faceta funcional que atienda a las limitaciones, su intensidad y magnitud, respecto de las funciones físicas o psíquicas de la persona y así conocer el alcance de la capacidad funcional restante; la faceta de revisión, que atienda al alcance de la posible mejoría y recuperación de limitaciones funcionales; y muy especialmente la faceta preventiva, que atienda al análisis de las tareas que

⁴³ Vid. Sánchez Galán, L. (Dir.), Carbajo Sotillo, M.D (Coor), et al., (2017), “*Manual de tiempos óptimos de incapacidad temporal*”, 4º Ed. Instituto Nacional de la Seguridad Social, Madrid, 2017.

⁴⁴ Ibid. pág. 33.

⁴⁵ Ibid. pág. 21. Vid. en la obra citada sus apartados 3 y 4 donde se expone la actualización del listado de tiempos estándar y el cálculo de los factores de corrección por edad, sexo, ocupación y comorbilidad, junto con las correspondientes tablas de corrección (apartados 9 a 18). Asimismo, en el apartado 5.3 pueden encontrarse ejemplos de aplicación.

puedan resultar perjudiciales, contraindicadas, o incompatibles con el tratamiento a seguir⁴⁶.

De este modo, un trabajador se encontrará capacitado para realizar sus tareas laborales cuando exista compatibilidad entre las capacidades del propio trabajador y el alcance de las necesidades de dichas capacidades que requiere su trabajo; cuando su estado de salud también es compatible con dicho trabajo; y cuando el tratamiento o recuperación que se está recibiendo no afecta o repercute en la realización de sus tareas⁴⁷.

Por el contrario, el trabajador estaría incapacitado cuando sus capacidades funcionales son incompatibles o no son suficientes para asumir las funciones que requiere su trabajo; o cuando el tratamiento resulta incompatible con el desarrollo del trabajo; e incluso cuando es la propia actividad laboral la que resulta perjudicial para su sanación, o la enfermedad del trabajador puede poner en peligro al resto de compañeros⁴⁸.

Como estamos viendo, la incapacidad temporal se muestra, desde la perspectiva de la Seguridad Social, como una actuación fundamental de control y de gestión prestacional, y que deja un tanto abandonadas unas adecuadas políticas de retorno. El trabajador que se encuentra capacitado para el trabajo, al producirse la incapacidad laboral (accidente o enfermedad) se origina una baja que no le permitirá el retorno al puesto de trabajo hasta que no surja nuevamente la determinación de la capacidad con la consecuente alta, la cual habilitará ese retorno al trabajo estimando nuevamente capacitado al trabajador para el desempeño de sus funciones, pero no antes. Entretanto, la mayor preocupación se centrará en el control del proceso y la gestión de la prestación económica.

La idea fundamental es procurar un retorno adecuado al puesto de trabajo incluso cuando el trabajador no se halle totalmente recuperado o presente cierta merma en sus capacidades físicas o psíquicas, pero siempre respetando, desde la obligación que existe de prevención laboral, que las capacidades del trabajador son suficientes para el ejercicio de las funciones a realizar (en la jornada habitual o reducida que se determine); que el tratamiento o recuperación necesario no se verá afectado o perjudicado por el desarrollo de determinadas actividades

⁴⁶ Vid. Vicente Pardo, J.M. (2016), “*Hacia un nuevo marco que regule la valoración médica de la capacidad/ incapacidad laboral. Propuestas de mejora y áreas de cambio*”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 62. Supl.Extr. nº 1. pág.46, Ed. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT) del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2016.

⁴⁷ Ibid. pp., 46-47.

⁴⁸ Ibid. pág. 47.

laborales; y que la actividad a desarrollar por el trabajador no terminará perjudicando a otros trabajadores (por contagios o riesgos en la ejecución, por ejemplo).

En definitiva, como se apunta por algunos autores, la Seguridad Social no puede hacer descansar las políticas de retorno al trabajo exclusivamente desde una perspectiva economicista, valorándose su gestión por el número de altas o la menor incidencia o duración de las incapacidades temporales, pues “nos puede hacer perder la perspectiva de la eficiencia laboral y social”, amén de que “un desequilibrio entre las políticas de gestión y control de la incapacidad y las políticas de prevención puede ser fuente de mal retorno al trabajo”⁴⁹.

2.3. La vuelta al trabajo, complicada en muchos casos: cáncer y salud mental

La actitud laboral del trabajador supone un conjunto de pensamientos, comportamientos y sentimientos del trabajador hacia el trabajo, evaluando qué es lo que le supone y le reporta. Realizar un desempeño laboral supone tener una cierta capacidad físico-psíquica, una determinada formación y habilidades, una serie de factores reglamentarios que permitan o no impidan la ejecución del trabajo, y una actitud o disposición a querer ejecutar ese trabajo. Pero por más que en ocasiones se diga que el querer es poder, la actitud no siempre coincide ni puede superar a la aptitud, especialmente cuando hablamos de trabajadores en proceso de incapacidad temporal derivada de enfermedad o accidente, y más aún si dicha incapacidad es de larga duración⁵⁰.

Si tomamos como ejemplo las situaciones de los procesos oncológicos, rápidamente nos percatamos de la conveniencia, si no necesidad, de mantener el vínculo laboral y reducir el estrés emocional de aquellos trabajadores que estuviesen afectados y, en tal sentido, unos adecuados protocolos de retorno harán más fácil dicho cometido.

De hecho, el “Informe Encuesta Sobre el Cáncer en España 2019”, ya señalaba que cuando finalizan los tratamientos “es posible que tanto pacientes como familiares tengan miedo a la hora de reincorporarse al trabajo, por lo que se necesita una planificación adicional para asegurarse de que se esté preparado para la

⁴⁹ Vid. López-Guillen García, A. y Vicente Pardo, J.M., (2018), “Necesidad de políticas de retorno al trabajo tras incapacidad laboral prolongada, en materia de seguridad social”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 64. Nº 253, pp. 391-392, Ed. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT) del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2018.

⁵⁰ Cfr. Vicente Pardo, J.M., y López-Guillen García, A (2017), “Problemas y factores psicológicos en el retorno al trabajo tras incapacidad temporal prolongada por cáncer de mama”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 63. Nº 248, pág. 254, Ed. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT) del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2017.

transición y se sienta cómodo con ella”⁵¹, y esto es importante porque “la mayor parte [...] considera que no hay comprensión por parte de las empresas cuando una persona con cáncer se reincorpora al trabajo, siendo el grupo de pacientes (más del 70%) el que más afectado se ve”⁵², teniendo en cuenta que el trabajo “es considerado como uno de los aspectos más importantes en nuestra vida y para muchos pacientes el reincorporarse a él implica volver a la normalidad, a su vida rutinaria anterior a la enfermedad”⁵³, por lo que no es de extrañar que en cuanto a la reincorporación laboral, “la aparición de secuelas tanto físicas como emocionales que provoquen una incapacidad para la elaboración del trabajo es una de las dificultades señaladas con mayor importancia para los pacientes”⁵⁴, por lo que “es un área en la que es necesario crear planes de acción para resolver esta problemática”⁵⁵.

Sin embargo, estos planes de acción suelen ser nulos o excesivamente escasos, pues los planes de vuelta al trabajo siguen siendo poco frecuentes en nuestro país⁵⁶, lo que termina provocando resultados como los mostrados por el “Informe sobre las necesidades de los supervivientes de cáncer”, donde se señalaba que, en cuanto a las necesidades relativas al seguimiento económico y laboral, “3 de cada 10 encuestados se han sentido discriminados o perjudicados en el ámbito laboral a causa de la enfermedad, mientras que alrededor del 20% ha perdido su empleo o ha tenido problemas en la reincorporación laboral. Uno de cada 10 confirmó haber sufrido una reducción del sueldo o que la enfermedad ha constituido un obstáculo en la promoción profesional, les ha imposibilitado trabajar durante una jornada completa o continuar con los estudios. Para un 5% de los consultados la enfermedad ha sido también motivo de problemas económicos”⁵⁷.

Las dificultades de retorno al trabajo, especialmente en casos de incapacidades temporales prolongadas, no serán las mismas en otros supuestos, como

⁵¹ Vid. Grupo Español de Pacientes con Cáncer (GEPAC) (2019), “*Informe Encuesta Sobre el Cáncer en España 2019*”, Ed. Grupo Español de Pacientes con Cáncer (GEPAC) y Cátedra de investigación, formación e innovación en cáncer de la Univ. Rey Juan Carlos. https://www.gepac.es/web2016/wp-content/uploads/2021/05/INFORME_SUPERVIVIENTES_GEPAC_2019.pdf, pág. 15. (última fecha de consulta, el 10 de diciembre de 2024).

⁵² Ibid. pág. 41.

⁵³ Ibid. pág. 58.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Ibid. pág. 41.

⁵⁶ Vid. López Barón, F., (2018) “*Protocolo de adaptación gradual y progresiva al puesto de trabajo después de un periodo de baja de muy alta duración*”. RTSS.CEF, 425-426, pág. E10.

⁵⁷ Vid. Barragán, B. y Jovell, A. (Dir.) y Arrighi, E. (Coord.) (2012) “*Informe sobre las necesidades de los supervivientes de cáncer*”, Ed. Grupo Español de Pacientes con Cáncer (GEPAC), https://www.gepac.es/multimedia/gepac2016/pdf/informe_supervivientes.pdf, pp.44 y 60. (última fecha de consulta, el 10 de diciembre de 2024).

ocurre con los pacientes con problemas de salud mental, donde la reincorporación laboral de dichos trabajadores aquejados de tal diagnóstico se suele complicar debido a otros factores, como el estigma social, el clima laboral o las relaciones con otros compañeros, e incluso las alteraciones afectivas, cognitivas o emocionales del propio sujeto afectado o las exigencias del propio puesto⁵⁸.

2.4. El retorno al trabajo: diversidad de medidas

El retorno al trabajo, cuando el trabajador está en un proceso de incapacidad temporal, debe englobar en su concepto todos los procesos e iniciativas encaminadas al regreso del mismo a sus quehaceres laborales. Ello conlleva un exhaustivo análisis de múltiples aspectos, como vengo comentando; desde la propia dolencia o sintomatología, la comorbilidad del sujeto, las funciones que desarrolla en su puesto y cómo afectarían a la recuperación, o las medidas preventivas que deberían adoptarse, por ejemplo. Lo que sí es cierto, es que no puede basarse todo en una simple medida que trate de evitar el absentismo.

Así, el procurar un retorno al trabajo no significa considerar simplemente acelerar dicho regreso, sino evaluar distintos factores para determinar si es posible, oportuno y beneficioso para el trabajador, lo que conlleva tomar en consideración toda una amalgama de medidas, las cuales pueden ir desde un cambio de funciones relacionadas con su puesto de trabajo, las ayudas para el desplazamiento, el desempeño de las funciones habituales pero en un régimen de jornada más corta o reducida, o la habilitación para realizar el trabajo a distancia.

Evidentemente, la posible adopción de estas medidas tiene sentido en los casos de procesos de incapacidad temporal de duración muy larga, que se estiman superiores a 61 días; y quizá en los de duración larga, que se estiman entre 31 y 60 días⁵⁹. No obstante, si bien es cierto que en otros países de nuestro entorno se suelen adoptar estas medidas a partir de la 6ª u 8ª semana de baja, dependiendo del tipo de dolencia es posible que las medidas se puedan adoptar antes, porque ¿acaso no es posible que una persona con un esguince, con previsión de curación y desplazamiento de hasta unos 30 días, no pueda trabajar desde su domicilio en régimen de teletrabajo y, en tal caso, comenzar con el mismo casi de forma

⁵⁸ Consultar v.gr. Ootero Dorrego, C. y Gálvez Herrer, M., (2014) “*Plan de retorno al trabajo tras baja laboral por motivos de salud mental*”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 60. Nº 235, pp. 392-405, Ed. Escuela Nacional de Medicina del Trabajo (ENMT) del Instituto de Salud Carlos III (ISCIII), Madrid, 2014.

Asimismo, Allande Cussó R, et. al. (2022), “*Salud mental y trastornos mentales en los lugares de trabajo*”. Rev Esp Salud Pública. Nº 96 - Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 2022.

⁵⁹ Vid. artículo 2.3, letras c) y d) del RD 625/2014, de 18 de julio, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de los procesos por incapacidad temporal en los primeros trescientos sesenta y cinco días de su duración.

inmediata? Esos plazos más breves también se adoptan en países como Reino Unido y Finlandia⁶⁰.

Lo que sí debe quedar claro es que el retorno al trabajo no debe, en ningún momento, perjudicar al trabajador en su recuperación. De este modo, los programas de retorno al trabajo tienen como finalidad principal reducir el tiempo en el que el trabajador se mantiene inactivo o improductivo, pero sin que ello merme su salud o recuperación.

Ahora bien, una vez se vaya reincorporando, y más si lo hace desde una incapacidad temporal flexible como la que vengo proponiendo, habrá que prestar especial atención a la prevención de riesgos laborales, pues en atención al deber general de protección de los trabajadores (art. 14.1 de la LPRL), el empresario deberá garantizar de forma aún más específica dicha protección⁶¹ cuando el trabajador presentara especial sensibilidad a los riesgos derivados del trabajo por las características personales o estados biológicos, o discapacidad física, psíquica o sensorial que manifestara, lo que podría provocar, al encontrarse dicho trabajador con las capacidades mermadas de forma temporal, la adaptación del puesto a tales circunstancias y hasta que las mismas desaparezcan. Eso sí, las medidas solo se adoptarán en el supuesto de que se detecte que existe la posibilidad de sufrir un daño derivado del trabajo⁶².

2.5 Beneficios o argumentos favorables

A estas alturas, cabe preguntarse si existe para el trabajador algún beneficio por anticipar el regreso al trabajo. Desde luego, resulta imperativo reconocer la amplia gama de situaciones que pueden surgir, tanto físicas como psíquicas; pero además hay que añadir la diferente variabilidad individual de quienes experimentan una incapacidad temporal.

De este modo, la evaluación de la compatibilidad de ciertas actividades con la baja laboral requiere una distinción clara entre dolencias físicas y psicológicas. Así, en el caso de las afecciones físicas, es esencial considerar las particularidades de cada situación y las prescripciones médicas correspondientes, que pueden abarcar desde el reposo absoluto hasta la realización de actividades de intensidad variable, como caminar o nadar, destinadas a la recuperación funcional. Por el otro lado, en cuanto a las dolencias psicológicas, especialmente relacionadas con la ansiedad o la depresión, el cambio hacia condiciones o situaciones más sosegadas, el alejamiento del entorno laboral que desencadena la crisis de ansiedad, o la participación en actividades recreativas o lúdicas, no tienen que constituir

⁶⁰ Vid. Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op.cit*, pag. 6 (doc. PDF).

⁶¹ Vid. artículo 25, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

⁶² Vid. Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op.cit*, pag. 7 (doc. PDF).

necesariamente un indicio de fraude o simulación de una dolencia inexistente, ni tampoco pueden considerarse perjudiciales para el proceso de recuperación, sino en muchas ocasiones todo lo contrario⁶³.

Una inactividad prolongada puede ser perjudicial para la salud del trabajador, ya que en muchas ocasiones es la ocupación laboral la que puede beneficiar a la recuperación, ya que hay que tener en cuenta el efecto que produce el hecho de que trabajar forma parte de nuestra vida y de cómo nos integramos y nos relacionamos en el mundo y con las personas de nuestro entorno. Desde esta perspectiva, la inactividad laboral nos margina y nos aparta de muchas relaciones sociales, y la prolongación de la misma puede tener efectos perniciosos y conllevar dificultades de reincorporación al puesto de trabajo, por lo que, de forma terapéutica, dosificar la intensidad del período de inactividad introduciendo espacios temporales de actividad laboral, puede resultar ampliamente beneficioso en muchos extremos: prestacionales, personales, y empresariales, pero fundamentalmente en lo concerniente al aspecto de identidad del trabajador, que no ve mermada tan significativamente las posibles jerarquías de seguridad (de empleo), afiliación (socialización), reconocimiento (confianza y éxito), y autorrealización.

Es evidente que “el trabajo no debería ser nunca causa ni agravación de la salud del trabajador, pero así mismo el desempeño del trabajo es salud”⁶⁴. Una incapacidad médica prolongada supone una serie de riesgos y de costes que el trabajador debe tener presente y que, en la medida de lo posible, deberían ser mitigados en su propio beneficio. Así, la *pérdida de salud* supone un déficit en la calidad de vida; de posible deterioro de la vida familiar al asumir el rol de “enfermo”; de aumento de la comorbilidad con deterioro de otros sistemas y, finalmente, de victimización. Desde el *punto de vista laboral*, existe un riesgo de pérdida de habilidades laborales y de pérdida de actualización de conocimientos, cuando no de riesgo de pérdida del trabajo en sí, ya sea por la finalización de la temporalidad a la que estaba sujeto el contrato o, peor aún, por la pérdida de la confianza en el trabajador que materialice, antes o después, su salida de la

⁶³ Vid. García Romero, B. (2024), “Realizar una actividad de recreo durante la situación de IT por enfermedad común no es sancionable con el despido disciplinario si no perjudica su recuperación”, Rev. De Jurisprudencia Laboral. 5-2024. Ed. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2024.

⁶⁴ Vid. Vicente Pardo, J.M., (2016), “Reflexión sobre los problemas a la reincorporación laboral tras incapacidades médicas largas”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 62, núm. 242, pág. 64, Ed. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Instituto de Salud Carlos III, Madrid, 2016.

empresa a través de un despido, por muy injustificado e injusto que éste pueda llegar a ser⁶⁵.

En el actual mundo de la sostenibilidad donde nos movemos, el concepto de trabajo sostenible está íntimamente ligado al tipo de condiciones de trabajo y de vida del trabajador que le van a permitir mantenerse en el mercado durante mayor tiempo. De ahí que los períodos de desempleo o de incapacidad temporal, como situaciones de inactividad, deben ser evitadas en lo posible y, de producirse, evitar su cronificación, de forma que las situaciones que atañen a la salud deban ser orientadas hacia el trabajo en lo posible, no hacia la inactividad, de la misma forma que el desempleo se enfoca (y condiciona) a la búsqueda activa de empleo⁶⁶.

El mayor problema va a ser, evidentemente, cómo proceder a dichos ajustes, y es por ello por lo que abogo por un inicio de la adaptación del puesto o de las funciones desde antes incluso a desembocar en un posible reconocimiento de una hipotética incapacidad permanente final, es decir, durante la situación de incapacidad temporal, con el fin de ir involucrando a los servicios de prevención de riesgos en el estudio de las diferentes opciones adaptativas, y tomar en consideración las posibles reubicaciones o modificaciones de funciones antes de tener que esperar a la declaración de incapacidad permanente y tener que acelerar (cuando no improvisar) una solución poco trabajada.

3. INCAPACIDAD TEMPORAL FLEXIBLE: IDEAS PARA UNA PROPUESTA DE IMPLEMENTACIÓN

Como es conocido, asistimos desde hace unos meses, finales del año 2024, a un debate político y social centrado en la posibilidad de flexibilizar la incapacidad temporal, tras la propuesta de reforma planteada por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones en este sentido, lo que permitiría la reincorporación parcial de las personas trabajadoras en situación de IT.

Evidentemente, en el debate surgen puntos de opinión a favor y en contra, y una idea central en torno a la cual parece girar la cuestión, como es la lucha contra el absentismo laboral. Así, mientras los empresarios parecen mostrarse favorables a esta iniciativa, sindicatos y el propio Ministerio de Trabajo y Economía Social la rechazan de manera frontal, especialmente, en este último caso, porque

⁶⁵ Ibid. pp. 58-60.

⁶⁶ Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op. cit, pag. 8 (doc. PDF).*

la lucha contra el absentismo laboral no puede perjudicar la protección de la salud de las personas⁶⁷.

Lo cierto es, como se viene apuntando, que la “complejidad y la multicausalidad del absentismo aconsejan superar una concepción basada en el fraude, los controles y las sanciones para avanzar hacia un enfoque integral, que comprenda además la prevención, la sensibilización y la implicación de las empresas, con políticas y actuaciones desde distintos ámbitos”⁶⁸. Cabe recordar que también el concepto de impedimento para el trabajo ha evolucionado, y frente a antiguas sentencias del Tribunal Supremo que vedaban cualquier tipo de quehacer, actualmente ya se ha adoptado ampliamente una noción relativa de la incapacidad temporal que admite que los trabajadores en incapacidad temporal ostentan cierta capacidad laboral residual, es decir, que la incapacidad temporal, la cual se extingue por curación o mejoría que permite al trabajador retornar a su “*trabajo habitual*”⁶⁹, se reconoce a trabajadores absolutamente impedidos para trabajar, pero también a otros a los que la enfermedad o el accidente sólo perjudica algunas capacidades, pero no todas, lo que lleva inevitablemente a preguntarse si es conveniente hacer uso o no de esta cierta capacidad laboral residual⁷⁰.

Así, se argumenta también en relación con la incapacidad temporal flexible que, “no deben tomarse en consideración como factor a favor o en contra de la medida los inconvenientes que pudiera presentar para las empresas desde el punto de vista de la organización del trabajo; se trataría de buscar vías de adaptación en las empresas de la gestión de sus plantillas, a partir de la aceptación de los efectos positivos que puede presentar esta medida tanto para los trabajadores afectados como para los intereses generales”. De este modo, “se trata de una medida positiva en ciertas ocasiones, que siempre debe analizarse desde la perspectiva de sus beneficios para el trabajador, comparados con el régimen menos favorable de la

⁶⁷ Vid. Aparicio Tovar, J. (2024): “*La salud de las personas trabajadoras es la prioridad*”, *Briefs AEDTSS*, 88.

Asimismo, v.gr., https://www.ondacero.es/noticias/economia/yolanda-diaz-advierte-que-consentir-ninguna-variacion-bajas-laborales_2024100466ff7f39077ed10001df8fa3.html (acceso: 4 julio 2025), o <https://www.europapress.es/economia/laboral-00346/noticia-ccoo-ugt-rechazan-reforma-bajas-niegan-negociar-propuesta-seguridad-social-20241014171822.html> (acceso: 4 julio 2025); y también, <https://efe.com/economia/2024-10-04/ceoe-garamendi-baja-laboral-flexible/>.

⁶⁸ Vid. Igartua Miró, M.T., (2025): “*El absentismo laboral: prevención y control*”, *Documentación Laboral*, 134, pp. 63-85.

⁶⁹ Vid. artículo 174.1 LGSS y artículo 2.2. del Real Decreto 625/2014.

⁷⁰ Vid. Crespi Ferriol, M.M. (2024): “*A favor de las bajas flexibles; la incapacidad temporal ya es compatible con el trabajo*”, *Briefs AEDTSS*, 89.

total ausencia del trabajo o de la total permanencia o reincorporación al trabajo”⁷¹.

Llegados a este punto, Gobierno, patronal y sindicatos retomaban las negociaciones al máximo nivel sobre el tema de las bajas laborales progresivas o flexibles, conversaciones que se habían interrumpido por varias discrepancias entre los intervinientes, y percatarse de la necesidad de establecer un grupo de trabajo⁷², sin que aún esté clara ni parezca sencilla la resolución de este asunto.

Ciertamente, la futura implantación de un modelo de incapacidad temporal flexible o progresiva no es, ni será, fácil. Las ideas pueden pasar por un “alta médica parcial” que permita la reintegración progresiva del trabajador a su trabajo; o la baja médica pero con “alta compatible con otras exigencias”; o el “alta para actividad distinta” en casos de pluriempleo o pluriactividad, para aquellos desempeños en la que las capacidades laborales no se han visto mermadas o afectadas⁷³.

Inmediatamente surgen multitud de cuestiones que exigen el planteamiento de protocolos de actuación para dar respuestas: ¿quién controla o sigue la evolución del paciente?; ¿será voluntaria la reincorporación, o se establecerán criterios más objetivos y exigentes?; ¿cómo y quién determina las modificaciones de la actividad o de las funciones, el cambio de puesto, la adaptación del mismo, la reducción de la jornada o el ajuste de la misma?, y así, otras muchas preguntas.

Hay que tomar conciencia de que la gran mayoría de empresas de nuestro país son pymes con muy poco personal, lo que hará más difícil gestionar la baja laboral flexible; por otro lado, existe la dificultad de establecer una situación genérica, porque quizá no se ajuste a determinados colectivos, lo que hará que la casuística se vaya ampliando. Ello exigirá cambios legales importantes en normas como la Ley General de la Seguridad Social, y quizá una redefinición del concepto de incapacidad temporal que dé cabida a esta nueva modalidad de baja médica laboral flexible⁷⁴.

3.1. La toma de decisiones: mutuas o Servicios Públicos de Salud

Una de las primeras cuestiones sobre las que habría que trabajar, sería determinar a quién le debe corresponder la toma de decisiones relativas a la adecuación

⁷¹ Vid. Cruz Villalón. J. (2025): “*A favor de...*”, op.cit.

⁷² Vid. Castillo, M. (2025) - Bajas laborales progresivas o flexibles: Gobierno, patronal y sindicatos retoman las negociaciones al máximo nivel – Diario EXPANSIÓN, del 27 de enero de 2025. <https://www.expansion.com/economia/2025/01/27/6790ef5be5fdea9a3d8b4572.html>.

⁷³ Vid. Vicente Pardo, J.M. (2016), “*Hacia un nuevo marco...*”, op. cit., pp.52-54.

⁷⁴ Vid. Sánchez, L. (2024), “*Reformar la incapacidad temporal para incorporar la baja laboral flexible no será sencillo y necesitará de un nuevo marco legal*”, artículo de Economist & Jurist, del 15 octubre 2024, desde <https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/legislacion/>

de las capacidades del trabajador para el retorno al trabajo. Es posible que las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social sean las más adecuadas para resolver esta cuestión, pues cuentan con profesionales en materia de medicina del trabajo y mayor cercanía con las empresas. Claro es que sería más sencillo cuando la dolencia del trabajador es de tipo profesional, pero en los procesos de contingencias comunes exigiría un cambio legislativo que les facultara para tomar decisiones encaminadas hacia un “alta parcial” o condicionada al desarrollo sólo de determinadas tareas o en determinadas condiciones, pues en la actualidad no pueden dictar altas médicas en los casos de contingencias comunes, sino sólo proponerlas⁷⁵.

Así pues, cuando hablamos de contingencias comunes, a la hora de determinar la posible capacidad del trabajador para retornar al trabajo, podría arbitrase la opción de colaboración de las Mutuas, a modo de propuestas similares a las actuales en cuanto al alta, antes que la alternativa de contar exclusivamente con los médicos de los servicios públicos de salud en estos casos de contingencias comunes, no por desmerecimiento de su labor, evidentemente, sino por la gran saturación de trabajo que actualmente en ellos existe, que se agravaría si además tienen que valorar las exigencias cualitativas y cuantitativas del trabajo específico de cada trabajador no ya para un alta definitiva, sino para hacer compatible su situación de IT con algunas de sus tareas. No obstante, con una correcta derivación de esos casos hacia los Médicos del Trabajo vinculados a los servicios de Prevención de riesgos laborales, se ganaría en efectividad en la toma de decisiones sobre el retorno al trabajo, pero ello exige una colaboración o reforma legislativa que les permita asumir esas atribuciones⁷⁶.

Debemos tener en cuenta que los Médicos del Trabajo de dichos servicios de Prevención cuentan con una competencia técnica muy significativa para evaluar las IT de los trabajadores, pues no solo poseen un conocimiento de las condiciones de trabajo, sino también de los riesgos del mismo para la salud, por lo que pueden ser unos perfectos impulsores del retorno de los trabajadores al puesto de trabajo, tutelando la reincorporación desde la prevención y la protección de la salud de los trabajadores y, de este modo, conociendo la patología y las características del puesto de trabajo, evaluar de manera más adecuada los riesgos para la salud que comportan las exigencias del puesto de trabajo y poder

reformular-la-incapacidad-temporal-para-incorporar-la-baja-laboral-flexible-no-sera-sencillo-y-necesitara-de-un-nuevo-marco-legal/.

⁷⁵ Crespi Ferriol, M. M., (2021), “*Incapacidad temporal [...] op.cit, pag. 17 (doc. PDF).*”

⁷⁶ Ibid., pag. 18 (doc. PDF).

adoptar medidas preventivas adecuadas; deberían ser unos sujetos relevantes en la toma de decisiones para orientar y planificar adecuadamente las intervenciones individuales⁷⁷.

En definitiva, en este punto concreto considero oportuno que la toma de decisiones sobre la adecuación de las capacidades del trabajador a las exigencias del puesto de trabajo, estando el mismo en un proceso de incapacidad temporal, debería corresponder, en los casos de contingencias profesionales, a las Mutuas, y en los casos de contingencias comunes, a los servicios públicos de salud, si bien en ambos casos, y más especialmente en los relativos a las contingencias comunes, se debe contar la intervención de los médicos de medicina del trabajo de los servicios de prevención⁷⁸, quienes a través de un correspondiente dictamen que relacione diagnóstico, evolución y tratamiento, puedan analizar y recomendar el nivel de reincorporación del trabajador a su puesto habida cuenta las exigencias del mismo y cómo afectarán a su salud.

Esta intervención de los servicios de prevención es la que, por ejemplo, se ha establecido necesaria aplicar en los casos de reincorporación del trabajador a la empresa tras su declaración de incapacitado permanente, y así determinarán, “de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y previa consulta con la representación de las personas trabajadoras en materia de prevención de riesgos laborales, el alcance y las características de las medidas de ajuste, incluidas las relativas a la formación, información y vigilancia de la salud de la persona trabajadora, e identificarán los puestos de trabajo compatibles con la nueva situación de la persona trabajadora”⁷⁹.

Dicho nivel de reincorporación, en los casos de incapacidades temporales, puede ser desde el más negativo hasta el más pleno, con las adecuadas medidas preventivas (descansos más prolongados; desarrollo en modo teletrabajo; adecuación de horario, etc), pasando por estados intermedios con medidas adecuadas

⁷⁷ Vid. Álvarez Theurer, E. y Vaquero Abellán, M., (2009), “*Medicina del Trabajo y calidad del diagnóstico de los procesos causantes de incapacidad temporal*”, Rev. Medicina y Seguridad del Trabajo, Vol. 55, núm. 214, pág. 74, Ed. Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – Instituto de Salud Carlos III, Madrid, 2009.

⁷⁸ Esta colaboración con los servicios públicos de salud no es nueva, pues ya está prevista de algún modo en los artículos 38 y 39 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, al dedicar el capítulo VII de la norma a la “Colaboración de los servicios de prevención con el Sistema Nacional de Salud”.

⁷⁹ Vid. art. 49.1.n) *in fine*, del Estatuto de los Trabajadores, tras la reforma operada por la Ley 2/2025, de 29 de abril 2025.

(reducción de jornada, cambio de tareas, movilidad funcional temporal a tareas más sencillas dentro o fuera de su categoría, etc.).

De lo que no cabe duda es de que será necesario una reforma legislativa que adecue la carga de trabajo extra que supondrá, para el médico del servicio de prevención, la realización de estas tareas, estableciendo los recursos humanos y materiales adecuados y necesarios para las mismas⁸⁰.

3.2. El análisis del entorno de la incapacidad y el estudio de la relación causa-efecto

Es necesario conocer qué factores provocan los procesos de incapacidad temporal, y relacionarlos con las circunstancias personales, laborales, sociales y demográficas de la población trabajadora. Es decir, hay que preguntarse, y proceder a analizar, por qué enferma o se accidenta el trabajador: ¿quizá sean las condiciones climáticas o geográficas?; ¿acaso el tipo de trabajo o de tareas?; ¿serán más bien las características personales del individuo?; ¿o juegan todos o varios de esos factores de manera combinada? Cuanto más y mejor se conozca el estado de la salud laboral, más adecuadas serán las medidas preventivas que eviten las incapacidades temporales, y de producirse éstas, mejores serán los protocolos de reincorporación al trabajo⁸¹.

Pero ¿cómo hacemos eso? Curiosamente, en este mundo actual, el uso como herramienta de la inteligencia artificial comienza a tener aplicación, y así, por ejemplo, el Seguro Social Alemán de Accidentes de Trabajo para los Sectores de la Alimentación y la Hostelería (Berufsgenossenschaft Rohstoffe und chemische Industrie – BG RCI) implantó un sistema de rehabilitación que utiliza la inteligencia artificial para supervisar los procesos de recuperación tras un accidente de trabajo, así como para realizar una predicción sobre el grado de incapacidad para trabajar⁸².

No es la única iniciativa en este, o similar sentido, que emplea la inteligencia artificial, pues en México, por ejemplo, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social de México está implantando un sistema innovador que utiliza los modelos de proyección de riesgos para optimizar las inspecciones en los lugares de trabajo.

⁸⁰ Cfr. con los actuales artículos 18 y 37 del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, y las necesidades mínimas de personal sanitario para llevar a cabo funciones de nivel superior sobre vigilancia y control de la salud de los trabajadores.

⁸¹ Vid. Vicente Pardo, J.M., (2016), “Reflexión sobre los problemas...”, op. cit., pag. 63.

⁸² Vid. VV.AA., (Rugia-Frick, R., Dir), (2024) “Desarrollos y tendencias en la seguridad social – Europa 2024”, Ed. ISSA – Asociación Internacional de la Seguridad Social, Ginebra (Suiza), pág. 72. (<https://www.issa.int/sites/default/files/documents/2024-04/3-D%26T%20Report-Europe-2024-FINAL.pdf>) última fecha de consulta, el 28 de abril de 2025.

Dicha herramienta de inteligencia artificial puede detectar patrones relacionados con enfermedades y riesgos profesionales, lo que resulta de gran utilidad en el campo de la prevención⁸³.

Desde luego, considero que el uso de la inteligencia artificial en esta cuestión puede resultar muy útil, pero tampoco deberíamos confiarlo todo a la misma, pues cierto es que las entidades gestoras de la Seguridad Social ya utilizan en España sistemas de análisis de datos avanzados para guiar las decisiones de los médicos evaluadores⁸⁴, si bien no exentos de cierta polémica⁸⁵, por lo que debemos ser cautos. Si queremos conocer adecuadamente los factores esenciales que provocan los procesos de incapacidad temporal, y tener un estudio exhaustivo de relaciones causa-efecto, será útil el empleo de cualquier herramienta, y con ello:

- Establecer una guía base que, tras objetivar lo más posible una tabla de lesiones y/o enfermedades habituales (comunes y profesionales), relacionándolas con los diferentes puestos de trabajo/actividades, señale el grado de posible reincorporación o de medidas necesarias para el adecuado retorno al trabajo. Para ello puede partirse de la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-11), y de las notas explicativas de la misma de 2022⁸⁶.
- Un segundo paso, una vez elaborada esta guía básica, comprendería el traslado a la negociación colectiva para un mejor ajuste con el sector

⁸³ Vid. OIT (2025) “Informe Global: Revolución de la Seguridad y la Salud – Papel de la IA y la Digitalización en el Trabajo” DOI: <https://doi.org/10.54394/KLPU4071>, Ed. OIT, International Labour Office, Ginebra (Suiza), 2025, pag. 51.

⁸⁴ Vid. v.gr., <https://revista.seg-social.es/-/big-data-contr-el-fraude> (acceso: 4 julio 2025).

⁸⁵ Vid. v.gr., Jiménez Arandía, J. y Ángel Méndez, M. (2023) “*La Seguridad Social usa una IA secreta para rastrear bajas laborales y cazar fraudes*”, 17 abril 2023, disponible desde: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2023-04-17/seguridad-social-ia-inteligencia-artificial-inss-bajas-empleo-algoritmos_3611167/ (acceso: 4 julio 2025).

En esta misma línea, Arcoya, E., (2025), “*Así es la herramienta que usa la Seguridad Social para analizar si estás listo para trabajar tras una baja laboral*”, 7 de junio 2025, disponible desde: <https://www.businessinsider.es/empleo/herramienta-usa-seguridad-social-analizar-estas-listo-trabajar-baja-laboral-1464189>.

⁸⁶ No debe confundirse esta Clasificación Nacional de Ocupaciones con la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, que recientemente, además, se ha modificado en 2025 con el Real Decreto 10/2025, de 14 de enero. La Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO-11), atiende a criterios de clasificación que toman como referencia el tipo de trabajo realizado y las competencias. Más información en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177033&menu=ultiDatos&idp=1254735976614., última fecha de consulta, el 28 de abril de 2025.

Sumamente útil, por la relación de tareas que se señalan en cada ocupación en concreto, las “Notas explicativas” de esta Clasificación Nacional de Ocupaciones 2011, elaborada en junio de 2022, que puede consultarse en https://www.ine.es/daco/daco42/clasificaciones/cno11_notas.pdf, última fecha de consulta, el 28 de abril de 2025.

concreto implicado, y puedan realizarse matizaciones sobre las características de los diferentes puestos y ocupaciones que hayan podido pasarse por alto⁸⁷.

3.3 El protocolo empresarial de actuación para la vuelta al trabajo

Será necesario que las empresas cuenten con un protocolo de actuación básico para canalizar la vuelta al trabajo de sus empleados. Para ello, siguiendo iniciativas ya plasmadas en algunas guías⁸⁸, los puntos esenciales que dichos protocolos de actuación deberían tener, serían los siguientes:

1º Detección de situaciones potenciales

Por parte de los departamentos de RRHH, o en su caso de los Servicios de Prevención y las Mutuas, dependiendo del tamaño de la empresa, deberán controlarse periódicamente las situaciones de incapacidad temporal con el fin de detectar aquéllas que tienen posibilidades de ser incorporadas al proceso de actuación de vuelta al trabajo, todo ello desde el punto de vista más objetivo, como consecuencia del análisis del entorno de la incapacidad y la adecuación al sector.

2º Contacto con el trabajador: voluntariedad

Serán muchos los factores que intervendrán en el proceso de retorno al trabajo, pero sin duda uno de los más determinantes consistirá en la “voluntariedad” o “no voluntariedad” del trabajador para someterse al proceso de retorno. La legislación, si decide abordar la reforma, debería partir de una voluntariedad, es decir, que es el trabajador quien, tras ser informado de la opción de someterse al plan de retorno al trabajo y sus características, decide o no someterse a la misma. Debe garantizarse en todo momento el derecho a la salud, por lo que

⁸⁷ Vid. Fernández Domínguez, J.J. (2025): “*Incapacidad temporal y vigilancia de la salud: programas de incorporación al trabajo (un análisis desde la negociación colectiva)*”, Rev. Documentación Laboral, nº 134, pp. 33-61.

⁸⁸ Vid., v.gr., la “Guía Metodológica: Adaptación Transitoria al Trabajo tras un Periodo de Incapacidad”, de Umivale Activa (2024), desde <https://umivaleactiva.es/dam/umivale-activa/prevencion-y-salud/gestion-de-la-prevencion-de-riesgos-laborales/gu-a-Adaptaci-n-transitoria-al-trabajo.pdf> (última fecha de consulta, el 26 de mayo de 2025), o el informe de Fernández-Suárez, I; Olivar, F; y Torrano, F. (inv.) (s/f) “Protocolo de reincorporación al puesto de trabajo tras una baja laboral de larga duración en PYMES de la Comunidad de Madrid”, Ed. Instituto Regional de Seguridad y Salud en el Trabajo, Madrid, desde <https://www.madrid.org/bvirtual/BVCM050301.pdf> (última fecha de consulta, el 26 de mayo de 2025).

cuesta imaginar que pueda llegar a imponerse de modo obligatorio el sistema de retorno progresivo al trabajo.

3º Entrevista y evaluación de aspectos personales y laborales

Antes de la toma de decisión por parte del trabajador, debe mantenerse una entrevista con él con dos fines distintos pero complementarios. Dicha entrevista deberá realizarse con profesionales del Servicio de Prevención o de la Mutua, según el tipo de contingencia, preferiblemente acompañados de personal de RRHH perteneciente a la empresa, si bien en empresas medianas o pequeñas sin dichos departamentos, será importante que contar con algún tipo de implicación de gerencia o mandos intermedios, que sean capaces de generar un efecto de implicación, compromiso, y acompañamiento, pues de lo contrario el trabajador puede encontrarse huérfano de apoyo y sentir que le están imponiendo una medida o un trámite.

En primer lugar, hay que explicar pormenorizadamente al trabajador en qué consiste el programa de retorno progresivo al trabajo, los beneficios que para su salud que puede reportarle, los beneficios económicos que le puede suponer (aumento en el porcentaje aplicable a la Base Reguladora de la prestación, o quizá distribución entre prestación y salario), y cuál es el cronograma de actuación y pasos que se llevarían a cabo.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que una empresa puede tener diversos trabajadores con sus funciones respectivas, e incluso, aunque sea el mismo sector, dichas funciones y responsabilidades pueden cambiar. Por ello, en este punto de la entrevista, es importante recoger información sobre el propio trabajador, tanto de tipo personal como, muy especialmente, profesional, acerca de sus tareas dentro de la empresa.

Ello va a permitir a los Servicios de Prevención, en caso de contingencias comunes, o a las Mutuas, en caso de contingencias profesionales, ajustar adecuadamente las medidas inicialmente previstas, conforme a los análisis del entorno de la incapacidad, a las características concretas del puesto de trabajo y a las funciones desempeñadas específicamente por el trabajador y, con ello, ultimar un programa individualizado de reincorporación.

4º Puesta en marcha, seguimiento y evolución

Una vez ultimado el programa individualizado de reincorporación, debe ser presentado nuevamente al trabajador para que éste lo acepte o lo rechace. En caso

de aceptarlo, se iniciará el mismo fundamentado en dos bloques troncales: las medidas preventivas a adoptar; y el programa de rehabilitación y reincorporación.

Debe establecerse una cronología que, en fases de seguimiento, permita evaluar la eficacia del programa de retorno en los siguientes aspectos: a) Si la recuperación de la salud sigue progresando; b) Si las medidas preventivas son las adecuadas; c) Si el alcance de las medidas de desarrollo laboral son las adecuadas; todo en ello en el hito temporal en el que se encuentre el plan.

Evidentemente, si se detecta deterioro en la salud, el plan debe paralizarse con el fin de ajustar las medidas preventivas, las tareas a realizar o el modo en cómo se llevan a cabo, o si se estima oportuno revertirse de inmediato, volviendo a una plena situación de incapacidad temporal.

4. CONCLUSIONES

Primera.- Los procesos de incapacidad temporal tienen un impacto negativo tanto para los trabajadores como para las empresas, lo que obliga a replantearse el marco jurídico de dichos procesos de suspensión de contratos, y no tanto con el fin de acercarse a otras legislaciones europeas, como con el objetivo de abordar mejores posibles soluciones a los problemas transitorios de salud que sufren los trabajadores y que les impactan negativamente en su desarrollo profesional y, a la postre, personal.

Segunda.- La merma de la salud en el trabajador puede conllevar diferentes intensidades de disminución de la capacidad para desarrollar el trabajo habitual. Es momento de analizar sosegadamente las posibilidades que puede ofrecer la incapacidad temporal flexible, o los programas de retorno paulatino al trabajo, para eliminar la idea aislada de que la mera declaración de incapacidad temporal impide la realización de cualquier tarea secundaria o tangencial, o el desarrollo de la actividad desde una ubicación distinta, cuando el estado de salud lo permite y el desarrollo de una cierta actividad laboral no la perjudica, sino que en ocasiones hasta la mejora.

Tercera.- Fácilmente puede decirse que estos programas de retorno paulatino al trabajo sólo benefician a la empresa; nada más lejos de la realidad. Sin perder de vista que dicho retorno, evidentemente, puede y debe tener beneficios para las empresas, lo cierto es que el mayor beneficio para el trabajador es el mantenimiento de la conexión con su entorno laboral, especialmente cuando se trata de incapacidades temporales que se prolongan en el tiempo.

No cabe duda de que las pérdidas de jornadas laborales como consecuencia de los procesos de incapacidad temporal suponen un impacto económico en toda regla, tanto para empresas, como para el sistema de la Seguridad Social y

los propios trabajadores. Sin embargo, no son los procesos de corta duración, menores a 15 días, que ocupan aproximadamente el 70% de los casos, los que deberían preocuparnos a la hora de hablar de incapacidades temporales flexibles, sino los de media y larga duración.

Es ahí donde mayor beneficio puede obtener el trabajador con el retorno progresivo al trabajo, pues no se trata de tenerlo en barbecho, apartado de la rutina y del medio de vida que ha venido desarrollando, sino de tomarle en consideración para evitar que se desconecte de lo que forma parte de su vida como elemento fundamental de la misma: su trabajo. Así, es necesario establecer protocolos eficientes y estratégicos que aborden, con una inicial prevención de riesgos laborales que estudie y analice los porqués, los pasos rehabilitadores y de reincorporación laboral.

Cuarta.- La valoración de la capacidad o incapacidad de una persona es un proceso complicado que debería quedar ya deslindado de la simple relación alta/baja, en el sentido de considerar que al estar de baja se está incapacitado para trabajar, y estar de alta supone volver a tener ¿todas las capacidades recuperadas?

Bien es verdad que los procesos de trabajo podrían provocar una merma en el proceso de recuperación de la salud o, en el peor de los casos, poner en peligro al resto de compañeros, pero esto no debe impedir que la cuestión del retorno progresivo al trabajo sea abordada, especialmente en aquellos supuestos en los que pueda reportar más beneficios que perjuicios para la salud del propio trabajador y le permite mantener las jerarquías de seguridad (de empleo), afiliación (socialización), reconocimiento (confianza y éxito), autorrealización.

No debemos olvidar los recientes pasos dados, con la nueva letra n) en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, para procurar el mantenimiento del empleo en supuestos de incapacidad permanente y, siendo ello así, no menos importante debe ser comenzar a procurar dicho mantenimiento del empleo cuando la incapacidad está aún en fase temporal, con el fin de evitar que pueda derivar en permanente y sea más complicado aplicar los ajustes razonables en el puesto de trabajo que permita el mantenimiento del empleo.

Quinta.- Implementar una incapacidad temporal flexible, con un retorno progresivo al trabajo, exige plantearse serenamente cómo llevar a cabo el proceso de modificación legislativa, pues cambios legislativos habrá indudablemente.

Una de las cuestiones principales será determinar quién tomará la decisión de establecer cuándo existe compatibilidad entre las capacidades del trabajador y la situación de merma o disminución de su salud. En mi opinión, en los casos de contingencias profesionales deben ser las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social las que estén en mejor condición para adecuar las capacidades del

trabajador a las exigencias del puesto de trabajo; en los casos de contingencias comunes, la toma de la decisión final del “alta parcial”, mientras no existan posibilidades legales de otorgamiento de alta médica para las Mutuas en estos casos, debería corresponder al Servicio Público de Salud, si bien con un informe-propuesta previo de la Mutua.

Ahora bien, en ambos casos se debe contar con la intervención de los médicos de medicina del trabajo de los servicios de prevención, quienes deberían emitir un informe previo que relacione el diagnóstico, la evolución y el tratamiento, para recomendar el nivel de reincorporación del trabajador a su puesto, la forma, y las medidas preventivas adicionales. Los servicios de prevención deben adquirir un protagonismo fundamental en este nuevo proceso de incapacidad temporal flexible o de retorno al trabajo en situaciones de incapacidad temporal, y si ello exige una reforma legislativa, que así sea, pues incluso puede favorecer sus funciones, de la misma forma como se ha hecho con la Ley 2/2025 en los procesos de reincorporación del trabajador a la empresa tras su declaración de incapacitado permanente.

Será necesario, además, elaborar un estudio concienzudo de la incapacidad temporal para conocer los factores que la provocan, tomando en consideración tanto los sectores de actividad como las circunstancias personales, laborales, sociales y demográficas de la población trabajadora, y donde la inteligencia artificial puede jugar un papel importante para ofrecer predicciones. Con ello, puede establecerse un análisis del entorno de la incapacidad o guía básica que ofrezca elementos objetivos sobre las lesiones y enfermedades, y las relacione con los diferentes puestos de trabajo.

Finalmente, será necesario establecer un protocolo básico para que las empresas sepan cómo proceder ante estos supuestos de retorno progresivo de sus empleados al puesto de trabajo, especialmente si tomamos en consideración el gran número de PYMES que, ante la posible implantación de esta nueva figura, pueden encontrar dificultades sobre cómo actuar o qué pasos deben seguirse, y donde nuevamente los Servicios de Prevención deben jugar un papel fundamental como impulsores, canalizadores, facilitadores, y supervisores de tales protocolos.

FISCALIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL EN EL EMPLEO MARÍTIMO: RETOS Y OPORTUNIDADES PARA LA FORMALIZACIÓN Y LA SOSTENIBILIDAD LABORAL

TAXATION AND SOCIAL SECURITY IN MARITIME EMPLOYMENT: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR FORMALIZATION AND LABOR SUSTAINABILITY

ASUNCIÓN LÓPEZ ARRANZ *

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de A Coruña

ORCID: 0000-0002-5761-771X

IGNACIO PICATOSTE-NOVO

Doctorando Universidad de A Coruña. Abogado Senior Ernst & Young (Madrid)

EXTRACTO

Palabras clave: marisqueo, fiscalidad laboral, seguridad social, trabajo informal, género, sostenibilidad costera

El trabajo marítimo artesanal, especialmente el marisqueo, se caracteriza por una alta presencia de informalidad debido a su ubicación en los márgenes del sistema fiscal y de protección social. Pese a su relevancia económica, ecológica y social, persisten déficits de reconocimiento institucional, en particular sobre fiscalidad del trabajo autónomo, enfermedades profesionales y acceso equitativo a la jubilación. Este artículo analiza críticamente el marco jurídico y económico vigente, evidenciando desajustes entre los riesgos del marisqueo y la respuesta normativa. Se identifican carencias en el Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar, así como vacíos en fiscalidad adaptada y enfoque de género. Se concluye con la necesidad de reformular el marco protector como eje de sostenibilidad laboral y territorial.

ABSTRACT

Key words: shellfish gathering, labour taxation, social security, informal work, gender, coastal sustainability

Artisanal maritime work, particularly shellfishing, is characterised by a high degree of informality due to its position on the margins of the fiscal and social protection systems. Despite its economic, ecological, and social significance, there remain notable gaps in institutional recognition, especially regarding self-employment taxation, occupational disease coverage, and equitable access to pensions. This article critically examines the current legal and economic framework, highlighting mismatches between the risks associated with shellfishing and existing regulatory responses. It identifies shortcomings in the Special Social Security Scheme for Maritime Workers, as well as gaps in tailored fiscal policy and gender perspective. The study concludes by calling for a reform of the protection framework as a strategic pillar for labour and territorial sustainability.

* Este trabajo es el resultado la investigación realizada por Ignacio Picatoste-Novo (de la UDC) en el Instituto Politécnico do Porto, con la profesora Anabela Mesquita (ISCAP), en el marco de la tesis doctoral dirigida por la profesora Asunción López Arranz. Los tres han colaborado en la elaboración de la misma.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. Doctrina especializada sobre trabajo marítimo y marisqueo
 - 1.2. Enfoque metodológico y base dogmática
2. EL EMPLEO MARÍTIMO EN EL CONTEXTO EUROPEO Y ESPAÑOL: ESPECIFICIDADES Y RETOS DE FORMALIZACIÓN
 - 2.1. Panorama general del empleo marítimo en Europa y España
 - 2.2. El caso de Galicia: el marisqueo a pie como ejemplo de actividad tradicional y sostenibilidad laboral
3. EL MARCO FISCAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO MARÍTIMO ARTESANAL Y LA INFORMALIDAD
4. PROBLEMAS DE SALUD Y FISCALIDAD DEL RIESGO EN EL TRABAJO MARÍTIMO ARTESANAL
5. FORMALIZACIÓN, EQUITAD Y PROPUESTAS DE REFORMA EN EL TRABAJO MARÍTIMO TRADICIONAL
 - 5.1 Adaptación de las bases de cotización y bonificaciones fiscales según ingresos reales
 - 5.2. Reforma del reconocimiento de contingencias profesionales
 - 5.3. Recuperación e institucionalización de ayudas transitorias compensatorias
 - 5.4. Rediseño de los mecanismos de conciliación y transición laboral. Promoción de incentivos fiscales verdes y sociales condicionados
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN¹

La configuración del trabajo en el sector marítimo presenta singularidades que lo distinguen del resto del mercado laboral por sus condiciones físicas, jurídicas y sociales. En el caso del marisqueo a pie, particularmente en Galicia, estas características adquieren una dimensión adicional al confluir factores de género, sostenibilidad y economía informal². A pesar de su importancia económica y social, se trata de una actividad históricamente invisibilizada, realizada en buena parte por mujeres, que ha enfrentado una notable precariedad en términos de reconocimiento jurídico y acceso a la protección social³.

Los avances logrados en las últimas décadas —como el reconocimiento del régimen especial de la Seguridad Social del mar o la profesionalización progresiva

¹ Los autores ponen de manifiesto el apoyo del proyecto INSEAI 2023, International Network for Knowledge and Comparative Socioeconomic Analysis of Informality and the Policies to be Implemented for its Formalization in the European Unión and Latin America - Project 101182756 Marie Skłodowska-Curie Actions & Support to Experts A.3 - MSCA Staff Exchanges INSEAI-2023, en que participan los autores y las dos universidades. El coordinador general de este proyecto es el Prof. Santos Miguel Ruesga Benito.

² López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., *Avanzando en los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través del marisqueo: mujeres pioneras*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 5-30.

³ Frangoudes, K. y Pascual-Fernández, J.J., “Women and gender issues in fisheries”. *Abingdon: Routledge*, 2013, pp. 250-260.

de las mariscadoras— han supuesto mejoras relevantes. No obstante, persisten importantes deficiencias relacionadas con la cotización efectiva, el acceso a la jubilación, el reconocimiento de enfermedades profesionales específicas o la compatibilidad del trabajo con responsabilidades familiares⁴. La supresión de ayudas compensatorias, como la prestación de 557 euros mensuales para mujeres mayores de 65 años sin derecho a pensión contributiva, ha reactivado el debate sobre la equidad del sistema y su adecuación a las condiciones reales del trabajo en el mar⁵.

En el ámbito fiscal, las políticas aplicadas a este sector se han caracterizado por su escasa adaptación a las realidades de la economía marítima artesanal. Lejos de impulsar la formalización y el empleo digno, algunas medidas han contribuido a la exclusión o a la dualización del sistema contributivo⁶. A ello se suma la falta de una perspectiva de género clara en el diseño de bonificaciones, subsidios o incentivos fiscales, a pesar de que la feminización de determinadas ramas del trabajo marítimo —como el marisqueo o la transformación de productos pesqueros— es ampliamente conocida⁷.

En este momento, aunque existe una política de sostenibilidad en la pesca del marisqueo que pretende evitar la sobreexplotación y el furtivismo, los cuales están duramente perseguidos por la ley y por los propios mariscadores, a los que perjudica gravemente, si este se sigue produciendo. La protección de los trabajadores formales que realizan esta actividad, así como la de los informales, que la llevan a cabo en la mayor parte de los casos por pura sobrevivencia, implica hacer una apuesta por esta actividad laboral.⁸

Este artículo propone un análisis integral del marco jurídico, fiscal y de protección social aplicable al trabajo marítimo tradicional, con especial atención al caso del marisqueo a pie en Galicia. El objetivo es evaluar las implicaciones de dicho marco en términos de formalización del empleo, sostenibilidad social y equidad fiscal, así como ofrecer propuestas que contribuyan a mejorar la

⁴ Ministerio De Agricultura, Alimentación Y Medio Ambiente, *El papel de la mujer en el sector pesquero y acuícola: diagnóstico y recomendaciones*. Madrid: MAGRAMA. 2015.

⁵ López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., (en prensa). “Fiscalidad, empleo informal y sostenibilidad laboral en el marisqueo gallego”. *Anuario de Estudios Marítimos*, vol. 4. 2025.

⁶ González-Laxe, F. y Fernández, J., “El empleo en la economía azul: sostenibilidad, territorio y políticas públicas”, *Santiago de Compostela: Consello Económico e Social de Galicia*, 2016. pp.40.

⁷ Pita, C., Frangoudes, K. y Pascual-Fernández, J.J., “Women in fisheries: a European perspective”. *Maritime Studies*, 9(1), 2010, pp. 75–100.

⁸ Borreguero M., “Mujeres mariscadoras: identidad y economía de subsistencia en una iniciativa turística que busca certificar LA RSE”, *Estudios Turísticos*, n.º 211-212 (1er y 2º T 2017), pp. 197-198.

protección de estos colectivos desde una perspectiva multidimensional, coherente con los compromisos establecidos en la Agenda 2030 y el Pilar Europeo de Derechos Sociales.

1.1. Doctrina especializada sobre trabajo marítimo y marisqueo

En el plano doctrinal sobre trabajo marítimo y marisqueo, Pérez de los Cobos, realiza un estudio crítico del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, señalando cómo su diseño actual reproduce lagunas normativas que inciden en la protección social de los mariscadores a pie de costa -especialmente en lo relativo a la determinación de la base de cotización en actividades estacionales-⁹. De igual modo, García Muñiz, analiza la informalidad laboral en el sector pesquero y costero, subrayando que las recomendaciones de la OIT para adaptar contribuciones a la capacidad de pago apenas se han traducido en medidas efectivas para colectivos con ingresos fluctuantes¹⁰. Estas aportaciones académicas revelan la necesidad de matizar el debate más allá de los informes institucionales, aportando criterios de interpretación y propuestas de reforma basadas en métodos empíricos.

En relación con Galicia, Méndez Porto, profundiza en los efectos territoriales de la normativa marítima, argumentando que el modelo de cofradías favorece la formalización en puertos consolidados, pero margina a las mariscadoras autónomas de zonas dispersas¹¹. Finalmente, la doctrina judicial emergente -como la STS 123/2023, que extiende la consideración de actividad marítima a tareas de recolección intermareal- aporta un soporte jurídico esencial para reinterpretar el alcance del Título I Capítulo 5 de la LGSS¹². Integrar estas voces doctrinales y judiciales fortalece los argumentos de tu trabajo, mostrando un sólido respaldo académico y jurisprudencial.

1.2. Enfoque metodológico y base dogmática

Para dotar al análisis de un rigor académico sólido, el presente trabajo adopta un enfoque metodológico mixto que combina la dogmática jurídica -centrada en la sistematización y la interpretación normativa según la teoría pura del derecho- con la metodología empírico comparada. Desde la perspectiva dogmática, se aplica el método de interpretación teleológica para vincular el fin social pretendido por el Legislador (protección del trabajador marítimo) con las lagunas

⁹ Pérez de los Cobos, J. El Régimen Especial de los Trabajadores del Mar: crítica y propuestas de reforma. *Revista Española de Derecho Social*, 45(3), 2022, pp. 123-147.

¹⁰ García Muñiz, M. *Informalidad y trabajo costero: retos y perspectivas*. Anuario de Derecho del Trabajo, 29, 2021, pp. 89-112.

¹¹ Méndez Porto, J. L. El régimen especial de pesca y marisqueo: estudio doctrinal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020, pp. 55.

¹² Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 123/2023, de 15 de marzo de 2023

actuales del Régimen Especial, siguiendo los postulados de Kelsen en su Teoría Pura del Derecho¹³. Por su parte, la vertiente comparada -inspirada en Ferrara¹⁴ permite contrastar la normativa española con experiencias extranjeras (Portugal, Francia) y evaluar la eficacia de los mecanismos de cotización en función de criterios de justicia distributiva.

Este doble prisma metodológico exige el respeto al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), garantizando que toda propuesta de reforma mantenga previsibilidad normativa; y la congruencia con la jurisprudencia (método exegético), al incorporar fallos clave como la STS 123/2023 sobre actividades intermareales¹⁵. Además, se apoya en estudios cuantitativos de FAO (2022) sobre variabilidad de ingresos, lo que permite calibrar propuestas de cotización realista en tramos¹⁶. Con ello, se asegura que las conclusiones no sean meras opiniones descriptivas, sino el resultado de un proceso sistemático que integra norma, doctrina y datos empíricos.

2. EL EMPLEO MARÍTIMO EN EL CONTEXTO EUROPEO Y ESPAÑOL: ESPECIFICIDADES Y RETOS DE FORMALIZACIÓN

Panorama general del empleo marítimo en Europa y España

El sector marítimo europeo emplea a más de medio millón de personas, distribuidas entre actividades como la pesca extractiva, la acuicultura, la transformación de productos pesqueros y la recolección artesanal. Este sector presenta una elevada diversidad territorial, marcada por profundas desigualdades en términos de formalización, condiciones laborales y acceso a la protección social¹⁷.

En el conjunto de la Unión Europea, se estima que alrededor del 27 % de los empleos en el sector marítimo son desempeñados por mujeres, concentradas en su mayoría en actividades de transformación y comercialización. En España, sin embargo, se observa un patrón distinto: el marisqueo a pie y la recogida de algas representan actividades de fuerte participación femenina, especialmente en Galicia, Asturias y algunas zonas del Cantábrico¹⁸.

Pese a los avances en la regulación de los regímenes especiales, el trabajo marítimo tradicional sigue enfrentando altos niveles de informalidad

¹³ Kelsen, H. (1934). Teoría Pura del Derecho. Viena: Franz Deuticke.

¹⁴ Ferrara, A. (2010). Métodos y principios de la investigación jurídica comparada. Barcelona: Tirant lo Blanch.

¹⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 123/2023, de 15 marzo 2023.

¹⁶ Food and Agriculture Organization. The State of World Fisheries and Aquaculture 2022. Roma: FAO.

¹⁷ EC – DG MARE, 2022. EU Blue Economy Report 2022. Brussels: European Commission.

¹⁸ FAO, 2020. Securing sustainable small-scale fisheries: Showcasing applied practices in value chains, post-harvest operations and trade. Rome: FAO.

y precariedad, especialmente en las regiones del sur de Europa. El trabajo por cuenta propia es predominante (casi el 60 % en España), lo que dificulta el acceso a derechos sociales plenos¹⁹.

Los retos identificados en numerosos informes²⁰ incluyen:

- La insuficiencia de medidas de protección frente a enfermedades profesionales.
- La escasa consideración de los factores de género y conciliación familiar.
- La baja digitalización y renovación generacional del sector²¹.

La ambigüedad normativa sobre la compatibilidad entre actividad extractiva y prestaciones sociales

Tabla 1. Empleo en el sector marítimo (UE y España)

Categoría	UE (27 países)	España	Fuente
Empleo total en pesca y acuicultura (2022)	573.000 personas	31.879 personas	Eurostat (2023); MAPA (2023)
% Mujeres (media UE)	27% (concentradas en transformación)	33% (marisqueo y transformación)	Eurostat; FAO (2020)
Formalidad estimada (UE-27)	82%	69%	EC – DG MARE (2022); CCOO (2021)
Trabajo por cuenta propia	48%	58%	DG MARE; MAPA (2022)
Cobertura de protección social	Alta en países nórdicos, baja en Mediterráneo	Baja en marisqueo tradicional	Frangoudes & Pascual-Fernández (2018)

Fuente: Organización Marítima Internacional (OMI)

En España, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar se encuentra regulado en el Texto Refundido de la Ley General

¹⁹ Frangoudes, K. y Pascual-Fernández, J.J., “Women and gender issues in fisheries”. *Abingdon: Routledge*, 2013, 242-243.

²⁰ EC – DG MARE, 2022. *EU Blue Economy Report 2022*. Brussels: European Commission y en el mismo sentido Comisiones Obreras (CCOO), 2021. *Condiciones laborales en el sector pesquero*. Madrid: Fundación 1º de Mayo.

²¹ Carril Vázquez, X.M., “Retos y amenazas para el Trabajo Marítimo-Pesquero en el actual marco regulador de la transición ecológica y digital”, *Anuario de estudios marítimos*, nº. 3, 2024, pp. 233-254.

de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre²²), que adapta las cotizaciones a la estacionalidad y especificidad de la actividad marisquera e incluye tanto las contingencias comunes como profesionales con coeficientes reductores para jubilación anticipada. En Portugal, por el contrario, los mariscadores están integrados en el régimen general de la Seguridad Social desde el Decreto Lei n.º 61/2014, de 23 de abril, que garantiza prestaciones por incapacidad y enfermedad equivalentes al 50 % de la retribución durante 16 semanas²³. Mientras tanto, Francia opta por un modelo histórico de agencia única: el *Établissement National des Invalides de la Marine*, creado por el décret du 17 juin 1938, centraliza la gestión de pensiones, prestaciones por invalidez y cobertura de accidentes de todo el personal marítimo, incluidas las mariscadoras autónomas y asalariadas, asegurando una protección uniforme²⁴.

Por otra parte, en lo relativo al trabajo autónomo, el Real Decreto-ley 13/2022, de 26 de julio²⁵ —convalidado por la Ley 14/2023²⁶— introdujo por primera vez en España un sistema de cotización de los trabajadores por cuenta propia basado en tramos de ingresos reales, sustituyendo el esquema previo de bases fijas mínimas y máximas. Para el colectivo marisquero, caracterizado por ingresos muy variables y estacionales, esta reforma permite ajustar la cotización al volumen efectivo de facturación mensual, evitando cuotas desproporcionadas en meses de escasa actividad y favoreciendo una protección social más alineada con su realidad económica (Además, la “disposición transitoria cuarta” garantiza en 2023 y 2024 el mantenimiento temporal de una base mínima de 960 € para aquellos que hubiesen cotizado por ingresos inferiores, amortiguando el impacto en quienes aún no alcancen el primer tramo de cotización real. El caso de Galicia: el marisqueo a pie como ejemplo de actividad tradicional y sostenibilidad laboral

En Galicia, el marisqueo a pie constituye no solo una actividad económica relevante, sino también un símbolo de identidad cultural y sostenibilidad ambiental. Se trata de una actividad predominantemente femenina, ejercida en zonas intermareales mediante técnicas artesanales, que ha sido históricamente marginada en términos de protección fiscal y laboral²⁷.

Desde 2009, el número de mariscadoras ha descendido un 35 %, acompañado de un progresivo envejecimiento de la población activa y una creciente incorporación de varones, especialmente mayores de 50 años. Esta evolución

²² BOE de 31 de octubre de 2015.

²³ DRP de 23 de abril de 1914.

²⁴ JORF de 17 de junio de 1938.

²⁵ BOE de 27 de julio de 2022.

²⁶ BOE de 28 de septiembre de 2023.

²⁷ López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., 2024. *Avanzando en los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través del marisqueo: mujeres pioneras*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 25.

ha provocado una desfeminización del sector, derivada en parte de la falta de políticas activas de relevo generacional y conciliación ²⁸.

- En el plano fiscal y de seguridad social, destacan múltiples problemáticas:
- Dificultades para acreditar cotizaciones suficientes para la jubilación.
- Supresión de la pensión compensatoria para mariscadoras sin carrera contributiva completa.
- No reconocimiento de dolencias frecuentes (artrosis, reumatismo, lesiones osteomusculares) como enfermedades profesionales, pese a las evidencias empíricas ²⁹.
- Carencias en los instrumentos de adaptación laboral para trabajadoras embarazadas o en periodo de lactancia³⁰.

Todo ello contribuye a una situación de desprotección estructural, que contrasta con el papel clave que desempeñan estas trabajadoras en la conservación de los ecosistemas costeros y en el cumplimiento de objetivos globales como los ODS 5, 8 y 14.

Tabla 2. Evolución del empleo marisquero en Galicia

Año	Mariscadoras registradas	% Hombres en marisqueo	Edad media	Observaciones
2009	3.000	11%	43	Actividad altamente feminizada
2015	2.300	20%	47	Envejecimiento progresivo
2022	1.950	33%	51	Desfeminización y baja renovación generacional

Fuente: Xunta de Galicia.

En la tabla 3, se muestra de forma conjunta un resumen comparativo de los mecanismos clave del Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar aplicables a trabajadores/as del marisqueo y pesca artesanal, especialmente en

²⁸ Xunta De Galicia, Informe sobre la evolución del empleo en el sector del mar. Santiago de Compostela: Consellería do Mar, 2022.

²⁹ Instituto Galego De Seguridade E Saúde Laboral (ISSGA), *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 2012.

³⁰ Santalla, M., *Las enfermedades laborales del marisqueo a pie: una aproximación desde la salud pública*. Revista Gallega de Salud Pública, 13(2), 2011, pp. 56–65.

Galicia, en la cual se incluyen cotizaciones, ayudas históricas y actuales, así como coeficientes reductores³¹ de jubilación, con sus bases jurídicas y algunas observaciones críticas³².

Tabla 3. Resumen: Régimen fiscal y de Seguridad Social aplicable al marisqueo y pesca artesanal en Galicia

Categoría	Descripción	Normativa principal	Observaciones / Comentario crítico
Base mínima de cotización	Aproximadamente 1.260 €/mes (grupo 3 del Régimen Especial del Mar-PREM)	Orden PCM/121/2023	Elevada respecto a ingresos reales en el marisqueo artesanal.
Tipo general de cotización	28,3 % (contingencias comunes) + 1,1 % (formación) + IT/AT según actividad	LGSS; REM (RD 2864/1974)	No adaptado a la estacionalidad ni a jornadas intermitentes.
Bonificación por contratación fija	50–75 % en cuotas empresariales según zonas y colectivos vulnerables	Ley 43/2006; Reforma laboral 2022	Poco aplicable al marisqueo a pie (actividad autónoma en su mayoría).
Prestación por cese de actividad	Sí (similar a paro de autónomos), si se cumplen requisitos	Ley 32/2010; Real Decreto 1541/2011	Poca cobertura en la práctica. Desconocimiento y difícil acceso.
Pensión compensatoria (eliminada)	557 €/mes para mujeres sin pensión contributiva (retirada en 2022)	Programa Xunta (2007–2022)	Eliminación genera fuerte impacto en mujeres mayores.

³¹ Real Decreto 1311/2007, de 5 de octubre, por el que se establecen nuevos criterios para determinar la pensión de jubilación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar. (BOE 24 de octubre de 2007).

³² García Viña, J., Jubilación de trabajadores migrantes, trabajadores del mar, trabajadores del campo, discapacitados y otros colectivos particulares, Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 1, 2019, pp. 391-410.

Suspensión temporal por conciliación	Hasta 3 años por cuidado de hijos o familiares, con reserva del permiso	Orden 30/12/2015; Estatuto del Marisqueo	Requiere cotización activa previa y condiciones exigentes.
Coefficiente reductor jubilación	Reducción de 1 mes por año trabajado (coef. 0,10) en marisqueo	RD 2390/2004; RD 1311/2007	Requiere acreditación continua. No aplicable a mujeres sin cotización.
Reconocimiento de enfermedades profesionales	Muy limitado (no se reconocen muchas dolencias habituales del marisqueo)	RD 1299/2006; Anexo I	Artrosis, reumatismos, etc., no figuran. Aumenta litigiosidad.

Fuente: Xunta de Galicia. NOTAS: a) Muchas ayudas y bonificaciones han sido diseñadas para pesca embarcada, no para el marisqueo a pie, b) El acceso efectivo a la protección social está limitado por la alta estacionalidad, la informalidad histórica del sector y las lagunas contributivas.

En lo relativo a la dimensión económica y a la dinámica de precios, el mercado del marisco en España se caracteriza por una marcada estacionalidad de precios, estrechamente ligada a las vedas y al ciclo biológico de cada especie. Durante los meses tradicionalmente ‘sin r’ (mayo - agosto), el precio medio de productos como centollo o nécora puede aumentar hasta un 30 % respecto a la temporada alta de otoño-invierno, debido a la escasez de capturas y a los mayores costes logísticos de conservación (Pérez, El País, 2023). Esta variabilidad afecta directamente a la capacidad de cotización de los mariscadores, cuyos ingresos mensuales fluctuantes dificultan el pago de cuotas fijas elevadas. Según la FAO, el consumo per cápita de pescado y marisco en España supera los 25 kg anuales, pero el desembolso medio en frescos varía entre 1.800 € y 2.600 € por hogar según la comunidad autónoma, lo que refleja también diferencias regionales de poder adquisitivo y demanda (FAO, 2022). Para armonizar la protección social con estas oscilaciones, resulta esencial incorporar modelos de cotización que contemplen no solo la estacionalidad productiva, sino también picos y valles de

precios en el mercado, garantizando una base de cotización adaptable que evite cargas desproporcionadas en los periodos de bajos ingresos.

3. EL MARCO FISCAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO MARÍTIMO ARTESANAL Y LA INFORMALIDAD

Antes de analizar el marco fiscal hemos de analizar la informalidad que el trabajo del marisqueo padece como una enfermedad crónica motivada por los trabajadores furtivos por un lado o de la ambición de obtener mayores ganancias por parte de otros.

A pesar de que la Recomendación 204 de la OIT (2015) proporciona un marco exhaustivo para la formalización del trabajo informal -incluyendo principios para adaptar las contribuciones según la capacidad de pago y fomentar incentivos fiscales-, su trasposición a España ha carecido de medidas sectoriales específicas que atiendan la dispersión geográfica y la estacionalidad propia del marisqueo. Los artículos 19 y 20 de R204 insisten en ‘adaptar los procedimientos administrativos, las prestaciones y las contribuciones, teniendo en cuenta la capacidad contributiva’, pero en la práctica las inspecciones laborales se centran en los grandes puertos y las cofradías más organizadas, dejando fuera a las mariscadoras autónomas que trabajan a pie de costa (OIT, 2015). Esta desconexión entre la norma internacional y su aplicación explica por qué, pese a la contundencia de las directrices de la OIT, el sector continúa con altos niveles de economía sumergida.

“En el plano comunitario, la Recomendación (UE) 2019/1115 sobre acceso a la protección social para trabajadores y autónomos establece que ‘la cobertura formal, efectiva, adecuada y transparente’ debe garantizarse ‘sin discriminación por tipo o duración del contrato’ (art. 2). No obstante, la falta de adaptación de la normativa española a los criterios de la UE—especialmente en lo relativo a la flexibilidad de cuotas en función de ingresos reales—ha llevado a que los mariscadores queden fuera de ciertos beneficios contemplados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, como la extensión voluntaria de cotización a contingencias de desempleo o maternidad. Esta carencia normativa interviene directamente en la perpetuación del empleo no declarado al no ofrecer alternativas atractivas frente a las cuotas fijas elevadas

Así, haciendo un análisis histórico, la (OIT) lleva analizando el concepto de informalidad desde la década de 1970³³. A partir de este momento la economía informal ha sido objeto de numerosos estudios y debates de política, y la

³³ En 1972 una misión de la OIT sobre el empleo en Kenya analizó por primera vez las actividades económicas fuera de la economía formal utilizando el término “sector informal”, acuñado por el economista Keith Hart en su estudio anterior sobre las actividades económicas en Ghana.

comprensión de sus dimensiones ha evolucionado considerablemente desde la limitada terminología inicial de “sector informal” a “economía informal”. Las teorías que la consideraban un fenómeno temporal que desaparecería con el desarrollo económico han dejado lugar a opiniones más acordes al comprobar que su crecimiento y persistencia en los países en desarrollo, e incluso en países desarrollados. La Resolución de la Conferencia Internacional del Trabajo de 2002 sobre el trabajo decente y la economía informal marcó un hito en el análisis, brindando un marco que reconocía la diversidad y heterogeneidad de los actores y las actividades de la economía informal y ampliando la comprensión de sus parámetros. Estableció que la informalidad se registraba en una amplia gama de sectores y, aún más importante, también incluía el trabajo ocasional y el precario dentro de la economía formal³⁴.

La OIT reunió, del 27 al 29 de noviembre de 2007 en Ginebra, a unos 50 representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores, además de especialistas e instituciones, expertos e investigadores, países donantes y representantes de organizaciones internacionales y regionales del sistema de las Naciones Unidas, para debatir sobre la economía informal: hacer posible la transición al sector formal. El debate mostró que, si bien el sector informal gana terreno y sigue planteando un importante desafío al desarrollo, numerosos países buscan nuevas políticas, soluciones innovadoras y respuestas prácticas, a fin de fomentar el trabajo decente para una proporción considerable de la población activa. Señala que “en los comienzos del siglo XXI la mayor parte de la población activa del mundo gana su sustento en las condiciones de vulnerabilidad e inseguridad de la economía informal. Se estima que aproximadamente el 86.2% de los trabajadores en actividades pesqueras están en la informalidad. Esto significa que la mayoría de los pescadores y trabajadores en el sector pesquero no tienen acceso a derechos laborales ni a una cobertura integral de protección social. Las mujeres, los jóvenes, las personas de edad, las minorías, los trabajadores migrantes, los indígenas y los pueblos tribales están desproporcionadamente representados. La economía informal comprende principalmente actividades de pequeña escala en los sectores tradicionales de la economía, pero también una parte de las nuevas estrategias de producción y de las modalidades de empleo en curso de transformación de la economía mundial. En numerosas partes del mundo, la mayoría de los nuevos empleos creados son informales, tanto el trabajo por cuenta propia como el asalariado. El carácter de informal no disminuye forzosamente con el crecimiento económico; en varios países aumenta la informalidad pese a los buenos

³⁴ Organización Internacional del Trabajo, *La Economía Informal y el Trabajo Decente*, 2013, 2-4.

resultados económicos”³⁵. En el sector que nos ocupa y a pesar que ha disminuido notablemente la participación femenina no ha disminuido la informalidad.

La Recomendación de la OIT sobre los pisos de protección social del 2012, (núm. 202), es una herramienta para poder pasar del empleo informal al empleo formal. En ella se reafirma el derecho a la seguridad social como un derecho humano y que es, junto con la promoción del empleo, una necesidad económica y social para el desarrollo y el progreso. Esta es una herramienta importante para prevenir y reducir la pobreza, la desigualdad, la exclusión social y la inseguridad social, para promover la igualdad de oportunidades, la igualdad de género, la igualdad racial y para apoyar la transición del empleo informal al empleo formal. Considera que la seguridad social es una inversión en las personas que potencia su capacidad para adaptarse a los cambios de la economía y del mercado de trabajo, y que los sistemas de seguridad social actúan como estabilizadores sociales y económicos automáticos, ayudan a estimular la demanda agregada en tiempos de crisis y en las etapas posteriores, y ayudan a facilitar la transición hacia una economía más sostenible. Algo que en este sector se va consiguiendo lentamente mientras la dureza del sector y la esquilma de los viveros hace que los trabajadores vayan disminuyendo³⁶. Considera la Recomendación que la priorización de políticas destinadas a promover un crecimiento sostenible a largo plazo, asociadas a la inclusión social, contribuye a superar la pobreza extrema y a reducir las desigualdades y diferencias sociales dentro de las regiones y entre ellas. Reconociendo que la transición al empleo formal y el establecimiento de sistemas de seguridad social sostenibles se refuerzan mutuamente³⁷.

Entre los principios que plantea la recomendación están: e) La inclusión social, en particular, la de las personas que trabajan en la economía informal. Y entre las estrategias están: Las estrategias de extensión de la seguridad social, que deberían aplicarse a las personas que forman parte tanto de la economía formal como de la economía informal, apoyar el crecimiento del empleo formal y la reducción de la informalidad, ser compatibles con los planes de desarrollo social, económico y medioambiental de los Miembros y facilitar su puesta en práctica.

El sector del marisqueo y concretamente las mariscadoras han representado claramente la precariedad de los trabajos realizados por mujeres, aunque la profesionalización y el reconocimiento de derechos ha sido importante este

³⁵ Organización Internacional del Trabajo, La economía informal: hacer posible la transición al sector formal. Coloquio interregional tripartito sobre la economía informal: hacer posible la transición al sector formal. OIT Ginebra, 27 a 29 de noviembre de 2007. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/meetingdocument/wcms_125491.pdf

³⁶ Perrier, M., “La pesca sostenible, un concepto que se está agotando”, *Alternativas económicas*, nº. 132 (febrero), 2025, pp. 60-61.

³⁷ Preámbulo de la Recomendación 202 del 2012 de la OIT.

no ha reunido las condiciones necesarias para que las nuevas generaciones quieran continuar en esta actividad³⁸. Para la Recomendación la ampliación de la Protección Social es de vital importancia y por tanto ha de ser extendida a la economía informal, dado que la falta de esta prestación produce exclusión social y pobreza³⁹. Esta recomendación busca fortalecer los marcos legales nacionales para promover la protección social universal, promoviendo la igualdad y la justicia social⁴⁰.

Siguiendo en la lucha por un trabajo digno y formal se estableció la Recomendación OIT 204 de 2015, sobre la transición de la economía informal a la economía formal⁴¹. En ella se trata el trabajo informal como obstáculo para o trabajo decente. Más que una norma, es un documento político y de buena gobernanza. Reconoce que “existe una alta incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, representa un importante obstáculo para los derechos de los trabajadores, con inclusión de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como para la protección social, las condiciones de trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los gobiernos, en particular por lo que se refiere a las políticas económicas, sociales y ambientales, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales”⁴².

Se señala, que la mayoría de las personas que se incorporan a la economía informal no lo hacen por elección, sino como consecuencia de la falta de oportunidades en la economía formal y por carecer de otros medios de sustento; señalando que el trabajo informal lleva consigo denegación de los derechos en el trabajo, falta de suficientes oportunidades de empleo de calidad, una protección social inadecuada y la ausencia de diálogo social. Es una clara manifestación del trabajo en el sector del marisqueo en el que la precariedad es una realidad y la falta de sindicación es evidente. Se reconoce también, que la informalidad obedece a múltiples causas, incluidas las cuestiones estructurales y de gobernanza, y que, en un contexto de diálogo social, las políticas públicas pueden acelerar el proceso de transición a la economía formal. Afirmando que la transición de la economía

³⁸ Martínez García, P., “Democratizando el mar con perspectiva de género. El proceso de profesionalización de las mariscado a pío en Galicia”, *Política y Sociedad*, (Madr.)54(2) 2017, pp. 379-385.

³⁹ Dodera, J.L., “Protección de los niveles sociales y Recomendación de la OIT”, N° 202, DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1857>, *Revista de Derecho* N. 20 (2-2019), pp. 11-24.

⁴⁰ García, M., “La protección social en la agenda internacional: Análisis de la Recomendación OIT núm. 202”, *Revista de Derecho Social*, 2014 22(3), pp. 45-60.

⁴¹ Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal, 204, adoptada por la Conferencia en su 104.ª reunión, el 12 de junio de 2015 en Ginebra.

⁴² Preámbulo de la Recomendación 204, de la OIT.

informal a la economía formal es esencial para alcanzar un desarrollo incluyente y hacer efectivo el trabajo decente para todos. Reconociendo que las organizaciones de empleadores y de trabajadores desempeñan una función importante y activa en la facilitación de la transición de la economía informal a la economía formal⁴³. La Recomendación impulsa a los países a revisar y adaptar sus marcos legales para proteger mejor a los trabajadores informales y facilitar su integración en la economía formal, asegurando el respeto a los derechos laborales y sociales. la Recomendación 204 busca que las normas jurídicas sean instrumentos efectivos para promover la protección de los derechos laborales y sociales, facilitando la transición de la economía informal a la formalidad de manera que se respeten y promuevan los derechos humanos y laborales de todos los trabajadores⁴⁴. El reconocimiento de los derechos a los trabajadores informales del mar acabaría con una lacra importante como es la del furtivismo. Al mismo tiempo que mejoraría las condiciones de trabajo de todo el personal que se dedica a esta actividad.

Las últimas reformas laborales producidas por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo⁴⁵, inspiradas en la máxima de acabar con la precariedad laboral no han ayudado a conseguir la transición a la economía formal, dado que no han podido evitar a los trabajadores el despido o la inseguridad laboral, especialmente en un mercado cada vez más flexible. También, la incapacidad de las instituciones legales en hacer cumplir las obligaciones y las normas legales y la mentalidad del máximo beneficio. Por otra parte, la realidad del mercado de trabajo actual en el que se entremezclan situaciones de diferentes sensibilidades como la migración, autoempleo por reducidas oportunidades de trabajo formal; bajos capitales y pocos requisitos de capacitación; manejo de grandes cantidades de efectivo que la hace vulnerable y de alto riesgo para el lavado de dinero por actividades ilícitas; actividad lícita e igualmente no registrada, o parcialmente, en las cuentas nacionales y el sistema

⁴³ Monereo Pérez, J.L., Perán Quesada, S., “La OIT y el trabajo informal la recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal”, en *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, / José Luis Monereo Pérez (dir.), Salvador Perán Quesada (dir.), 2016, pp. 3-26.

⁴⁴ Martín, M., “Trabajo informal y políticas públicas en España”. *Cuadernos de Estudios Laborales*, 2014 8(1), pp. 89-10

⁴⁵ BOE de 21 de diciembre de 2021.

fiscal; el cálculo del PIB no contiene los datos informales de la economía y es una actividad carente de reglamentación o bien por exceso de reglamentación⁴⁶

Si bien el fenómeno de la economía informal es político y económico, no depende únicamente del Gobierno sino de la misma organización de las personas en la sociedad. Sostener la economía actual, implica la ayuda de todos para poder estar en la formalidad de buena forma⁴⁷.

El marco jurídico que regula la fiscalidad y la protección social del trabajo marítimo en España se articula principalmente a través de la Ley/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero⁴⁸, Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar (REM). Este régimen, aunque históricamente concebido para actividades de pesca embarcada, se ha extendido también a formas de trabajo artesanal como el marisqueo a pie⁴⁹. Sin embargo, múltiples estudios han advertido de las limitaciones estructurales que presenta este sistema cuando se aplica a colectivos de trabajadoras no asalariadas, con trayectorias laborales irregulares y baja capacidad contributiva⁵⁰.

En términos fiscales, las bases mínimas de cotización y los tipos aplicables resultan desproporcionados para la realidad económica del marisqueo, especialmente en temporadas de baja actividad o cuando el marisco no alcanza precios competitivos. Por ejemplo, la base mínima en el grupo 3 del REM para autónomos ronda los 1.260 euros mensuales, una cifra alejada de los ingresos medios reales declarados en muchas agrupaciones de mariscadoras⁵¹. Esta situación favorece la persistencia de situaciones de subdeclaración, intermitencia contributiva o

⁴⁶ Martínez Prats, G., Silva Hernández, F.; Juárez Domínguez, A. “Economía informal: Descripción conceptual y mirada al contexto mexicano”, *Telos: revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 24 (2), Venezuela. 2022, pp. 256-271. DOI: www.doi.org/10.36390/telos242.04

⁴⁷ Hayter, S. (2015). “Introducción: El futuro incierto de las relaciones laborales”, *Revista Internacional del Trabajo*, 134(1), pp. 1-4. <https://doi.org/10.1111/j.1564-9148.2015.00229>.

⁴⁸ BOE de 1 de noviembre de 2015.

⁴⁹ Fotinopoulou Basurko, O., “Una Exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social el régimen especial de los trabajadores del mar”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº extra 4, 2026, p. 99.

⁵⁰ ISGGSA, 2012. *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia. En este sentido a López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., 2024. *Avanzando en los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través del marisqueo: mujeres pioneras*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 85-100.

⁵¹ Xunta de Galicia, 2022. Informe sobre la evolución del empleo en el sector del mar. Santiago de Compostela: Consellería do Mar.

abandono del régimen. En la tabla 3 resume los elementos clave del régimen fiscal y de protección social del marisqueo artesanal.

Uno de los puntos más críticos identificados en la literatura es la insuficiente cobertura del REM en materia de enfermedades profesionales. Aunque se han documentado dolencias frecuentes como la artrosis, las lumbalgias, el reumatismo o incluso el síndrome del túnel carpiano, ninguna de ellas se encuentra reconocida específicamente como enfermedad profesional en el Anexo I del Real Decreto 1299/2006, salvo menciones genéricas a la exposición a condiciones físicas adversas ⁵². Esta omisión implica que muchas trabajadoras no puedan acceder a prestaciones especiales o reconocimientos por incapacidad derivada del trabajo, lo que constituye una clara infracción del principio de adecuación entre actividad y protección.

En el ámbito de la jubilación anticipada, se ha avanzado con la introducción del coeficiente reductor del 0,10 para actividades marisqueras, mediante el Real Decreto 1311/2007. Este permite reducir un mes por cada año cotizado, pero solo se aplica si se acredita formalmente el trabajo continuo mediante permisos en vigor (PERMEX), lo cual excluye de facto a muchas trabajadoras con lagunas contributivas o trayectorias discontinuas. A ello se suma la eliminación, en 2022, de la pensión compensatoria de 557 euros mensuales que la Xunta de Galicia ofrecía a mujeres sin derecho a pensión contributiva. Dicha ayuda fue clave para paliar la exclusión derivada de haber trabajado durante décadas sin cotización obligatoria, especialmente antes del año 2000 ⁵³, en prensa).

En términos de conciliación y derechos sociales, existen mecanismos como la suspensión temporal del permiso de explotación por cuidado de hijos o familiares, así como medidas específicas para víctimas de violencia de género. No obstante, la aplicación práctica de estas medidas es limitada, por la falta de información, trámites complejos y condiciones restrictivas como la antigüedad

⁵² ISGGSA, 2012. *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia. En este sentido, a Santalla, M., 2011. *Las enfermedades laborales del marisqueo a pie: una aproximación desde la salud pública*. *Revista Gallega de Salud Pública*, 13(2), pp. 56–65.

⁵³ López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., 2025 (en prensa). *Fiscalidad, empleo informal y sostenibilidad laboral en el marisqueo gallego*. *Anuario de Estudios Marítimos*, vol. 4.

mínima en el permiso o estar al corriente de las cuotas sociales, Orden 30/12/2015; Estatuto del Marisqueo⁵⁴.

Por tanto, se puede concluir que el actual marco fiscal y de seguridad social:

- No responde adecuadamente a la realidad económica del marisqueo artesanal, siendo fiscalmente regresivo en relación con los ingresos reales.
- Genera exclusiones estructurales, especialmente para mujeres mayores, autónomas o con trayectorias interrumpidas.
- Carece de adaptación al trabajo femenino y a los cuidados, contradiciendo los principios de igualdad sustantiva y trabajo digno recogidos en la Agenda 2030 y el Pilar Europeo de Derechos Sociales.

4. PROBLEMAS DE SALUD Y FISCALIDAD DEL RIESGO EN EL TRABAJO MARÍTIMO ARTESANAL

El trabajo en el marisqueo a pie se desarrolla en entornos de alto riesgo físico y biológico, caracterizados por una exposición prolongada a condiciones adversas: agua fría, humedad constante, posturas forzadas, manipulación de peso, contacto con agentes contaminantes y riesgo de lesiones osteoarticulares. Diversos estudios han documentado una alta prevalencia de enfermedades profesionales no reconocidas, como artrosis, lumbalgias crónicas, tendinitis, dermatitis y alteraciones respiratorias⁵⁵.

A pesar de esta evidencia, el actual cuadro oficial de enfermedades profesionales recogido en el Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro⁵⁶, no contempla específicamente muchas de estas patologías asociadas al marisqueo artesanal. Esta omisión implica que las trabajadoras afectadas no acceden a coberturas específicas, ni pueden beneficiarse de las prestaciones más favorables ligadas al reconocimiento de contingencias profesionales (como la exención de copago

⁵⁴ DOGA de 12 de diciembre de 2015.

⁵⁵ ISGGSA, 2012. *Salude laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia. En este sentido, Santalla, M., 2011. *Las enfermedades laborales del marisqueo a pie: una aproximación desde la salud pública*. *Revista Gallega de Salud Pública*, 13(2), pp. 56–65. También, Alló, M. y Loureiro, M.L., “The role of women in the provision of ecosystem services in marine environments”, *Ecological Economics*, 2017, 134, pp. 49–60.

⁵⁶ BOE de 19 de diciembre de 2006.

sanitario, la mejora en la cuantía de las incapacidades o la cotización especial durante la baja).

Además, existe una clara invisibilidad de las enfermedades con sesgo de género. Las dolencias derivadas de trabajos repetitivos en condiciones extremas suelen quedar desatendidas en sectores feminizados, mientras que en ocupaciones masculinizadas similares (como la pesca embarcada) se reconocen con mayor facilidad patologías musculoesqueléticas o cardiovasculares ⁵⁷.

Desde una perspectiva fiscal, esta situación refleja una falla en el tratamiento del riesgo laboral como hecho imponible diferenciado, lo que genera:

- Infravaloración del coste real del trabajo en sectores de riesgo físico elevado.
- Inequidad horizontal entre trabajadores del mismo régimen, pero con realidades dispares.
- Desincentivo a la formalización, al no reflejarse en bonificaciones o deducciones fiscales específicas por condiciones de trabajo penoso o peligroso.

Este desfase se agrava cuando se observa la ausencia de bonificaciones fiscales o cotizaciones reducidas para mujeres en edad fértil o con cargas familiares. A pesar de existir normativas generales sobre igualdad y conciliación, su traslación efectiva al trabajo marítimo artesanal ha sido escasa o inexistente ⁵⁸.

Por otra parte, la inexistencia de un sistema de adaptación del puesto de trabajo, tanto por motivos de salud como de edad avanzada, conduce a una salida forzosa del sector sin prestaciones adecuadas. Ya que, se incumple lo regulado en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales⁵⁹, que obliga al empresario a desarrollar “una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y dispondrá lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención señaladas en el párrafo anterior a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan en la realización del trabajo”⁶⁰. A pesar de que, la norma reconoce obligaciones y responsabilidades administrativas, penales y a las civiles por los daños y

⁵⁷ Frangoudes, K. y Pascual-Fernández, J.J., “Women and gender issues in fisheries”. *Abingdon: Routledge*, 2013, pp. 250-254.

⁵⁸ MAPA (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), 2023. Informe Anual de Pesca y Acuicultura. Madrid: Gobierno de España.

⁵⁹ BOE de 10 de febrero de 1995.

⁶⁰ Art.14.2.

perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento”⁶¹. Las mariscadoras mayores de 60 años que no han cotizado de forma regular no pueden acceder ni a pensión contributiva, ni a ayudas asistenciales desde la supresión del programa de la Xunta de Galicia en 2022 ⁶².

En este contexto, la fiscalidad del riesgo se presenta como un campo inexplorado pero crucial para avanzar hacia un modelo más justo y sostenible de protección social en el mar. Incorporar variables como la exposición acumulada, la penuria, el desgaste físico y el valor social del trabajo ecosistémico permitiría rediseñar bonificaciones, coeficientes reductores y ayudas adaptadas a las trayectorias laborales reales del marisqueo.

Un resumen de lo explicado en párrafos anteriores se muestra en la tabla 4 y en la imagen 1.

Tabla 4. Relación entre tipo de riesgo y situaciones reales.

Tipo de riesgo	Evidencia empírica	Reconocimiento legal actual	Impacto en la cobertura
Artrosis, lesiones musculares	Alta incidencia en marisqueo (ISSGA, 2012)	No reconocidas en RD 1299/2006	No acceso a incapacidad profesional
Exposición al frío y humedad	Constante, ligada al medio natural	Sí (de forma genérica, sin especificidad)	Cobertura ambigua y litigiosa
Riesgos en embarazo/lactancia	Elevado riesgo postural y físico documentado	No existen medidas específicas en el REM	Baja aplicación de adaptación de puesto
Envejecimiento prematuro	Edad media creciente (>51 años)	Coeficiente reductor limitado y restrictivo	Jubilación anticipada poco accesible
Conciliación/cuidado familiar	Alta carga femenina y cuidado no remunerado	Suspensión del PERMEX sin ingresos garantizados	Riesgo de abandono de la actividad

Fuente: ISSGA.

Imagen 1. Riesgos físicos reales y respuestas normativas
Fte. ISSGA. Elaboración propia

⁶¹ Art.42.
⁶² López-Arranz, M.A., Picatoste, X. y González-Laxe, F., 2025 (en prensa). *Fiscalidad, empleo informal y sostenibilidad laboral en el marisqueo gallego*. Anuario de Estudios Marítimos, vol. 4.

5. FORMALIZACIÓN, EQUITAD Y PROPUESTAS DE REFORMA EN EL TRABAJO MARÍTIMO TRADICIONAL

La persistencia de elevados niveles de informalidad y desprotección en el trabajo marítimo artesanal —especialmente en el marisqueo a pie— plantea un desafío estructural para las políticas públicas. Aunque el Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar (REM) ha proporcionado avances notables en términos de cobertura, su diseño actual no se ajusta adecuadamente a las realidades económicas, biográficas y de género de buena parte de las trabajadoras del sector.

Desde una perspectiva jurídico-económica, es posible identificar tres ejes de actuación estratégica que permitirían avanzar simultáneamente en formalización, equidad y sostenibilidad contributiva:

5.1. Adaptación de las bases de cotización y bonificaciones fiscales según ingresos reales

- Propuesta: establecer tramos de cotización progresivos adaptados al rendimiento económico real del marisqueo (modelo similar al aprobado en el RETA desde 2023).
- Justificación: esto permitiría reducir el coste de entrada al sistema para trabajadoras con ingresos bajos o intermitentes, mejorando la inclusión contributiva sin comprometer la sostenibilidad financiera.
- Complementariamente, se recomienda revisar el régimen de bonificaciones fiscales para actividades pesqueras sostenibles y socialmente inclusivas, priorizando aquellas con fuerte componente femenino y de proximidad territorial⁶³.

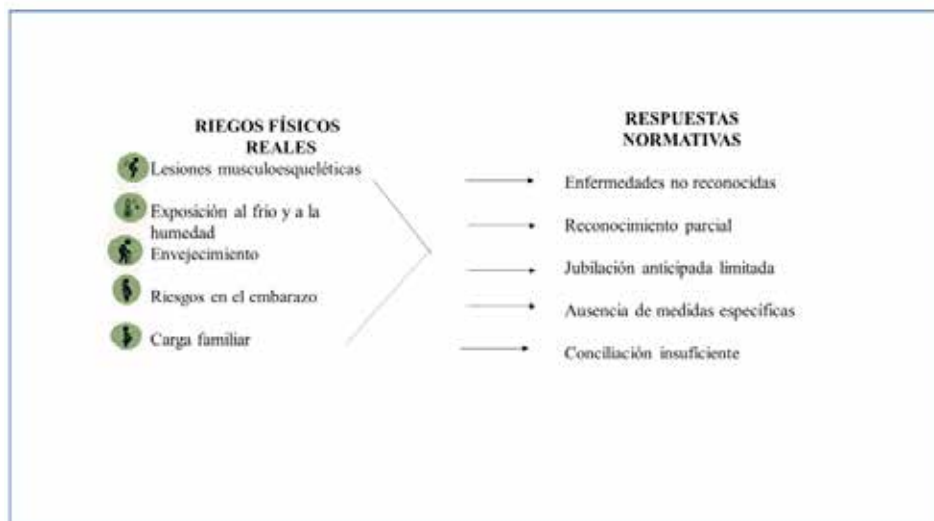
5.2. Reforma del reconocimiento de contingencias profesionales

- Propuesta: actualizar el cuadro de enfermedades profesionales RD 1299/2006, para incluir dolencias prevalentes en el marisqueo a pie,

⁶³ Vázquez Rodríguez, M.X., Dolores Garza Gil, M.D., Varela Lafuente, M.M., “Factores ambientales e institucionales en la gestión económica sostenible en el medio marino, El caso de la acuicultura y el marisqueo en Galicia”, *Anuario de estudios marítimos*, nº. 1, 2022, pp. 211-230.

como artrosis, tendinitis, lumbalgias o lesiones osteomusculares derivadas de posturas forzadas.

- Justificación: existen evidencias suficientes, tanto clínicas como epidemiológicas, para reconocer el impacto del entorno físico sobre la salud de estas trabajadoras⁶⁴.



- Además, se propone incorporar criterios de género y edad en la evaluación del riesgo profesional, con medidas específicas para el embarazo y la lactancia.

5.3. Recuperación e institucionalización de ayudas transitorias compensatorias

- Propuesta: restablecer ayudas asistenciales específicas para trabajadoras del mar que no cumplen los requisitos de pensión contributiva, pero

⁶⁴ ISGGSA, 2012. *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia. En el mismo sentido, a Santalla, M., 2011. *Las enfermedades laborales del marisqueo a pie: una aproximación desde la salud pública*. *Revista Gallega de Salud Pública*, 13(2), pp. 56–65.

han desarrollado actividad prolongada sin cobertura, como el programa eliminado en Galicia en 2022.

- Justificación: este tipo de ayudas funciona como mecanismo de justicia transicional, reconociendo el déficit estructural de derechos en generaciones que trabajaron en condiciones de invisibilidad jurídica.
- Se sugiere que esta medida sea cofinanciada entre comunidades autónomas y Estado, y vinculada a criterios de sostenibilidad, formación o relevo generacional.

5.4 Rediseño de los mecanismos de conciliación y transición laboral

- Propuesta: introducir un sistema de suspensión del permiso de explotación con prestación económica garantizada (similar al subsidio por cuidado de menores), así como programas de adaptación progresiva del puesto para trabajadoras mayores.
- Justificación: actualmente, la conciliación implica en muchos casos la salida definitiva del sector, lo que contribuye a su desfeminización y envejecimiento.
- Estas medidas deberían incluir itinerarios personalizados de transición laboral, especialmente para mujeres próximas a la jubilación o con dificultades de salud.

5.5. Promoción de incentivos fiscales verdes y sociales condicionados

- Propuesta: diseñar bonificaciones fiscales por sostenibilidad que se apliquen a colectivos que acrediten prácticas respetuosas con el medio marino, criterios de equidad de género y cumplimiento de obligaciones fiscales y laborales.
- Justificación: integrar las externalidades positivas del trabajo marisquero artesanal —conservación de ecosistemas, transmisión de saberes, cohesión social— en el diseño de beneficios fiscales permitiría reequilibrar el sistema.
- Estas bonificaciones podrían vincularse a indicadores medibles, como certificaciones ambientales, participación en cofradías mixtas o permanencia en la actividad.

Por todo lo anterior, el enfoque tradicional de la fiscalidad laboral, semeja estar centrado exclusivamente en la productividad económica, lo cual resulta insuficiente para valorar adecuadamente las actividades de carácter reproductivo, cultural y ambiental, como el marisqueo a pie. Es necesario avanzar hacia un

modelo de protección social que reconozca no solo el trabajo visible y cuantificable, sino también el valor social del cuidado del mar, la cohesión comunitaria y la resiliencia territorial⁶⁵.

Las propuestas aquí planteadas no implican un coste fiscal inasumible, sino una redistribución más equitativa y racional de los recursos existentes, con foco en la eficiencia social. Aplicadas de manera gradual y acompañadas de mecanismos de evaluación, podrían contribuir de forma significativa a dignificar el trabajo marítimo artesanal y reducir su brecha histórica de protección.

6. CONCLUSIONES

6.1. El trabajo marítimo artesanal exige una revisión profunda del marco fiscal y de protección social

El análisis desarrollado en este artículo evidencia una realidad estructural: el actual diseño normativo del Régimen Especial de la Seguridad Social del Mar y del sistema fiscal vinculado al trabajo marítimo no se ajusta a las condiciones reales del marisqueo artesanal, especialmente en comunidades como Galicia. Lejos de promover la formalización y la equidad, los mecanismos vigentes reproducen desigualdades históricas y generan exclusiones sistemáticas, que afectan con mayor intensidad a colectivos vulnerables, como las mujeres mayores, los trabajadores autónomos intermitentes o quienes desarrollan su actividad en zonas rurales costeras.

La base contributiva mínima exigida, los tipos de cotización elevados, el escaso reconocimiento de enfermedades profesionales y la eliminación de ayudas transitorias han contribuido a la invisibilidad contributiva de una parte significativa del trabajo en el mar. En paralelo, la ausencia de un enfoque de género en el diseño de políticas fiscales y laborales ha impedido adaptar la protección social a las trayectorias reales de mujeres que, durante décadas, han contribuido de forma decisiva a la sostenibilidad del ecosistema costero sin recibir reconocimiento jurídico ni económico suficiente.

6.2. El desfase entre riesgo real y cobertura institucional mina la sostenibilidad del sistema

Uno de los hallazgos centrales de este estudio es el desajuste entre los riesgos físicos, sanitarios y biográficos del marisqueo a pie y las respuestas normativas vigentes. La exclusión de enfermedades claramente relacionadas con la actividad, como lesiones musculoesqueléticas o patologías derivadas del frío y la humedad,

⁶⁵ Rodríguez Rodríguez, G., La miticultura gallega desde la perspectiva de la Economía Social, Revista Galega de Economía, vol. 12:1 2003, pp. 1-15.

no solo vulnera el principio de adecuación prestacional, sino que incrementa la litigiosidad y desalienta la formalización.

Del mismo modo, la ausencia de mecanismos de adaptación del puesto de trabajo o de transición laboral para personas mayores o con cargas familiares obliga a muchas trabajadoras a abandonar la actividad de forma anticipada, sin acceso a derechos básicos. Esta situación no solo afecta a las personas directamente implicadas, sino que compromete el relevo generacional y la viabilidad futura de una actividad clave para la economía azul, la seguridad alimentaria y el desarrollo territorial.

6.3. Hacia una fiscalidad del mar que internalice valor social y ambiental

Frente a este diagnóstico, el artículo propone avanzar hacia una fiscalidad del mar que internalice las externalidades positivas del trabajo artesanal: su función en la conservación de los ecosistemas litorales, su papel en la transmisión de conocimientos sostenibles, y su contribución a la cohesión comunitaria y a la economía de los cuidados.

Este nuevo enfoque requiere revisar los instrumentos fiscales y de seguridad social con criterios de justicia intergeneracional, equidad de género y eficiencia social. Entre las medidas propuestas se incluyen: la progresividad de las cotizaciones, la actualización del cuadro de enfermedades profesionales, el restablecimiento de ayudas compensatorias para colectivos invisibilizados, y la creación de incentivos fiscales verdes y sociales vinculados al cumplimiento de objetivos sostenibles.

6.4. Implicaciones jurídicas y de política pública

- Desde el punto de vista jurídico, es necesario replantear los principios rectores del REM para garantizar su coherencia con:
- El principio de igualdad sustantiva recogido en el artículo 14 de la Constitución Española y desarrollado en leyes de igualdad efectiva.
- El derecho a la protección social y a condiciones laborales equitativas enunciado por el Pilar Europeo de Derechos Sociales.
- Los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en particular los ODS 5 (igualdad de género), 8 (trabajo decente) y 14 (vida submarina).

Este proceso exige una reforma normativa participada, que incorpore la voz de las trabajadoras del mar, las cofradías locales, las administraciones autonómicas y las instituciones de seguridad social. Solo así podrá garantizarse un

sistema justo, adaptable y eficaz, que reconozca la pluralidad del trabajo en el mar y contribuya a la resiliencia socioecológica de las comunidades costeras.

6.5. Líneas futuras de investigación y acción institucional

Este trabajo invita también a abrir nuevas líneas de análisis, que incluyan:

- La evaluación de impacto fiscal y social de los regímenes especiales, con indicadores desagregados por género, edad y territorio.
- El análisis comparado entre países de la UE respecto a la protección del trabajo costero y artesanal.
- El diseño de mecanismos innovadores de cotización parcial, adaptativa o contributiva en especie, como formas de reconocer el valor no monetizado del trabajo ambiental.

En definitiva, la transformación del régimen fiscal y de seguridad social del trabajo marítimo artesanal no es únicamente un imperativo jurídico, sino una condición necesaria para una economía marítima justa, sostenible y centrada en las personas.

Referencias

ALLÓ, M. y LOUREIRO, M.L., “The role of women in the provision of ecosystem services in marine environments”, *Ecological Economics*, 134, 2017.

BORREGUERO M., “Mujeres mariscadoras: identidad y economía de subsistencia en una iniciativa turística que busca certificar LA RSE”, *Estudios Turísticos*, n.º 211-212 (1er y 2º T 2017).

CARRIL VÁZQUEZ, X.M., “Retos y amenazas para el Trabajo Marítimo-Pesquero en el actual marco regulador de la transición ecológica y digital”, *Anuario de estudios marítimos*, n.º. 3, 2024.

COMISIONES OBRERAS (CCOO), 2021. Condiciones laborales en el sector pesquero. Madrid: Fundación 1º de Mayo.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, Council Recommendation (EU) 2019/1115 on access to social protection for workers and the self-employed. Official Journal of the European Union C 387/5, 15 November 2019.

DODERA, J.L., Protección de los niveles sociales y Recomendación de la OIT n.º 202, DOI: <https://doi.org/10.22235/rd.vi20.1857>, Revista de Derecho N. 20, 2, 2019.

EC – DG MARE, 2022. EU Blue Economy Report 2022. Brussels: European Commission.

FAO, 2020. Securing sustainable small-scale fisheries: Showcasing applied practices in value chains, post-harvest operations and trade. Rome: FAO.

FAO, Food and Agriculture Organization of the United Nations. (2023). The State of World Fisheries and Aquaculture 2022. Roma.

FERRARA, A. (2010). Métodos y principios de la investigación jurídica comparada. Barcelona: Tirant lo Blanch.

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Una Exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social el régimen especial de los trabajadores del mar”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº extra 4, 2026.

FRANGOUEDES, K. y PASCUAL-FERNÁNDEZ, J.J., “Women and gender issues in fisheries”. *Abingdon: Routledge*, 2013.

GARCIA VIÑA, J., Jubilación de trabajadores migrantes, trabajadores del mar, trabajadores del campo, discapacitados y otros colectivos particulares, Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible: III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social: [Madrid, 17 y 18 de octubre de 2019], Vol. 1, 2019.

GARCÍA, M., “La protección social en la agenda internacional: Análisis de la Recomendación OIT núm. 202”, *Revista de Derecho Social*, 22(3), 2014.

GONZÁLEZ-LAXE, F. y FERNÁNDEZ, J., “El empleo en la economía azul: sostenibilidad, territorio y políticas públicas”, *Santiago de Compostela: Consello Económico e Social de Galicia*, 2016.

INSTITUTO GALEGO DE SEGURIDADE E SAÚDE LABORAL (ISSGA), 2012. *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.

ISSGA, 2012. *Saúde laboral das mariscadoras a pé*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.

KELSEN, H. (1934). Teoría Pura del Derecho. Viena: Franz Deuticke.

LÓPEZ-ARRANZ, M.A., PICATOSTE, X. y GONZÁLEZ-LAXE, F., *Avanzando en los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través del marisqueo: mujeres pioneras*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

LÓPEZ-ARRANZ, M.A., PICATOSTE, X. y GONZÁLEZ-LAXE, F., 2025 (en prensa). *Fiscalidad, empleo informal y sostenibilidad laboral en el marisqueo gallego*. Anuario de Estudios Marítimos, vol. 4.

MAPA (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación), 2023. Informe

Anual de Pesca y Acuicultura. Madrid: Gobierno de España.

MARTÍN, M. “Trabajo informal y políticas públicas en España”, *Cuadernos de Estudios Laborales*, 8(1) 2014.

MARTÍNEZ GARCÍA, P., “Democratizando el mar con perspectiva de género. El proceso de profesionalización de las mariscado a píe en Galicia”, *Política y Sociedad*, Madrid, 54(2) 2017.

MARTÍNEZ PRATS, G., SILVA HERNÁNDEZ, F.; JUÁREZ DOMÍNGUEZ, A., “Economía informal: Descripción conceptual y mirada al contexto mexicano”, *Telos: revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 24 (2), Venezuela.2022. DOI: www.doi.org/10.36390/telos242.04,

MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, 2015. *El papel de la mujer en el sector pesquero y acuícola: diagnóstico y recomendaciones*. Madrid: MAGRAMA.

MONEREO PÉREZ, J.L., PERÁN QUESADA, S., “La OIT y el trabajo informal la recomendación 204 OIT sobre la transición de la economía informal a la formal”, en *Derecho social y trabajo informal: implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica* / José Luis Monereo Pérez (dir.), Salvador Perán Quesada (dir.), 2016.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO, La economía informal: hacer posible la transición al sector formal. Coloquio interregional tripartito sobre la economía informal: hacer posible la transición al sector formal. OIT Ginebra, 27 a 29 de noviembre de 2007. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/meetingdocument/wcms_125491.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Recommendation No. 204 concerning the transition from the informal to the formal economy. Adopted at the 104th ILC session, 12 June 2015

PÉREZ, J., El precio del marisco aumenta un 30 % en verano ante la escasez de capturas. El País, (2023, 12 de julio).

PERRIER, M., “La pesca sostenible, un concepto que se está agotando”, *Alternativas económicas*, nº. 132 (febrero), 2025.

PITA, C., FRANGOUDÉS, K. y PASCUAL-FERNÁNDEZ, J.J., 2010. “Women in fisheries: a European perspective”, *Maritime Studies*, 9(1).

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, G., La miticultura gallega desde la perspectiva de la Economía Social, *Revista Galega de Economía*, vol. 12:1 2003.

SANTALLA, M., “Las enfermedades laborales del marisqueo a pie: una aproximación desde la salud pública”, *Revista Gallega de Salud Pública*, 2011,13(2).

VÁZQUEZ RODRÍGUEZ, M.X., DOLORES GARZA GIL, M.D., VARELA LAFUENTE, M.M., “Factores ambientales e institucionales en la gestión económica sostenible en el medio marino, El caso de la acuicultura y el marisqueo en Galicia”, *Anuario de estudios marítimos*, nº. 1, 2022.

XUNTA DE GALICIA, 2022. Informe sobre la evolución del empleo en el sector del mar. Santiago de Compostela: Consellería do Mar.

EL ÁMBITO PERSONAL DE LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL ACERVO DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿FRONTERAS ABIERTAS A LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS?

THE PERSONAL SCOPE OF THE RIGHTS TO INFORMATION AND CONSULTATION IN THE ACQUIS OF THE EUROPEAN UNION: ARE THERE OPEN BORDERS FOR SELF-EMPLOYED WORKERS?

LIDIA GIL OTERO

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

Universidad de Santiago de Compostela

ORCID: 0000-0001-9072-7032

EXTRACTO

Palabras clave: información y consulta; trabajo autónomo; Unión Europea; vulnerabilidad; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En los últimos años, la evolución de las formas de prestar servicios ha dado lugar a un número creciente de modalidades de trabajo que quedan fuera del trabajo típico. La referida evolución plantea numerosos retos incluyendo, entre ellos, el de la delimitación del ámbito subjetivo de las normas en materia de política social de la Unión Europea. Tras la inesperada extensión por parte de la Comisión Europea del derecho a la negociación colectiva a determinados trabajadores por cuenta propia, cabe preguntarse si otros derechos de carácter colectivo, como el derecho de información y consulta, pueden seguir el mismo camino. En el presente estudio se examina hasta qué punto la legislación laboral de la Unión Europea permite o, incluso, incluye a los trabajadores atípicos, por cuenta propia, en el ámbito de aplicación de los derechos de información y consulta. Para responder a tal cuestión, se han analizado los instrumentos jurídicos más relevantes, observando que, en la mayoría de los casos, tal decisión extensiva corresponde a los Estados miembros.

ABSTRACT

Key words: information and consultation; self-employment; European Union; vulnerability; Charter of Fundamental Rights of the European Union

In recent years, changes in the way services are provided have given rise to a growing number of working arrangements that fall outside the scope of typical employment. This development poses numerous challenges, including the delimitation of the subjective scope of European Union social policy rules. Following the European Commission's unexpected extension of the right to collective bargaining to certain self-employed workers, the question arises as to whether other collective rights, such as the right to information and consultation, can follow the same path. This study examines the extent to which European Union labour law allows or even provides for the inclusion of atypical self-employed workers within the scope of information and consultation rights. To answer this question, the most relevant directives and legal instruments have been analysed, noting that, in most cases, such an extension is left to Member States.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN FRAGMENTADA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA
2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA
3. LAS LÍNEAS DE PARTIDA: DIRECTIVA 2002/14/CE Y MARCO GENERAL RELATIVO A LA INFORMACIÓN Y A LA CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA
4. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO MEDIDAS PROACTIVAS FRENTE A LOS RIESGOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS
 - 4.1. Amenaza para el empleo y la ocupación
 - 4.2. Seguridad y salud en el trabajo
 - 4.3. Contratación fraudulenta
 - 4.4. Gestión algorítmica del trabajo
 - 4.5. Igualdad y no discriminación
5. CONCLUSIONES: EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA AL SERVICIO DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN: LA REGULACIÓN FRAGMENTADA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA¹

Los derechos de información y consulta son una pieza clave de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la empresa, especialmente cuando estas pueden implicar cambios o consecuencias en sus condiciones de trabajo. En el ámbito de la Unión Europea, el derecho de intervención y participación de los trabajadores y sus representantes ha despertado el interés de las instituciones comunitarias de una forma cíclica o, mejor dicho, intermitente. Desde los casos *Renault*² y *Marks & Spencer*³, –que pusieron en tela de juicio la efectividad de los derechos de información y consulta de los trabajadores ante decisiones extintivas⁴ y motivaron parcialmente la adopción de la Directiva marco

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación 101126503 DIGILARE (Digitalization of industrial labor relations – Age-old values in a new digital world), cofinanciado por la Unión Europea; así como del proyecto de investigación PID2021-12222540B-100 “La incidencia del Derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales”, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y FEDER. Asimismo, es uno de los resultados de la estancia de investigación realizada por la autora en el *Dipartimento de Giurisprudenza dell’Università di Cagliari* del 1 de junio al 31 de julio de 2025, bajo la dirección de la profesora Piera Loi.

² Sentencia de la *Cour d’Appel de Versailles* de 7 de mayo de 1997 (*Droit Social*, núm. 5, mayo 1997).

³ Sentencia del *Tribunal de Grande Instance de Paris* de 9 de abril de 2001 (*Droit Social*, núm. 4, abril 2001).

⁴ Cfr. Rojo Torrecilla, E., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta”, *Temas Laborales*, 59/2001, pp. 40-44.

de información y consulta⁵—, hasta la suscripción del Pacto para el Diálogo Social Europeo, han pasado más de veinte años a lo largo de los cuales la Unión Europea ha ampliado la intervención de los representantes legales de los trabajadores en el seno de las empresas.

En un primer momento, las Directivas 75/129/CEE⁶ y 77/187/CEE⁷ articularon los derechos de información y consulta como mecanismos a activar ante medidas traumáticas para el empleo, como los despidos colectivos y las transmisiones de empresa, respectivamente. Tal visión reactiva o instrumental⁸ todavía persiste en los instrumentos normativos de la Unión Europea que regulan los supuestos de reestructuración empresarial anteriormente mencionados⁹. Sin embargo, tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam y la recepción en él de la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, los derechos de información y consulta se han convertido en instrumentos de confianza mutua entre los empresarios y las personas trabajadoras para favorecer los distintos aspectos relacionados con la organización del trabajo¹⁰.

Los derechos de información y consulta no solo actúan, en sentido negativo, como restricciones al derecho del empleador a organizar libremente su actividad productiva. Son derechos que persiguen simultáneamente dos finalidades: una finalidad general, como es la de permitir a los representantes de los trabajadores ejercer su mandato representativo de manera adecuada y evaluar las implicaciones

⁵ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE núm. 80, de 23 de marzo de 2002).

⁶ Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE núm. 48, de 22 de febrero de 1975).

⁷ Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DOCE núm. 61, de 5 de marzo de 1977).

⁸ Cfr. García Murcia, J., “Naturaleza y fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 52/2014, p. 102.

⁹ Véanse las Directivas 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DOCE núm. 225, de 12 de agosto de 1998); y 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DOCE núm. 82, de 22 de marzo de 2001).

¹⁰ Cfr. Garrido Palacios, M. A., “Los derechos de información y consulta de las personas trabajadoras”, en *La construcción internacional y europea del Derecho Social*, (Gil Plana, J., Director), Laborum, Murcia, 2025, p. 294.

de las decisiones de la empresa; y una finalidad específica, como es la de permitir a los trabajadores y a sus representantes intervenir en alguna de tales decisiones. Con carácter general, los procedimientos de información y consulta de los trabajadores permiten tomar en consideración los intereses de aquellos y tutelarlos en un proceso de negociación. Sin embargo, en situaciones en las que las partes no mantienen posiciones necesariamente contrapuestas, también puede existir un espacio de confluencia gracias a dichos procedimientos¹¹. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de introducir nuevas tecnologías en el entorno de trabajo o de apostar por medidas de transición ecológica en la empresa.

En estos últimos escenarios, la Unión Europea cataloga los derechos de información y consulta de los trabajadores como un instrumento a través del cual se puede mejorar la competitividad de las empresas, pues la información y el intercambio de pareceres podría garantizar la seguridad y salud en el trabajo, la protección de datos personales, la igualdad de trato o la protección social, entre otros¹². De hecho, la laxitud con la que se regulan tales derechos deja entrever que estos no siempre se conciben como prerrogativas fundamentales de los trabajadores, sino como herramientas empresariales¹³. Por esa razón, es posible encontrar derechos de información y consulta en normas europeas que persiguen un objetivo más amplio, como la protección de la seguridad y salud en el

¹¹ Véase Álvarez del Cuvillo, A., “Información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa”, en *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, (Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J. M^a, Directores), 2^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 115-117.

¹² Resolución del Parlamento Europeo, de 1 de junio de 2023, sobre el refuerzo del diálogo social [2023/2536(RSP)]: “(...) la introducción de las nuevas tecnologías puede tener un efecto positivo en el entorno de trabajo si se aplican y se supervisan de manera fiable, para lo cual será necesario contar con información oportuna y significativa y consultar a los representantes de los trabajadores, incluidos los sindicatos, a fin de garantizar el pleno respeto de su salud y su seguridad en el trabajo, la protección de sus datos, la igualdad de trato, la estabilidad en el empleo, la protección social y el bienestar en el trabajo (...). La facilitación de información a los sindicatos y los representantes de los trabajadores, así como la consulta y la participación de estos actores, son fundamentales para proporcionar el apoyo necesario que permita a los trabajadores construir mejor y participar en la adopción y la supervisión, por parte de los interlocutores sociales, de la tecnología digital en el lugar de trabajo” (apartado 34).

¹³ Véase Rainone, S., “Enforcing EU Information and Consultation Rights”, en *Effective Enforcement of EU Labour Law* (Rasnaca, Z., Koukiadaki, A., Bruun, N., Lorcher, K., Editores), Hart Publishing, Oxford, 2022, pp. 245-246.

trabajo¹⁴, las relaciones laborales atípicas¹⁵ o la gestión algorítmica del trabajo¹⁶. Algunos de tales derechos están previstos, incluso, en instrumentos normativos que no se dirigen específicamente a la tutela de las personas trabajadoras y que se encuentran, por lo tanto, al margen de la política social en sentido estricto, como son los relativos a la co-determinación en estructuras empresariales de

¹⁴ Directiva 89/391/CEE 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 núm. 183, de 29 de junio de 1989).

¹⁵ Véanse las Directivas 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por el UNICE, el CEEP y la CES (DOCE núm. 14, de 20 de enero de 1998); 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DOCE núm. 175, de 10 de julio de 1999); y 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (DOUE núm. 327, de 5 de diciembre de 2008).

¹⁶ Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas (DOUE núm. 2831, de 11 de noviembre de 2024).

carácter transnacional¹⁷, la igualdad y no discriminación¹⁸ o la regulación de la inteligencia artificial¹⁹.

Así pues, en la actualidad los derechos de información y consulta se caracterizan por un doble enfoque²⁰. Por un lado, un enfoque basado en los derechos humanos o fundamentales, tal y como se observa en las garantías concedidas por el art. 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE). Por otro lado, un enfoque basado en los derechos económicos, tal como se infiere de los tres objetivos perseguidos por la Directiva 2002/14/CE²¹. En primer lugar, informar periódicamente a los trabajadores sobre la evolución de la empresa o del centro de trabajo, con el fin de mejorar la protección de aquellos. En segundo lugar, mejorar la competitividad de la empresa, proporcionando a los empresarios instrumentos que les permitan acceder a los conocimientos de los trabajadores sobre los problemas internos de la empresa.

¹⁷ Véanse las Directivas 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE núm. 294, de 10 de noviembre de 2001); 2003/72/CE del Consejo, de 22 de julio de 2003, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Cooperativa Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOUE núm. 207, de 18 de agosto de 2003); (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (DOUE núm. 169, de 30 de junio de 2017); y (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (DOUE núm. 322, de 16 de diciembre de 2022).

¹⁸ Véanse las Directivas 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE núm. 204, de 26 de julio de 2006); 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE núm. 303, de 2 de diciembre de 2000); 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE núm. 180, de 19 de julio de 2000); y (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (DOUE núm. 132, de 17 de mayo de 2023).

¹⁹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

²⁰ Véase Davies, A. C. L., *Perspectives on Labour Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 15-16.

²¹ Considerandos 7 a 10.

En último lugar, mantener un alto nivel de empleo, como combinación de los dos objetivos anteriores.

Sin perjuicio de lo anterior, debe destacarse que los derechos de información y consulta tienen una marcada dimensión colectiva²² que obedece, entre otras razones, a la posición de debilidad del trabajador respecto del empresario en el establecimiento de los términos y condiciones de trabajo. Tal desequilibrio es típico de una relación de trabajo por cuenta ajena y, de hecho, está en los orígenes de la concepción actual del Derecho del Trabajo. Sin embargo, determinadas instituciones han analizado con preocupación el recurso cada vez mayor, por parte de las empresas, a trabajadores autónomos sin asalariados, puesto que el entramado productivo coloca a estos en una situación de desequilibrio comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena, pero sin disfrutar, en contrapartida, de los derechos que le asisten a estos últimos.

Tanto la Organización Internacional del Trabajo²³, como el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁴ (en adelante, OIT y CEDS, respectivamente) y las instituciones de la Unión Europea han apostado por una interpretación amplia del derecho a la negociación colectiva que incluye a una parte del autoempleo. El paso más destacado lo ha dado la Comisión de la Unión Europea, a través de las Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados²⁵. Aun tratándose de un instrumento de *soft law*, tales Directrices, de forma indirecta, han incluido los convenios colectivos suscritos por determinados trabajadores por cuenta propia dentro de los productos resultantes de la negociación colectiva, por detectar un desequilibrio en

²² Cfr. Casas Baamonde, M^a. E., “El alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores sobre empleo en las empresas (y centros de trabajo), y su dimensión general”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 7/2023.

²³ Véase OIT, *Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, 2008. Conferencia Internacional del Trabajo, 101^a reunión, 2012, Informe III (Parte IB), Oficina Internacional del Trabajo (Ginebra, 2012), párrafo 209, pp. 90-91: “(...) el derecho a la negociación colectiva también debería ser aplicable a las organizaciones que representan a (...) trabajadores por cuenta propia”.

²⁴ Resolución del Comité Europeo de Derechos Sociales de 12 de septiembre de 2018, *Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v Ireland*, núm. 123/2016: “Para determinar el tipo de negociación colectiva que está protegida por la Carta, no basta con ceñirse a la distinción entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia, sino que el criterio decisivo es la existencia de un desequilibrio de poder entre los proveedores y los contratantes de la mano de obra. Cuando los proveedores de servicios no tienen una influencia sustancial en el contenido de las condiciones contractuales, deben tener la posibilidad de mejorar el desequilibrio de poder mediante la negociación colectiva” (traducción propia) (apartado 38).

²⁵ 2022/C 374/02.

el poder de negociación²⁶. Se trata, a grandes rasgos, de los convenios colectivos suscritos por: 1) las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados y que son económicamente dependientes; 2) las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados «codo con codo» con trabajadores por cuenta ajena; y 3) las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados a través de plataformas digitales de trabajo²⁷.

Siguiendo tal devenir, algunos Estados miembros han reconocido la necesidad de extender los derechos laborales de naturaleza colectiva a trabajadores autónomos atípicos. Así sucede, por ejemplo, en Polonia, donde los trabajadores autónomos a distancia gozan de derechos sindicales; en Alemania, donde se permite la negociación colectiva para determinados trabajadores autónomos económicamente dependientes²⁸; o, en fin, en Francia, cuya legislación atribuye a los trabajadores autónomos de plataformas la libertad de asociación, el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y el derecho a la negociación colectiva²⁹.

La referida extensión del derecho a la negociación colectiva fomenta la defensa de los intereses de los trabajadores por cuenta propia, aunque difumina, una vez más, la frontera entre estos y los trabajadores por cuenta ajena. Independientemente de tal efecto ‘indeseado’, esa tendencia expansiva y protectora de los trabajadores autónomos débiles suscita nuevas cuestiones. ¿Terminará ampliándose también el ámbito de aplicación de otros derechos tradicionalmente reconocidos a los trabajadores titulares de una relación laboral, como los relativos a la información y consulta? ¿Podrían –o deberían– determinados trabajadores autónomos tener derecho a la negociación colectiva pero no estar cubiertos por los derechos de información y consulta? La importancia de las preguntas anteriores no es menor, pues los derechos de información y consulta a menudo actúan como un requisito previo para que exista una negociación colectiva útil.

La respuesta a tales cuestiones en el ámbito de la Unión Europea pasa, indudablemente, por analizar el ámbito de aplicación subjetivo de cada uno de los instrumentos normativos comunitarios que prevén derechos de información y consulta y, en concreto, el concepto de trabajador aplicable a cada uno de ellos, pues, como bien es sabido, el concepto comunitario de trabajador posee una

²⁶ Véase Brameshuber, E., “El derecho fundamental a la negociación colectiva de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, en *Negociación colectiva y economía de plataformas: una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio* (Miranda Boto, J. M^a. y Brameshuber, E., Directores), Cinca, Madrid, 2022, pp. 268-269.

²⁷ Véase Ribes Moreno, I., “Derecho de la competencia de la UE, trabajadores autónomos y negociación colectiva: una oportunidad para replantear fórmulas para la negociación de sus condiciones de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 272/2024, pp. 27-72.

²⁸ Art. 12a de la *Tarifvertragsgesetz*.

²⁹ Arts. L. 7345-1 y siguientes del *Code du Travail*.

naturaleza funcional y específica, incluso en aquellas normas que no se dedican única y exclusivamente al trabajo por cuenta ajena.

Como se verá en las páginas siguientes, algunas directivas no definen el concepto de trabajador a efectos de su aplicación, aunque tal vacío no se suele llenar con un concepto de trabajo *ad hoc* para cada una de ellas. El Tribunal de Justicia (en adelante, TJUE) suele acudir a la fórmula desarrollada para el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), según la ya conocida fórmula *Lawrie-Blum*³⁰, como una suerte de definición uniforme y supranacional de trabajador, especialmente cuando el Derecho de la Unión no se remite a las definiciones de la legislación nacional. Hasta ahora, la característica esencial de tal concepto comunitario de trabajador es que, durante un periodo de tiempo determinado, una persona preste servicios para otra y bajo su dirección a cambio de una remuneración, con exclusión de actividades de escasa magnitud que puedan considerarse meramente marginales o accesorias³¹. Tal concepto supranacional ha permitido aplicar normas de política social a prestaciones de servicio excluidas del Derecho del Trabajo según los Estados miembros. Sin embargo, no debe obviarse que dicha definición reproduce un esquema binario ‘trabajador por cuenta ajena vs. trabajador autónomo’ y presta atención a un elemento tan volátil como la subordinación, siendo cuestionable, incluso, que esa definición ‘uniforme’ de trabajador sea adecuada para los trabajadores de plataformas, como los *crowdworkers*, que realicen trabajos de muy corta duración.

Otras directivas, por el contrario, se remiten a los conceptos de cada Estado miembro, a diferencia de las más recientes, que apuestan por un concepto dual de trabajador³². En dicho concepto se incluyen las personas que gozan de un contrato de trabajo o una relación laboral, tal y como se definen en la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigente de cada Estado miembro “*teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*”³³. Algunas de estas directivas de nueva generación, en una nota a pie de página de los considerandos, mencionan las sentencias del TJUE a las que, aparentemente, se refiere

³⁰ Sentencia del TJUE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum*, asunto C-66/85 (ECLI:EU:C:1986:284).

³¹ Por ejemplo, sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2015, *Fenoll* asunto C-316/13 (ECLI:EU:C:2015:200).

³² Véase, por ejemplo, el art. 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles de la Unión Europea; el art. 2 de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores; o los arts. 1.2 y 2.1 d) de la Directiva (UE) 2024/2831 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales.

³³ Véase Risak, M. y Dullinger, T., “The concept of ‘worker’ in EU law: Status quo and potential for change”, *ETUI Report*, 140/2018, pp. 23-25.

el legislador comunitario³⁴, incluyendo entre ellas el controvertido asunto *FNV Künten*³⁵. Estas nuevas fórmulas podrían indicar que el legislador de la Unión Europea se abre a una interpretación potencialmente más amplia del término trabajador o, al menos, da margen al TJUE para hacerlo, en consonancia con la actividad institucional de la Unión Europea, en la que se advierte una vocación de universalización de la noción de trabajador³⁶.

Si, a juicio de las instituciones europeas, los trabajadores autónomos deben combatir el desequilibrio de poder respecto de los empresarios principales a través de la negociación colectiva³⁷, el desarrollo efectivo de dicha negociación exigiría, previamente, una implantación eficaz de otros mecanismos de participación, como la información y consulta. Tal premisa podría emplearse para interpretar de forma amplia los derechos de información y consulta previstos en las directivas sociales y, en concreto, en la Directiva 2002/14/CE que desarrolla tal precepto. No obstante, como se verá a continuación, el tenor literal de las directivas, ceñidas al trabajo asalariado, y el reparto de competencias de la Unión Europea determinará, en mayor o menor medida, la inoperatividad de estos derechos para los trabajadores autónomos vulnerables. Las posibilidades se reducen a los derechos de información y consulta previstos en las escasas directivas que no están vinculadas a la política social de la Unión, como las relativas a la igualdad y no discriminación, y en los instrumentos normativos que, de forma indirecta, reconocen aquellos a los trabajadores autónomos, como el Reglamento de Inteligencia Artificial.

2. EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El art. 27 de la CDFUE garantiza el derecho a la información y consulta a distintos niveles, en los casos y en las condiciones previstas por el Derecho de la Unión y la legislación y prácticas nacionales. El ámbito de aplicación personal de tal derecho abarca a los trabajadores y sus representantes, teniendo, por lo

³⁴ Véase, por ejemplo, el considerando 18 de la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento.

³⁵ Sentencia del TJUE de 4 diciembre de 2014, *FNV Künten Informatie en Media*, asunto C-413/13 (ECLI:C:2014:2411).

³⁶ Véase Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 975.

³⁷ Cfr. Martínez Yáñez, N. M^a., “La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos”, *Temas Laborales*, 151/2020, pp. 100-101.

tanto, un doble carácter, como derecho individual y como derecho colectivo³⁸, así como una configuración interna compleja. El precepto, en sí mismo, no reconoce los derechos de información y consulta de forma directa, sino que llama a los poderes públicos competentes a garantizar el acceso de los trabajadores y sus representantes a aquellos. Esta directriz comunitaria, junto con el derecho originario, deja sin resolver cuestiones vinculadas al sistema de representación y participación, como, mismamente, qué trabajador que debe ser representado o, en su caso, informado y consultado³⁹.

La CDFUE no contiene una definición propia del concepto de trabajador y tampoco remite a las definiciones nacionales en ninguno de sus preceptos. Una parte de la doctrina jurídica ha entendido que, para interpretar el concepto de trabajador a efectos del art. 27 de la CDFUE, sería conveniente trasladar la definición uniforme de trabajador empleada para el art. 45 del TFUE⁴⁰. Sin embargo, en lo que respecta a la finalidad del precepto, apostar por trasladar el concepto de trabajador del art. 45 del TFUE traería consigo algunas incongruencias, como, por ejemplo, el sistema de ‘representación’ de los órganos de dirección de una empresa. Si los miembros de los órganos de dirección de las empresas son trabajadores en el sentido del art. 45 del TFUE, tal y como ha dispuesto el TJUE⁴¹, tales trabajadores tendrían que informarse y consultarse a sí mismos.

La ausencia de definición específica parece indicar que el concepto de trabajador de la CDFUE debería ser objeto de una interpretación autónoma⁴² que, por una parte, excluya a determinados trabajadores como, por ejemplo, a los órganos de dirección y administración de las empresas, y, por otra parte, incluya a los trabajadores con contratos de trabajo de corta duración, atendiendo al objetivo general del precepto, como es el de garantizar que una persona sea informada y consultada sobre los acontecimientos dentro de la empresa que le afecten en su calidad de trabajador.

De forma superficial se ha argumentado que el art. 27 de la CDFUE podría abarcar a trabajadores autónomos comparables a los trabajadores por cuenta

³⁸ Cfr. Blanke, T., “Workers’ right to information and consultation within the undertaking (Article 27)”, en *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights* (Bercusson, B., Editor), Nomos, Bruselas, 2002, p. 284.

³⁹ Cfr. García Murcia, J., *ob. cit.*, p. 103.

⁴⁰ Cfr. Jarass, H. D., *Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelung der Verträge und der EMRK*, C.H.Beck, Múnich, 2021, art. 27 GRC párrafo 7.

⁴¹ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, asunto C-232/09 (ECLI:EU:C:2010:674).

⁴² Cfr. Schubert, C., “Commentary of Art 27 GRC”, in *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (Franzen, M., Gallner, I. y Oetker, H., Editores), C.H. Beck, Múnich, 2024, art. 27 GRC párrafo 18ff.

ajena debido a la dependencia personal y, especialmente, económica, de aquellos respecto del empresario⁴³ y a la conexión sistemática entre los arts. 27 y 28 de la CDFUE. En efecto, la extensión que se ha realizado, a favor de los trabajadores autónomos vulnerables, del derecho a la negociación colectiva en otros instrumentos europeos, es un argumento a favor del reconocimiento de los derechos de información y consulta a aquellos. Sin embargo, son dos las razones que impiden, en mayor o menor medida, la cobertura de los trabajadores autónomos por el derecho de información y consulta reconocido en la CDFUE:

1) El tenor literal del art. 27 de la CDFUE. Son abundantes los preceptos en los que la CDFUE emplea la expresión “todo trabajador”⁴⁴ para delimitar el ámbito subjetivo de los derechos que prevé. En tales supuestos, la interpretación del ámbito de aplicación de los derechos debe ser amplia, aludiendo, mayoritariamente, a una persona que desarrolle una actividad productiva para subsistir, con independencia del vínculo jurídico existente. El empleo de dicha expresión en el art. 27 hubiese facilitado, sin lugar a duda, el reconocimiento de los derechos de información y consulta a los trabajadores autónomos vulnerables. No obstante, tanto el art. 27 como el art. 28, referido este último al derecho a la negociación colectiva, parecen inclinarse hacia el trabajo asalariado, pues no solo omiten el adjetivo “todo” a la hora de hablar del trabajador, sino que también aluden a los “empresarios”, reflejando así un esquema bilateral de trabajo⁴⁵.

2) La configuración jurídica del art. 27 de la CDFUE. Aun careciendo de efecto directo horizontal según el TJUE⁴⁶, el art. 27 otorga al derecho de información y consulta la categoría de derecho fundamental y, como tal, constituye un parámetro de referencia para interpretar las normas secundarias que lo desarrollan de la forma más generosa posible⁴⁷. El referido precepto actúa como un soporte adicional, que refuerza la efectividad de los instrumentos de participación y representación de los trabajadores previstos en otras normas europeas y, por ende, nacionales. Sin embargo, para que este sea plenamente efectivo debe existir una previsión específica de desarrollo, bien sea en el Derecho de la Unión, bien sea en el Derecho nacional. La naturaleza y estructura del art. 27 de la CDFUE

⁴³ Cfr. Holoubek, C., “Commentary of Article 27” en *EU-Kommentar*, (Schwarze, J., Editor), Nomos, Baden, 2019, Art. 27 párrafo 10.

⁴⁴ Véanse, por ejemplo, los derechos reconocidos en los artículos 30 (despido injustificado) y 31 (descanso y seguridad y salud) de la CDFUE.

⁴⁵ Véase Martínez Yáñez, N. M^a., *ob. cit.*, pp. 100-101.

⁴⁶ Véase sentencia del TJUE de 15 de enero de 2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12 (ECLI:EU:C:2014:2).

⁴⁷ Véase Valdés Dal-Ré, F., “Constitucionalismo laboral europeo”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 94; y De Schutter, O., “L’affirmation des droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne”, en *Droits fondamentaux et droit social* (Lyon-Caen-Caen, A., y Lokiec, P., Directores), Dalloz, París, 2006, p. 165.

determina que tal precepto no pueda ser utilizado, por sí mismo, para reclamar una apertura o extensión de los derechos de participación de los trabajadores autónomos⁴⁸. En la medida en que el art. 27 de la CDFUE solo surte efecto mediante el Derecho de la Unión, la cuestión de si las personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena también están cubiertas actualmente por los derechos de información y consulta deberá determinarse a través del concepto de trabajador previsto en cada una de ellas.

3. LAS LÍNEAS DE PARTIDA: DIRECTIVA 2002/14/CE Y MARCO GENERAL RELATIVO A LA INFORMACIÓN Y A LA CONSULTA DE LOS TRABAJADORES EN LA UNIÓN EUROPEA

Como bien es sabido, la Directiva 2002/14/CE tiene por objeto establecer un marco general que fije los requisitos mínimos del derecho a la información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros dentro de la Unión. La definición de trabajador prevista en el art. 2 d) de la referida Directiva remite a las definiciones y prácticas del Derecho nacional respecto del concepto de trabajador, lo que resulta aplicable, también, a los representantes de los trabajadores.

A efectos de aplicación de la Directiva, trabajador es toda aquella persona que, en el Estado miembro de que se trate, esté protegida como trabajador por el Derecho nacional en materia de empleo y de conformidad con las prácticas nacionales. Así pues, si una persona puede calificarse como trabajador por cuenta ajena según la definición o el concepto general del Derecho del Trabajo del Estado de que se trate, dicha persona también debe ser trabajador por cuenta ajena en el ámbito de aplicación de las disposiciones que transponen la Directiva 2002/14/CE en ese Estado miembro⁴⁹. Además, los Estados miembro no están autorizados a excluir una categoría específica de trabajadores del ámbito de aplicación de la Directiva⁵⁰, so pena de socavar su eficacia⁵¹.

En otras palabras, la Directiva 2002/14/CE impide que cualquier legislación nacional excluya de su ámbito de aplicación a una categoría específica de trabajadores por cuenta ajena, a menos, evidentemente, de que tal categoría específica no reúna los requisitos para ser considerado trabajador por cuenta ajena en el Estado

⁴⁸ Cfr. García Murcia, J., *ob. cit.*, p. 108.

⁴⁹ Véase Weber C., “Commentary of Directive 2002/14/EC”, en *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (Franzen, M., Gallner, I. y Oetker, H., Editores), C.H.Beck, Múnich, 2024, art. 2 párrafo 5.

⁵⁰ Véase Schalchter, M., “Die europäische Dimension betrieblicher Arbeitnehmerbeteiligung”, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2/2015, pp. 148-152.

⁵¹ Por ejemplo, respecto de la exclusión de personas trabajadoras menores de 26 años, véase sentencia del TJUE de 18 de enero de 2007, *Confédération générale du travail y otros*, asunto C-385/05 (ECLI:EU:C:2007:37).

miembro de que se trate⁵². En consecuencia, los trabajadores autónomos “vulnerables”, tal y como se conceptualizan en las Directrices de la Comisión Europea anteriormente mencionadas, no tendrían reconocido el derecho a la información y consulta definido en la Directiva a menos que encajen en la definición general de trabajador del referido Estado miembro.

La limitación del ámbito de aplicación al cumplimiento de la definición de trabajador por cuenta ajena en el Estado miembro de que se trate tampoco varía respecto de la Directiva 2009/38/CE. Como bien es sabido, dicha Directiva establece la participación de los trabajadores en las empresas transnacionales sobre la base de procedimientos de participación subsidiarios, creando, a tal fin, un comité de empresa europeo o un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en todas las empresas de dimensión comunitaria y en todos los grupos de empresa de dimensión comunitaria (art. 1.2). La Directiva 2009/38/CE no define el término “trabajador”. Sin embargo, tal definición puede deducirse indirectamente del art. 2.2 de la Directiva⁵³, que establece, a efectos de su ámbito de aplicación, que los umbrales relativos al tamaño de la plantilla exigidos para constituir el comité de empresa europeo se basarán en el número medio de trabajadores empleados durante los dos años anteriores en la empresa, calculado aquel “con arreglo a la legislación y la práctica nacional”⁵⁴. Así pues, para determinar si una persona que trabaja para la empresa es un trabajador que se debe incluir a la hora de determinar los umbrales, se aplica la legislación del Estado miembro en que trabaje la persona y, consecuentemente, el concepto de trabajador que se maneje en él, no la legislación del lugar en el que esté registrada la empresa. Como resultado de tal juego de remisiones, puede darse una situación en la que un grupo de personas, como los empleados directivos o los trabajadores atípicos, sean calificados como trabajadores en el Estado miembro a la hora de determinar la plantilla computable, mientras que en otro Estado miembro no sea así⁵⁵.

La Directiva 2002/14/CE es el indicador más claro y contundente de cómo se interpreta el ámbito de aplicación personal de los derechos de información y consulta en el Derecho de la Unión Europea, teniendo en cuenta su finalidad. El que Directiva 2002/14/CE restrinja los derechos de información y consulta a los trabajadores por cuenta ajena, reconocidos como tal por la legislación de los Estados miembros, excluye *a priori* a los trabajadores de autónomos reconocidos

⁵² Véase Brameshuber, E., “*Information and consultation rights*”, en *EU Collective Labour Law* (Ter Haar, B. y Kun, A., Editores), Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2021, pp. 239-245.

⁵³ Véase Engels, C., “*Transnational Information and Consultation: The Recast European Works Council Directive*”, en *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies* (Blanpain, R., Editor), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2014, párrafo 652.

⁵⁴ Véase Oetker, H., “*Commentary of Directive 2009/38/EG*”, *ob. cit.*, Art. 2 párrafo 5.

⁵⁵ Véase Riesenhuber, K., *Europäisches Arbeitsrecht*, De Gruyter, Berlin, 2021, apartado 31 párrafo 12.

como tal en la legislación nacional, pero abre la puerta a que disfruten de aquellos personas a las que la norma nacional de que se trate haya laboralizado o haya atribuido la condición de trabajador por cuenta ajena, aun a pesar de no encajar en el concepto comunitario de trabajador.

Es cierto que, actualmente, la Directiva 2002/14/CE debería interpretarse a la luz del art. 27 de la CDFUE, como principio rector, para entender, de forma amplia, tales derechos. Tal conexión podría permitir extender los mencionados derechos, previstos en la Directiva, a trabajadores autónomos que estuviesen en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena, partiendo de una visión finalista de los preceptos. No obstante, tal extensión necesitaría que, previamente, se aclarase si la base competencial de la Directiva 2002/14/CE, es decir, los artículos 151 y 153 del TFUE, legitiman normas dedicadas única y exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena o incluyen también normas dedicadas a los trabajadores por cuenta propia.

Existen argumentos para afirmar que el art. 153 del TFUE se ciñe a los trabajadores por cuenta ajena, como, por ejemplo, su redacción o su propia génesis⁵⁶. Sin embargo, existen algunos instrumentos adoptados en virtud de la competencia del art. 153 del TFUE que se refieren a los también a los trabajadores autónomos, como la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo; la Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera⁵⁷; y la Recomendación del Consejo de 8 de noviembre de 2019 relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia.

Así pues, el escenario para la cobertura de los trabajadores autónomos en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la Directiva 2002/14/CE se antoja, cuanto menos, complejo. Todo indica que se trata de una opción legislativa e interpretativa que las instituciones de la Unión Europea, por el momento, no están dispuestas a asumir. Podría pensarse

⁵⁶ Véase Martínez Yáñez, N. M^a., *ob. cit.*, p. 106.

⁵⁷ El TJUE resolvió las reclamaciones de algunos Estados miembros basándose en que el artículo 19 del TFUE, que también constituía una base competencial de la Directiva, permitía regular los derechos de los trabajadores autónomos. Sin embargo, en su razonamiento, el Tribunal no rechazó expresamente el empleo de la base del art. 153 del TFUE para los trabajadores autónomos. Véase sentencia de 9 de septiembre de 2004, *España y Finlandia/Parlamento y Consejo*, asuntos acumulados C-184/02 y C-223/02 (ECLI:EU:C:2004:497); y Miranda Boto, J. M^a., “Breves notas sobre la posición de los trabajadores por cuenta propia frente al Derecho Social Comunitario”, en AA.VV., *Actas XII Jornadas Luso-Hispano-Brasileñas de Derecho del Trabajo*, GESBIBLO, A Coruña, 2007, pp. 120-121.

que el hecho de que la Directiva Marco no incluya a los trabajadores autónomos vulnerables, como sí lo hacen las Directrices relativas a la negociación colectiva, obedece a la fecha de aprobación de aquella y la distancia temporal entre ambos instrumentos. Sin embargo, tal argumento debe rechazarse desde el momento en que directivas más recientes, como la Directiva 2024/2831, relativa al trabajo en plataformas, declara expresamente que los derechos de información y consulta son titularidad única de los trabajadores por cuenta ajena⁵⁸.

4. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA COMO MEDIDAS PROACTIVAS FRENTE A LOS RIESGOS DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

Como ya se expuso, en determinados ámbitos los derechos de participación interna protegen el interés específico de los trabajadores frente al interés del empleador, es decir, frente a las decisiones de la empresa que afectan a las condiciones de trabajo. Los derechos de información y consulta no pueden, ni deben, evitar que se tomen tales decisiones, pero sí ofrecen elementos de gobernanza para prevenir y remediar el riesgo que tales decisiones pueden suponer para las personas trabajadoras. Aquellos no se aproximan jurídicamente a las decisiones empresariales desde una posición defensiva, sino desde una posición proactiva, basada en las oportunidades⁵⁹.

Si se analiza el acervo normativo de la Unión Europea, se puede observar cómo los derechos de información y consulta instrumentales se activan frente a cinco tipos de decisiones empresariales que también extienden sus efectos, en mayor o menor medida, sobre los trabajadores por cuenta propia. En consecuencia, debe analizarse si es posible extender el ámbito de aplicación personal de los derechos de información y consulta recogidos en normas distintas de la Directiva 2002/14/CE partiendo de la base de que los trabajadores por cuenta propia y los trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios para el mismo empresario conforman una comunidad afectada por los mismos riesgos. Como podrá comprobarse, el tenor literal de las normas europeas y la existencia o ausencia de un concepto específico de trabajador, a efectos de su aplicación, va a determinar que no siempre puedan extenderse a los trabajadores autónomos

⁵⁸ Véase considerando 54: “No se deben aplicar a las personas que realizan trabajo en plataformas que no tengan una relación laboral los derechos relativos a la salud y la seguridad en el trabajo, los relativos a la información y consulta de los trabajadores de plataformas o sus representantes, que son específicos de los trabajadores por cuenta ajena con arreglo al Derecho de la Unión”.

⁵⁹ Sobre la gobernanza del riesgo como elemento vertebrador del Derecho europeo, véase Bustos Gisbert, R., “El constitucionalista europeo ante la inteligencia artificial: reflexiones metodológicas de un recién llegado”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131/2024, pp. 153-158.

vulnerables los derechos de información y consulta previstos en todos los instrumentos, debido, entre otros aspectos, a la fragmentación normativa del concepto de trabajador⁶⁰.

4.1. Amenaza para el empleo y ocupación

La evolución de la situación económica de la empresa o de la estructura del empleo dentro de esta conlleva el riesgo de perder derechos e, incluso, el propio trabajo u ocupación. Suponiendo que los trabajadores autónomos económicamente dependientes suelen tener solo uno o dos contratistas, y, por lo tanto, su retribución o medio de vida depende de la infraestructura productiva o de los medios de producción de la empresa principal, es lógico pensar que aquellos tendrán un interés comparable al de los trabajadores por cuenta ajena en ser informados y consultados sobre la evolución de la empresa [por ejemplo, art. 4.2 a) y c) de la Directiva 2002/14/CE]. De hecho, los derechos de información y consulta concedidos al comité de empresa europeo para las decisiones adoptadas fuera del Estado miembro en el que están empleados los trabajadores de empresas de dimensión comunitaria (considerandos 11 y 12 de la Directiva 2009/38/CE) también son pertinentes para los trabajadores autónomos económicamente dependientes en lo que respecta a la amenaza de empleo y la protección de los derechos y prestaciones.

Por supuesto, las personas económicamente dependientes asimilables a los trabajadores por cuenta ajena están expuestas a los mismos riesgos que estos últimos en caso de insolvencia de la empresa. Los riesgos asociados a la pérdida de derechos laborales no satisfechos son uno de los ejes centrales de la Directiva (UE) 2019/1023, que insta a los Estados miembros a garantizar que se respeten los derechos de información y consulta previstos en las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE en situaciones de reestructuración, insolvencia y exoneración del pasivo en la empresa (art. 13.1). Esto se aplica, en particular, a los derechos en los planes de reestructuración, especialmente para informar a los representantes de los trabajadores tales procesos cuando puedan tener repercusiones en el empleo y las retribuciones debidas [art. 13.1 b) iii)]. Sin embargo, y a pesar de que tal Directiva no contiene ninguna referencia respecto a los conceptos de “trabajador” o “representante de los trabajadores”, la remisión expresa a la Directiva 2002/14/CE incluye las definiciones contenidas en esta última a la hora de definir su ámbito de aplicación y, por lo tanto, excluye a los trabajadores autónomos.

La misma conclusión puede extraerse respecto de los derechos de participación reconocidos a las personas trabajadoras en supuestos de transformación empresarial. Aunque su objetivo principal no es el reconocimiento de tales

⁶⁰ Véase Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 60.

derechos, también se pueden encontrar disposiciones al respecto en la Directiva 2001/86/CE y en la Directiva 2003/72/CE, que completan el Estatuto de la sociedad europea (en adelante, SE) y de la sociedad cooperativa europea (en adelante, SCE) en lo que respecta a la participación de los trabajadores. Uno de los objetivos principales de las referidas normas es protección de los derechos adquiridos por los trabajadores. Así pues, los derechos de información y consulta existentes en virtud de la legislación nacional de los Estados miembros no deben suprimirse ni restringirse cuando se constituya una SE/SCE, porque constituyen el punto de partida para la organización de los derechos de participación en la SE/SCE (considerandos 18 a 21). Al mismo tiempo, en materia de co-determinación, los derechos de información y consulta pueden ser una herramienta útil para que los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores autónomos conozcan las políticas de la empresa que les afectan por igual y la empresa rinda cuentas de ellas, respecto de las condiciones de trabajo, de terceros y del medio ambiente (como sugiere, por ejemplo, en la Directiva (UE) 2022/2464, sobre la información corporativa en materia de sostenibilidad).

Las referidas directivas siguen básicamente el modelo de procedimiento de participación subsidiaria previsto en la Directiva 2009/38/CE⁶¹, si bien en ninguna de ellas existe una definición específica del concepto de trabajador. Según parte de la doctrina jurídica, tal ausencia de definición no significa que el término deba interpretarse de forma autónoma, sino que debe acudir, una vez más, a la legislación de los Estados miembros⁶², pues ambas normas dejan también en manos de los Estados miembros la elección o designación de las comisiones negociadoras⁶³. Igual resultado se deriva de la Directiva (UE) 2017/1132, modificada por la Directiva (UE) 2019/2121, en lo que respecta a las transformaciones, fusiones y escisiones transfronterizas, que reconoce el derecho de los trabajadores o sus representantes a ser informados y consultados sobre los procedimientos transfronterizos de transformación (art. 86k apartado 2), fusión (art. 126 quinquies apartado 2) y escisión de sociedades de responsabilidad limitada (art. 160 quince apartado 2). En consecuencia, si existiesen derechos de información y consulta para personas asimiladas a trabajadores a nivel nacional, estos derechos

⁶¹ Véase Brameshuber, E., “Information and consultation”, *cit.*, pp. 239-245.

⁶² Véase Oetker, H., “Commentary of Directive 2001/86/EG” en *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (Franzen, M., Gallner, I. y Oetker, H., Editores), C.H. Beck, Múnich, 2024, art. 2 párrafo 24.

⁶³ Véase el artículo 8 de ambas directivas, remitiendo a los respectivos artículos 3 a 7. A tal fin, deberá haber un puesto por Estado miembro por cada fracción de *trabajadores empleados en dicho Estado miembro* que sea igual al 10% o a una fracción de este porcentaje del número de *trabajadores empleados* en todos los Estados miembros considerados en su conjunto.

tampoco deben perderse o limitarse para ellos cuando se constituya una SE/SCE, pero la cobertura de los trabajadores autónomos queda, *a priori*, denegada.

El diálogo con las personas trabajadoras cobra especial relevancia en cuestiones que tienen un impacto significativo en los intereses de los trabajadores, como el traslado o el cierre de establecimientos o empresas o los despidos colectivos. Por esa razón, la Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos no limita la facultad de los empresarios de realizar despidos colectivos, pero sí les obliga a abrir un periodo de intercambio de opiniones con los representantes de los trabajadores⁶⁴. A tal fin, reconoce el derecho de información y consulta de los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo con el empresario (Art. 2). A su vez, la Directiva 2001/23/CE, relativa a los derechos adquiridos, reconoce el derecho de los representantes de los trabajadores del cedente y del cesionario (art. 7.1) o de los propios trabajadores de ambas empresas, si no existen representantes (art. 7.6) a ser informados sobre el proceso de transferencia. Además, los representantes de los trabajadores de la empresa cedente y cesionaria tienen derecho a ser consultados si se prevé que alguna de ella adopte medidas en relación con sus respectivos trabajadores (art. 7.3).

Puede suceder que, en el marco de restructuración de una empresa, las decisiones no afecten solo a la extinción de los contratos de trabajo, sino también a la extinción de los contratos de prestación de servicios de los trabajadores autónomos a los que la empresa hubiese acudido para descentralizar parte de su proceso productivo. De ser así, estos últimos también tendrán interés en ser informados del mismo modo que lo son los trabajadores por cuenta ajena. No extraña incluso que algunas legislaciones nacionales, como, por ejemplo, la austríaca, prevean que determinadas personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena estén cubiertas por el seguro de desempleo y tengan derecho a una colocación adecuada en el mercado de trabajo cuando se extingue su contrato con la empresa por causas económicas atribuibles a estas⁶⁵.

Por su parte, los derechos de información y consulta en caso de transmisión de empresas también pueden ser de igual interés para las personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena, en lo que respecta, por ejemplo, a la fecha o fecha prevista de la transmisión los motivos o las consecuencias, a fin de poder prepararse adecuadamente para la nueva situación. El reconocimiento de estos derechos de información y consulta a los trabajadores autónomos tiene especial sentido si se parte de la base de que, a pesar de la dependencia económica, los derechos y obligaciones del cedente derivados del contrato vigente en la fecha

⁶⁴ Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *AGET Iraklis*, asunto C-201/15 (ECLI:EU:C:2016:972).

⁶⁵ Véase sección 2(8) de la *Arbeitslosenversicherungsgesetz*.

de la transferencia no se transfieren automáticamente al cesionario (art. 3 de la Directiva 2001/23/CE).

Sin embargo, y pese a la posible pertinencia de los derechos de participación a favor de los trabajadores autónomos, ninguna de las directivas mencionadas deja abierta dicha posibilidad.

La Directiva 2001/23/CE se refiere expresamente al concepto de trabajador entendido como tal en el Derecho de los Estados miembros [art. 2.1 d)], por lo que su aplicación está sujeta a lo que estos últimos entiendan por trabajador por cuenta ajena. Aunque esta Directiva no exige un contenido o nivel de protección determinado⁶⁶, y ello permite incluir a trabajadores que están excluidos de otras directivas, como aquellos que realizan actividades marginales o a pequeña escala, la calificación de trabajador por cuenta ajena en el marco de la legislación nacional opera como requisito *sine qua non*⁶⁷.

En lo que respecta a la Directiva 98/59/CE, esta no define el concepto de trabajador que podría estar representado en la información y consulta, pero su ámbito de aplicación personal está influido por el propio concepto de despido colectivo (art. 1.1), que implica, necesariamente, la existencia de una relación laboral entre el empresario y el trabajador afectado por la medida. Se ha planteado acudir con carácter supletorio a la definición que aporta la Directiva 2002/14/CE, en la medida en que la esencia de la Directiva 98/59/CE es el establecimiento de una fase de consultas entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores⁶⁸. No obstante, la remisión que hace esta la Directiva 2002/14/CE a la legislación interna, para definir el concepto de trabajador, podría poner en peligro la protección dispensada por la Directiva 98/59/CE, pues los umbrales previstos por esta última perderían su sentido si cada Estado miembro interpretase de forma heterogénea qué relaciones se incluyen o no en el cómputo del despido colectivo.

A efectos de la Directiva 89/59/CE, el concepto de relación laboral debería ser interpretado caso por caso⁶⁹, y de forma no restringida⁷⁰, como concepto específico del Derecho de la Unión. Ello conduciría a la jurisprudencia del TJUE relativa al concepto de trabajador en el ámbito de la libre circulación de trabajadores.

⁶⁶ Sentencia del TJUE de 13 de junio de 2019, *Correia Moreira*, asunto C-317/18 (ECLI:EU:C:2019:499).

⁶⁷ Véase Rodríguez Rodríguez, E., “El concepto de trabajador y el mantenimiento de sus derechos en los casos de remunicipalización. Comentario a la STJUE de 13 de junio de 2019, C-317/18, asunto ‘Correia Moreira’”, *Revista de Derecho Social*, 88/2019, pp. 95-117.

⁶⁸ Véase Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 54-55.

⁶⁹ Sentencia del TJUE de 13 de febrero de 2010, *Comisión v Italia*, asunto C-596/12 (ECLI:EU:C:2014:77).

⁷⁰ Véase Cabeza Pereiro, J., “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, 113/2018, pp. 51-52.

En consecuencia, solo estarían cubiertos por los derechos de información y consulta previstos en aquella (1) los trabajadores que tengan la condición de trabajador por cuenta ajena según el concepto de trabajador del Derecho de la Unión, aunque estuviesen clasificados por la legislación nacional como trabajadores por cuenta propia, y (2) los falsos autónomos, quedando fuera, por lo tanto, los trabajadores por cuenta propia correctamente clasificados, aun cuando se encontrasen en situación de vulnerabilidad equiparable a la de los trabajadores por cuenta ajena.

4.2. Seguridad y salud en el trabajo

Desde lejos se viene afirmando que la descentralización productiva y la externalización a través de trabajadores autónomos individuales desdibuja las fronteras del Derecho del Trabajo, pues estos últimos, aun siendo contratados de forma lícita, estarán situados en una posición comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena de la empresa principal. Tal comparabilidad se extiende al ámbito de la seguridad y salud en el trabajo, ya que ambos grupos de trabajadores estarán expuestos a los riesgos laborales que existan en el centro del trabajo del titular.

La Comisión de la Unión Europea advirtió, ya en el 2017, el hecho de que los trabajadores autónomos están sometidos a riesgos profesionales similares a los que experimentan los trabajadores por cuenta ajena, independientemente de si trabajan solos o codo con codo con estos últimos⁷¹. Si, en el escenario productivo actual, los riesgos profesionales se extienden subjetivamente hacia los nuevos tipos de trabajadores autónomos, las técnicas de prevención deberían hacer lo propio⁷². Consecuentemente, no serían solo los trabajadores por cuenta ajena, sino también los trabajadores autónomos “vulnerables” los que tendrían interés en recibir información sobre los riesgos existentes en el lugar de trabajo para la seguridad y salud. También estarán interesados en recibir información sobre los últimos avances tecnológicos y científicos en materia de organización del lugar de trabajo, que el empresario debe conocer para garantizar una mejor seguridad y salud de los trabajadores.

La Directiva 89/391/CEE, además de fijar estándares en materia de seguridad y salud en el trabajo, reconoce derechos de información y consulta; en particular,

⁷¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de enero de 2017 “Trabajo más seguro y saludable para todos. Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo” (COM/2017/012 final).

⁷² Véase Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M^a. N., “La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del derecho social comunitario de la prevención de riesgos laborales”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, p. 1203.

en su artículo 10 (información de los trabajadores) y en su artículo 11 (consulta y participación de los trabajadores y de sus representantes). El ámbito de aplicación personal de la Directiva y, por ende, de los referidos derechos, viene determinado por el concepto de trabajador, definido de forma abierta o indeterminada como “cualquier persona empleada por un empresario” [art. 3 a)]. A pesar de que la amplitud del concepto merecería una interpretación por parte del TJUE, hasta la fecha no existe jurisprudencia en lo que a ello respecta. Se desconoce, por lo tanto, si ese “ser empleado” puede dar cabida a los trabajadores autónomos, equiparando el empleo a la ocupación, o si tal expresión alude en sentido estricto a una relación laboral⁷³, interpretada de forma autónoma con arreglo al Derecho de la Unión Europea⁷⁴.

Se ha argumentado que el concepto de trabajador de esta Directiva debe entenderse en sentido muy amplio, pero también que consideraciones sociopolíticas, como las del mercado interior, aconsejan una remisión al art. 45 del TFUE. A favor de la primera interpretación se encuentra el objetivo fundamental de la Directiva 89/391/CEE, pues, aun tratándose de asegurar la seguridad y salud ante riesgos comunes de un centro de trabajo, se señala, con cierto acierto, que esta debería aplicarse a todas aquellas personas que desempeñasen tareas en los locales de la empresa⁷⁵. A favor de la segunda interpretación, se encuentran las directivas específicas adoptadas en virtud de la Directiva 89/391/CEE⁷⁶, pues, en aquellas, el concepto de trabajadora se definió de forma autónoma por parte del TJUE, acudiendo a su acervo doctrinal y las bases de *Lawrie-Blum*⁷⁷, vaciando de contenido el posible concepto propio que incluye la Directiva 89/391/CEE⁷⁸,

No obstante, existen dos normas de peso que muestran, en mayor o menor medida, la reticencia del Derecho de la Unión a abrir el ámbito de aplicación de la Directiva a favor de los trabajadores autónomos. Por un lado, se encuentra la Directiva 92/57/CEE, sobre la aplicación de las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción temporales o móviles, que define

⁷³ Incliniéndose por tal posición, véase Monereo Pérez, J. L. y Moreno Vida, M^a. N., *ob. cit.*, p. 1203.

⁷⁴ Véase Klindt, T. y Schucht, C., “Commentary of Directive 89/391/EEG”, en *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht* (Franzen, M., Gallner, I. y Oetker, H., Editores), C.H.Beck, Múnich, 2024, Art. 2 párrafo 15.

⁷⁵ Véase Ales, E., “Commentary of Directive 89/391/EEC”, en *International and European Labour Law: Article-by-Article Commentary* (Ales, E., Bell, M., Mark, O. y Deiner, S., Editores), Nomos Verlag, Baden, 2018, Art. 3 párrafo 30.

⁷⁶ Cfr. Fusch M., Marhold, F. y Friedrich, M., *Europäisches Arbeitsrecht*, Verlag Österreich, Viena, 2020, p. 603.

⁷⁷ Sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2007, *Kiiski*, asunto C-116/06 (ECLI:EU:2007:536) y de 11 de noviembre de 2010, *Danosa*, asunto C-232/09 (ECLI:EU:C:2010:674).

⁷⁸ Véase Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 41.

al trabajador autónomo como cualquier persona distinta de las contempladas en el art. 3 a) y b) de la Directiva 89/391/CEE. Por otro lado, la Directiva (UE) 2024/2831, relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, a pesar de reconocer determinados derechos por igual a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, reserva las previsiones relativas a la seguridad y salud en el trabajo a los primeros, por ser, a juicio del legislador, derechos “específicos” de ellos⁷⁹. Ambos instrumentos parecen ser indicadores claros de que las normas europeas relativas a la seguridad y salud del trabajo no son extensibles a los trabajadores autónomos “vulnerables”, ni en lo que respecta, si quiera, a los derechos de información y consulta.

4.3. Contratación fraudulenta

El trabajo a tiempo parcial, el trabajo de duración determinada, el trabajo a través de empresas de trabajo temporal y la producción descentralizada pueden ser mecanismos de flexibilidad que benefician a trabajadores y empleadores. Sin embargo, estas modalidades de trabajo también pueden dar lugar a condiciones fraudulentas, debido a su uso abusivo. Una información adecuada a los representantes de los trabajadores sobre la situación de empleo en la empresa podría permitirles denunciar anomalías que afecten no solo a los empleados, sino también a los trabajadores autónomos que hubiesen sido contratados como tales de manera fraudulenta.

El Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE) y el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada (Directiva 1999/70/CE) no reconocen explícitamente derechos de información y consulta a los representantes de los trabajadores, pero sí instan a los empleadores a “tomar en consideración” la transmisión de información adecuada a los órganos representativos de los trabajadores sobre el trabajo a tiempo parcial [cláusula 5.3 e) de la Directiva 97/81/CE] y sobre el trabajo de duración determinada en la empresa (cláusula 7.3 de la Directiva 1999/70/CE).

El ámbito de aplicación de estos acuerdos se centra en los conceptos de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral, definidos todos ellos de acuerdo con el Derecho nacional, es decir, la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. Consecuentemente, solo podrían recibir información sobre la cuestión, si así lo considerase el empresario, los representantes de las personas que sean calificadas como trabajadoras por cuenta ajena con arreglo a la legislación nacional. El TJUE ha señalado que la facultad discrecional que tales Acuerdos atribuyen a los Estados miembros para definir lo que constituye un contrato de trabajo o una relación laboral no es ilimitada,

⁷⁹ Considerando 54.

pues deben respetarse los principios generales del Derecho de la Unión y, especialmente, el efecto útil de las Directivas⁸⁰, y que la interpretación del ámbito de aplicación personal de tales instrumentos debe entenderse de manera amplia, debido al vínculo entre su contenido y el principio de igualdad y no discriminación⁸¹. Tales premisas permiten incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva categorías de trabajadores excluidos y al falso trabajo por cuenta propia, pero no permitirían extender los derechos a los trabajadores autónomos que estén calificados como tal, y de forma correcta, según la legislación de los Estados miembros y el Derecho de la Unión⁸².

Diferente conclusión puede extraerse del análisis del ámbito de aplicación personal de la Directiva 2008/104/CE relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. El art. 8 de la referida Directiva exige a la empresa usuaria que facilite información adecuada sobre el “recurso a la cesión temporal de trabajadores por empresas de trabajo temporal cuando transmita información sobre la situación del empleo en la empresa a los órganos representativos de los trabajadores instituidos de conformidad con el Derecho comunitario y nacional”. El tenor literal de la Directiva, en lo que su ámbito de aplicación se refiere, pareciera dejar claro que dentro de ella no tienen cabida los trabajadores autónomos, pues aquella solo se aplica a los trabajadores “que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal con el fin de ser cedidos a empresas usuarias”, de acuerdo con el Derecho nacional. Sin embargo, el TJUE ha modificado parcialmente tal interpretación, para evitar que los Estados miembros, gracias a la remisión que realiza la Directiva, excluyan a determinadas categorías de trabajadores de su esfera de protección.

Así pues, a juicio del Tribunal, la Directiva no solo se aplica a las personas que tengan una relación laboral, calificada como tal por los Estados miembros, con una empresa de trabajo temporal. También resulta de aplicación a las personas que cumplan dos condiciones: 1) que presten un servicio de empleo en el sentido del art. 45 del Tratado de Funcionamiento, es decir, una prestación de servicios durante un periodo determinado por cuenta y bajo la dirección de otra persona a cambio de remuneración; y 2) que estén protegidas por dicho servicio en el Estado miembro de que se trate, independientemente de la clasificación jurídica

⁸⁰ Véase Lousada Arochena, “El trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997)”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia* BOE, Madrid, 2023, pp. 1073-1074.

⁸¹ Sentencias del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Gavieiro Gavieiro v Iglesias Torres*, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 (ECLI:EU:C:2010:819) y 13 de septiembre de 2007, *Del Cerro Alonso*, asunto C-307/05 (ECLI:EU:C:2007:509).

⁸² Cfr. Pérez Rey, J. y Rodríguez Rodríguez, E., “La contratación de duración determinada (Directiva 1999/79/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999), en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, pp. 1017-1019.

de su relación con arreglo al Derecho nacional, de la naturaleza del vínculo jurídico entre las dos partes y de la forma de ser de esa relación. Según el Tribunal, no cabe dejar de aplicar la referida Directiva por el solo hecho de que no exista un contrato de trabajo entre la persona que presta los servicios y la agencia de trabajo temporal, careciendo de importancia, por lo tanto, la calificación jurídica y la naturaleza del vínculo entre aquella persona y la entidad cedente⁸³

Con arreglo a tal interpretación, podrían ser incluidos en la Directiva personas que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena en el Estado miembro en el que presten sus servicios, como, por ejemplo, los miembros de una fundación sin ánimo de lucro, los voluntarios o aprendices⁸⁴ o incluso determinados tipos de trabajadores autónomos⁸⁵. De hecho, la referida doctrina del TJUE tiene un impacto particular en las relaciones triangulares en las que una de las partes es un trabajador autónomo económicamente dependiente, ya que este suele cumplir los dos criterios mencionados: trabaja bajo las instrucciones del cliente principal, es decir, la agencia de trabajo, y se beneficia de determinadas garantías aplicables a los trabajadores por cuenta ajena en gran parte de los Estados miembros (cotizaciones, prestaciones por desempleo, etc.). Así pues, sería posible incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en concreto, de los derechos de información, a los trabajadores que prestan servicios como trabajadores autónomos económicamente dependientes para una empresa principal que, de forma temporal, los ha cedido a otra empresa, siempre que, en el Estado miembro de que se trate, tales trabajadores tengan reconocida una estructura representativa. Tal ampliación, además, no contravendría los objetivos principales declarados por la Directiva, ya que, al mismo tiempo que garantizaría la protección de los trabajadores atípicos por cuenta de terceros, también respetaría la diversidad de relaciones laborales y el desarrollo de modalidades de trabajo flexibles⁸⁶.

4.4. Gestión algorítmica del trabajo

El Plan de Acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales encomienda a los representantes de los trabajadores la gobernanza de la digitalización del trabajo

⁸³ Véase Cabeza Pereiro, J., *El ámbito del trabajo subordinado y del trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea*, cit., pp. 55-56.

⁸⁴ Véase Martínez Yáñez, N. M^a., *ob. cit.*, pp. 114-115.

⁸⁵ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2016, *Ruhrlandklinik*, asunto C-216/15 (ECLI:EU:C:2016:883).

⁸⁶ Sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2016, cit.: “Limitar el concepto de trabajador a aquellos que tienen un contrato de trabajo con la empresa de trabajo temporal (...) permitiría a los Estados miembros o las empresas de trabajo temporal excluir, según su voluntad, a determinadas categorías de personas, de la protección que persigue dicha Directiva y, en particular, de la aplicación del principio de igualdad de trato entre los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal y el personal contratado directamente por la empresa usuaria”.

y, en concreto, de los riesgos vinculados a esta⁸⁷. Afirmar, entre otras consideraciones, que “el diálogo social, la información, la consulta y participación de los trabajadores y de sus representantes [...] desempeñan un importante papel en la configuración de las transiciones económicas y el fomento de la innovación en el lugar de trabajo [...] con vistas a la doble transición en curso y los cambios en el mundo laboral”.

Las nuevas formas de trabajo, incluido el trabajo en plataformas digitales, descansan en el uso de algoritmos para gestionar los procesos de producción. Las empresas basan su actividad en sistemas automatizados que supervisan y toman decisiones sobre todas las personas que trabajan o prestan servicios en la empresa. La gestión algorítmica del trabajo afecta, consecuentemente, tanto a los trabajadores por cuenta ajena como a los trabajadores autónomos, pues ambos están gestionados por el mismo marco tecnológico que organiza la prestación de servicios y determina las condiciones de trabajo o de servicios individuales. A pesar de la naturaleza de la relación, tanto los trabajadores por cuenta ajena como los trabajadores por cuenta propia se encuentran en una posición desequilibrada frente a la empresa en lo que respecta a la gestión algorítmica, ya que esta última toma decisiones automatizadas que pueden tener un impacto más significativo incluso en la seguridad y la salud en el trabajo o en el derecho a la igualdad de trato. En tales situaciones, los derechos de información y consulta en materia de gestión algorítmica podrían proteger a ambos tipos de trabajadores contra el uso indebido de sistemas automatizados que afectan por igual a los datos personales, a la estabilidad en el empleo, a la discriminación, a la carga de trabajo excesiva y a la vigilancia o supervisión.

Así lo reconoce la propia Directiva (UE) 2024/2831, disponiendo que “las repercusiones de los sistemas automatizados de seguimiento y de los sistemas automatizados de toma de decisiones utilizados por las plataformas digitales de trabajo en cuanto a la protección de datos personales de los trabajadores por cuenta propia y sus oportunidades de ingresos son similares a los que tienen para los trabajadores de plataformas (por cuenta ajena)”⁸⁸. De hecho, aquella extiende determinados derechos de gestión algorítmica a todas las personas que realizan trabajo en plataformas y a sus representantes, es decir, a todas aquellas personas que prestan trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo, independientemente de la naturaleza de la relación contractual o designación por las partes (Art. 2 apartados 2 y 3). Se trata, además, de una de las primeras normas en la Unión Europea que legitima los sistemas de representación de los trabajadores autónomos, definidos aquellos como “los representantes de personas que

⁸⁷ Véase Bastante Velázquez, C. C. y Rodríguez Fernández, M^a. L., “Los derechos digitales y la inteligencia artificial en la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, 176/2025, p. 243.

⁸⁸ Considerando 54.

realicen trabajo en plataformas que no sean trabajadores (por cuenta ajena) de la plataforma”, en la medida en que tal sistema de representación “esté regulado en el Derecho y las prácticas nacionales” [art. 2.1 g)].

Dentro de los derechos reconocidos a los trabajadores autónomos de plataformas y sus representantes, destacan, por ejemplo, el derecho a ser informados sobre el uso de sistemas automatizados de control o de toma de decisiones, el tipo de decisiones que tales sistemas respaldan o apoyan, así como las categorías de datos y acciones procesados, la finalidad del control, los parámetros de los sistemas automatizados, incluida la forma en que los datos o el comportamiento de los trabajadores pueden influir en ellos, así como los motivos de cualquier decisión sobre la situación contractual de las personas que realizan trabajo en plataformas, entre otras (art. 9 apartados 1 y 4); el derecho a ser informados sobre la evaluación del impacto de las decisiones individuales adoptadas o respaldadas por dichos sistemas exigida por el art. 10 de la Directiva (art. 10.4); el derecho a opinar cuando se realice la evaluación de impacto de los sistemas automatizados exigida por el art. 35 del Reglamento General de Protección de Datos y a recibir el resultado de dicha evaluación (art. 8 apartados 1 y 2); o, en fin, el derecho a usar el canal de comunicación creado por la plataforma, a través de su infraestructura digital, para permitir a las personas trabajadoras comunicarse entre ellas y con sus representantes, de forma privada (art. 20).

A simple vista, podría parecer que los preceptos anteriores contribuyen a la igualdad de derechos entre trabajadores autónomos y trabajadores por cuenta ajena, también en lo relativo a los derechos de información y consulta. Sin embargo, un examen más detenido de la norma revela que los derechos reconocidos a los trabajadores autónomos de plataformas no tienen por objetivo equiparar a ambos colectivos en lo que a la política social se refiere, sino en lo relativo a la protección de sus datos personales.

Los derechos de transparencia e información anteriormente mencionados tienen como objetivo único reducir la asimetría informativa entre la plataforma digital y los prestadores de servicios⁸⁹, pero no desde un punto de vista colectivo, sino individual. La finalidad no tales medidas no es conceder a los trabajadores de plataformas cierta influencia en la toma de decisiones de las empresas, sino garantizar la transparencia de las decisiones automatizadas de las plataformas. Se trata, por lo tanto, de derechos que no tienen la misma base o naturaleza que los

⁸⁹ Véase Todolí Signes, A., “La Directiva de trabajo en plataformas digitales. Puntos conflictivos y recomendaciones para la transposición”, *Temas Laborales*, 173/2024, p. 62.

derechos tradicionales de información y consulta. Son dos los argumentos que sustentan tal conclusión:

1) La base competencial de los citados derechos de información. La Directiva (UE) 2024/2831 reconoce, o, mejor dicho, extiende determinados derechos a los trabajadores autónomos no desde la base competencial del art. 153.1 del TFUE, sino desde la base competencial del art. 16.2 del TFUE, mostrando, por lo tanto, que las garantías reconocidas no protegen colectivamente las condiciones de ‘empleo’ de los trabajadores autónomos, sino únicamente el tratamiento de sus datos personales frente a la gestión algorítmica de la plataforma⁹⁰. Así lo expresa de forma clara el art. 15 de la Directiva, al especificar que los representantes de los trabajadores autónomos solo podrán ejercer los derechos anteriormente enumerados si actúan en nombre de los trabajadores autónomos “en lo que respecta a la protección de sus datos personales”.

2) La regulación de los derechos de información y consulta en sentido estricto. Al margen de los derechos de información anteriormente referidos, la Directiva (UE) 2024/2831 dedica un precepto específico y diferenciado a los derechos de información y consulta propiamente dichos. Así, sobre la base de las obligaciones ya previstas en la Directiva 2002/14/CE, la Directiva (UE) 2024/2831 introduce una nueva circunstancia sobre la que la plataforma, en calidad de empleadora, deberá informar y consultar a los representantes de los trabajadores: las decisiones sobre la introducción o la modificación sustancial de sistemas automatizados de supervisión o de toma de decisiones (art. 13 apartados 1 y 2). No se trata, por lo tanto, de un derecho de negociación, sino de un proceso de intercambio de opiniones y diálogo en el sentido del art. 2 f) y g) de la Directiva 2002/14/CE.

La delimitación del ámbito subjetivo del referido derecho de información y consulta contenido en la Directiva (UE) 2024/2831 exige prestar atención a su tenor literal y al juego de definiciones que actúan como eje central de la norma. A diferencia de los anteriores preceptos, en los que la Directiva mencionaba, expresamente, a los representantes “de las personas que realizan trabajo en plataformas digitales”, el art. 13 abandona tal concepto y hace referencia, únicamente, a los “representantes de los trabajadores”. Si los representantes de los trabajadores se definen en la Directiva como los “representantes de trabajadores de plataformas, como sindicatos y representantes libremente elegidos por trabajadores de plataformas” [art. 2.1 f)], y el trabajador de plataformas se define, a su vez, como “toda persona que realice trabajo en plataformas que tenga un contrato de trabajo o se considere que tiene una relación laboral” [art. 2.1 d)], el art. 13 de la

⁹⁰ Véase Sánchez-Urán Azaña, Y. y De Torres Bóveda, N., “El Trabajo en plataformas digitales”, en *La construcción internacional y europea del Derecho Social* (Gil Plana, J., Director), Laborum, Murcia, 2025, p. 177.

Directiva restringe el derecho de información y consulta a los representantes de los trabajadores por cuenta ajena. Al igual que sucedía respecto de las previsiones en materia de seguridad y salud, la propia Directiva llega a especificar que “no se deben aplicar a las personas que realizan trabajo en plataformas digitales que no tengan una relación laboral los derechos relativos [...] a la información y consulta de los trabajadores de plataformas o sus representantes, que son específicos de los trabajadores por cuenta ajena con arreglo al Derecho de la Unión”⁹¹.

Las implicaciones de tal disposición no son baladí: aun tratándose de un instrumento normativo relativamente reciente, la contundencia con la que delimita el ámbito de aplicación de cada uno de los derechos es buena muestra de que el legislador de la Unión no tiene interés, al menos a corto plazo, en reconocer derechos de información y consulta para los trabajadores atípicos o, en general, para los trabajadores autónomos, aunque estos estén afectados por los mismos riesgos algorítmicos que los trabajadores por cuenta ajena. Confrontando con lo sucedido respecto de la negociación colectiva, la rigurosidad de la Directiva (UE) 2024/2831 provoca impide que se aplique el acervo de la Unión Europea a los trabajadores autónomos con carácter general, aun existiendo una posible vulnerabilidad económica⁹².

No obstante, la claridad de la Directiva (UE) 2024/2831 difiere de la ambigüedad presente en la Ley de Inteligencia Artificial [Reglamento (UE) 2024/1689]. Esta última recoge el derecho a la información algorítmica de los trabajadores y sus representantes. Así pues, de conformidad con el art. 26.7, los empleadores deben informar a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores afectados de que están expuestos al uso de un sistema de inteligencia artificial de alto riesgo antes de ponerlo en marcha o utilizarlo. Dicha información deberá facilitarse, cuando proceda, de conformidad con las normas y los procedimientos establecidos en el Derecho de la Unión y en la legislación y la práctica nacional en materia de información de los trabajadores y sus representantes.

El primer reto que plantea este derecho de información es el de delimitar su propia naturaleza. Aunque el Reglamento de Inteligencia Artificial no se remite a la Directiva 2002/14/CE a la hora de regular el referido derecho de información, sí dispone que tal derecho de información debe cumplirse a través de los procedimientos “tradicionales” de información, lo que parece indicar, *a priori*, que se trata de una manifestación más de aquella norma. Sin embargo, tal conclusión parece contraria al considerando 92 del Reglamento, que dispone que el derecho de información del art. 26.7 “se entiende sin perjuicio de la obligación de los empleadores de informar o de informar y consultar a los trabajadores o

⁹¹ Considerando 53.

⁹² Véase Sánchez-Urán Azaña, Y. y De Torres Bóveda, N., *ob. cit.*, pp. 179-180.

a sus representantes, en virtud del Derecho o las prácticas nacionales o de la Unión, incluida la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la decisión de poner en servicio o utilizar sistemas de IA”, así como que tal derecho de información “es accesorio y necesario para el objetivo de protección de los derechos fundamentales que subyace en el presente Reglamento [...], sin que dicho requisito (de información) afecte a ningún derecho vigente de los trabajadores”.

Se trata, por lo tanto, de un derecho de información que parece tener atribuido un carácter ambivalente, tanto en lo que respecta a sus titulares, por ser derecho individual y colectivo al mismo tiempo, como en lo que respecta a sus objetivos, pues su finalidad fundamental, la protección de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras, redundando indirectamente en una mejora de las condiciones de trabajo. Ello es coherente con la propia naturaleza del Reglamento de Inteligencia Artificial, en la medida en que se trata de un instrumento generalista que no está dirigido específicamente a las personas trabajadoras, pero sí recoge medidas en favor de estas últimas, en tanto que afectadas por los usos de la inteligencia artificial.

Una interpretación teleológica y sistemática del art. 26.7 del Reglamento de Inteligencia Artificial aconsejaría incluir a los trabajadores autónomos en su ámbito de aplicación, de tal modo que la empresa principal los informe, en las mismas condiciones que los trabajadores con los que trabajan “codo con codo”, de la instauración de sistemas de inteligencia artificial que les afecten en su lugar de trabajo. De hecho, los sistemas de inteligencia artificial sobre los que debería versar la información suministrada, en virtud del art. 26.7, son los recogidos el anexo II del Reglamento, incluyéndose en este, expresamente, aquellos que afecten al acceso al trabajo por cuenta propia.

Si el referido art. 26.7 fuese, simplemente, una concreción de los derechos de información y consulta previstos en la Directiva 2002/14/CE, serían prácticamente nulas las posibilidades de reconocer el derecho de información a los trabajadores autónomos que, en supuestos de subcontratación, presten servicios para una empresa principal que utilice sistemas de inteligencia artificial en lo relativo a la gestión de su trabajo. Sin embargo, el Reglamento de Inteligencia Artificial reconoce que el derecho de información se impone “incluso cuando no se cumplan las condiciones de las citadas obligaciones de información o de información y consulta previstas en otros instrumentos jurídicos”, aludiendo, expresamente, a aquella Directiva⁹³. Así pues, si bien la empresa principal no tendría la obligación de suministrar información a los trabajadores autónomos

⁹³ Véase Mercader Uguina, J., “Inteligencia Artificial y relaciones laborales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, 2/2024, pp. 1125.

acerca de los sistemas de inteligencia artificial en virtud de la Directiva 2002/14/CE, por estar excluidos aquellos de su ámbito de aplicación, si la tendría en virtud del Reglamento de Inteligencia Artificial.

4.5. Igualdad y no discriminación

Los trabajadores, como parte tradicionalmente más débil en una relación laboral, no son las únicas víctimas de la discriminación en el ámbito del trabajo o de la ocupación. Los trabajadores autónomos también pueden ver afectadas las condiciones en las que prestan sus servicios para una empresa principal por motivos discriminatorios. Así se desprende de determinadas legislaciones nacionales, que reconocen expresamente el derecho de los trabajadores autónomos a no ser tratados de manera desigual en sus relaciones con otras empresas en las que desarrollen su actividad. En España, el art. 4.3 apartados a) y b) del Estatuto del Trabajo Autónomo⁹⁴ reconoce el derecho a la no discriminación de los trabajadores autónomos, concretándose tal derecho, además, en art. 11 de la Ley 15/2022⁹⁵, que prohíbe expresamente establecer limitaciones, segregaciones o exclusiones por motivos discriminatorios en los acuerdos establecidos individualmente entre el trabajador autónomo y el cliente para el que realiza su actividad. En Italia, la Ley n.º 128, de 2 de noviembre de 2019 sobre el trabajo en plataformas digitales, extiende a los “colaboradores” autónomos de la plataforma las protecciones de igualdad, libertad y dignidad previstas para los trabajadores por cuenta ajena en relación con las oportunidades de trabajo, el acceso a la plataforma y la expulsión de la misma. En Austria, la parte I de la Ley de Igualdad de Trato, relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo (art. 1.3.2), y la parte II, relativa a la no discriminación en el trabajo por motivos de origen étnico, religión o creencias, edad u orientación sexual (art. 16.3.2) se aplican también expresamente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La similitud en la forma en que los trabajadores por cuenta ajena y las personas asimiladas a ellos prestan sus servicios significa que estas últimas pueden sufrir una desigualdad de trato que tradicionalmente se ha asociado a los primeros, como, por ejemplo, la decisión de poner fin a la relación contractual por motivos discriminatorios. La ampliación de los derechos de información y consulta en favor de los trabajadores autónomos permitiría que todas las personas que trabajan para la misma empresa o empleador dispongan de la información

⁹⁴ Ley 20/2007, de 11 de julio (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007).

⁹⁵ De 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022).

necesaria para abordar los prejuicios y la discriminación de manera sistemática⁹⁶ y reclamar la aplicación efectiva del principio de igualdad⁹⁷.

La igualdad y la lucha contra la no discriminación es, precisamente, uno de los ámbitos de la legislación europea en los que podría tener mayor cabida la ampliación o extensión de los derechos de información y consulta a favor de los representantes de los trabajadores autónomos. Las Directivas 2000/43/CE (relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico) y 2000/78/CE (relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) no prevén específicamente derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores, sino que insisten en la necesidad de que las medidas adoptadas por la empresa en virtud de ellas se pongan en conocimiento de las personas interesadas por todos los medios adecuados, incluyendo, en particular, el lugar de trabajo (art. 10 de la Directiva 2000/43 y art. 12 de la Directiva 2000/78). Sin embargo, la interpretación que ha realizado el TJUE del ámbito de aplicación personal de estas directivas puede servir como referencia para analizar el ámbito de aplicación de los derechos de información y consulta sí previstos en la Directiva 2006/54/CE.

La Directiva 2006/54/CE insta a los Estados miembros a que animen a los empresarios a proporcionar a los trabajadores o a sus representantes información adecuada sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la empresa (art. 21.4). Esta Directiva, al igual que las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, tiene un ámbito de aplicación personal universal, en favor de “todas las personas” (art. 3.1 de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE). Sin embargo, es el objetivo o el alcance material de la norma, es decir, de cada una de las medidas que contiene la Directiva, el que determina su aplicación selectiva a grupos o conjuntos de destinatarios, dentro de ese ámbito subjetivo universal⁹⁸. Por ejemplo, la prohibición

⁹⁶ Considerando 39 de la Directiva 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento: “La información (...) contribuye a aumentar la concienciación sobre los sesgos de género (...), así como a abordar dichos sesgos y discriminaciones de forma eficaz y sistemática, beneficiando de este modo a todas las personas que trabajan para el mismo empleador”.

⁹⁷ Apartado 25 de la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de octubre de 2015, sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [2014/2160(INI)]: “Pide a los Estados miembros que refuercen las obligaciones de las grandes o medianas empresas de garantizar la promoción sistemática de la igualdad de trato y de proporcionar información adecuada a sus empleados de manera regular”.

⁹⁸ Véase Casas Baamonde, M^a. E., “Igualdad y prohibición de discriminación por origen racial o étnico (Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000)”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, BOE, Madrid, 2023, pp. 549-551.

de discriminación en relación con las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación [art. 3.1 a) de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE y art. 14.1 a) de la Directiva 2006/54/CE] no resulta de aplicación únicamente a los puestos ocupados por un trabajador en el sentido del art. 45 del TFUE⁹⁹. Según el TJUE, aquellas también resultan de aplicación a las actividades por cuenta propia que sean reales, personales y se ejerzan en el marco de una relación jurídica caracterizada por un cierto grado de estabilidad, puesto que las Directivas pretenden abarcar un amplio abanico de actividades profesionales, incluidas las desarrolladas por trabajadores independientes, con el fin de garantizar su subsistencia¹⁰⁰.

Esta interpretación está referida, en gran medida, a medidas que prevén la inclusión expresa del trabajo por cuenta propia¹⁰¹. La duda radica en aquellas medidas que no la prevén o, al menos, no lo hacen de manera directa, como, por ejemplo, la prohibición de la discriminación en relación con las “condiciones de empleo y de trabajo” [art. 3.1 d) de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE y art. 14.1 a) de la Directiva 2006/54/CE]. Para determinar el ámbito de aplicación de estas medidas, debe partirse de la base de que el vínculo entre las Directivas y los derechos fundamentales exige que su ámbito de aplicación se interprete de manera amplia y teleológica¹⁰². Tal premisa determinó que el TJUE incluyese por analogía a determinados trabajadores autónomos bajo la cobertura de medidas no discriminatorias aparentemente destinadas a trabajadores por cuenta ajena¹⁰³.

En el caso *J.K. y TP, SA*.¹⁰⁴, el TJUE tuvo que responder a la cuestión de si la protección frente a la discriminación por razón de orientación sexual en lo que respecta a las condiciones de empleo y trabajo y despido [art. 3.1 c) de la Directiva 2000/78] podría incluir a un trabajador autónomo respecto del que la empresa principal para la que trabajaba decide cancelar los servicios ya acordados y no volverlo a contratar tras la publicación de un vídeo navideño, por parte de aquel,

⁹⁹ Véase sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022, *HK/Danmark v HK/Privat*, asunto C-587/20 (ECLI:EU:C:2022:419).

¹⁰⁰ Véase sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023, *J.K. V TP, SA*, asunto C-356/21 (ECLI:EU:C:2023:9).

¹⁰¹ Véase Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Libertad de empresa y prohibición de discriminación en el trabajo por cuenta propia (Notas a la STJUE de 12 de enero de 2023, *J.K.*; Asunto C-356/21)”, *Trabajo y Empresa. Revista de Derecho del Trabajo*, 1/2023, pp. 12-15.

¹⁰² Véase Martínez Yáñez, N. M., “Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440/19, pp. 47-54.

¹⁰³ Véase Pérez del Prado, D., “La aplicación del Derecho del Trabajo al empleo autónomo: reflexiones en torno a la STJUE de 12 de enero de 2023 (asunto C-356/21)”, *El Foro de Labos*. Disponible online en: <https://www.elforodelabos.es/2023/09/la-aplicacion-del-derecho-del-trabajo-al-empleo-autonomo-reflexiones-en-torno-a-la-stjue-de-12-de-enero-de-2023-asunto-c-356-21/>.

¹⁰⁴ Véase sentencia del TJUE de 2 de junio de 2022, *cit*.

en el que declaraba ser homosexual. Partiendo una interpretación sistemática y finalista, el TJUE declaró que, dentro de la expresión “condiciones de trabajo y empleo”, debía incluirse la extinción involuntaria de un contrato civil o mercantil de prestación de servicios por dos razones. En primer lugar, porque las actividades por cuenta propia se encuentran dentro del ámbito de aplicación universal de la Directiva 2000/78/CE y, siguiendo una interpretación amplia, el concepto de condiciones de trabajo y empleo se refiere “a las condiciones aplicables a cualquier forma de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia, cualquiera que sea la forma jurídica en que se ejerza”. En segundo lugar, porque una persona que ha ejercido una actividad independiente también “puede verse obligada por quien la contrata a cesar en esa actividad”, al igual que sucede respecto de un trabajador por cuenta ajena despedido, que sí está expresamente protegido por la norma. Según el TJUE, el hecho de que el trabajador autónomo encontrarse en una situación de “vulnerabilidad comparable a la de un trabajador despedido” determina que la rescisión de un contrato de prestación de servicios por motivos discriminatorios también quede amparada por la referida Directiva.

Las similitudes entre la Directiva 2006/54/CE y la Directiva 2000/78/CE, en lo que al ámbito de aplicación objetivo y la protección de los derechos fundamentales se refieren, hacen posible transponer la doctrina del TJUE con respecto a esta última e incluir a los trabajadores autónomos en el ámbito de aplicación personal de determinadas medidas de la Directiva 2006/54/CE que no lo prevean expresamente, como el despido (análogicamente, la rescisión del contrato) o incluso los derechos de información y consulta. En mi opinión, ello no sería incompatible con las bases competenciales de la Directiva 2006/54/CE. A diferencia de otras directivas de política social que prevén derechos de información y consulta, la Directiva 2006/54/CE se asienta no solo en el art. 153 del TFUE, sino también en el art. 19 del mismo texto. Este último precepto no se limita únicamente a la discriminación en las relaciones laborales, sino a la discriminación que se proyecta en todas las esferas de la vida personal, social, política y económica, incluyendo, por lo tanto, el trabajo prestado por cuenta propia¹⁰⁵.

La ampliación de los derechos de información y consulta de la Directiva 2006/54/CE a favor de los trabajadores autónomos sería coherente con los objetivos declarados por la norma, específicamente el de eliminar todos los obstáculos basados en motivos discriminatorios que impidan contribuir a la sociedad mediante el trabajo, “independientemente de la forma jurídica en la que se preste”¹⁰⁶. Además, se trata de una extensión que cobra especial importancia

¹⁰⁵ Sobre el potencial que podría haber tenido el art. 19 del TFUE para extender determinados derechos de la Directiva (UE) 2024/2831 a los trabajadores autónomos de plataformas, véase Sánchez-Urán Azaña, Y. y De Torres Bóveda, N., *ob. cit.*, p. 178.

¹⁰⁶ Sentencia del TJUE de 12 de enero de 2023, *J.K. y TP, SA, cit.*

debido a la falta de disposiciones al respecto en la Directiva 2010/41/UE, referida a la igualdad de trato entre hombres y mujeres que realizan una actividad por cuenta propia¹⁰⁷. Así pues, la interpretación amplia y analógica del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/54/CE es la mejor opción para que los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las personas asimiladas a los trabajadores por cuenta ajena estén cubiertos por los derechos de participación de los representantes de los trabajadores de la empresa principal, ya que los problemas de estos trabajadores en relación con la discriminación no se plantearán tanto en relación con la creación o expansión de su actividad (ámbito protegido por la Directiva 2010/41/UE) como en relación con el trato que les dispensa la empresa en la que se integran y a la que prestan servicios.

Las directivas más recientes en materia de igualdad también ofrecen, aunque en menor medida, posibilidades de extensión y cobertura de los trabajadores autónomos. En consonancia con el impulso al diálogo social en la Unión, también se pueden encontrar disposiciones relativas a los derechos de información y consulta en la reciente Directiva (UE) 2023/970, que insiste en la necesidad de que las empresas adopten una política de transparencia respecto a las estructuras retributivas para dar eficacia al principio de igualdad de retribución. La Directiva incluye una serie de medidas que refuerzan los derechos de información de los trabajadores individuales sobre la brecha salarial de género (art. 9 apartados 1 y 9) y los derechos de participación de los representantes de los trabajadores (art. 9.6). No obstante, dicha norma resulta de aplicación únicamente a “las personas que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se definen en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia” (art. 2.2).

El considerando 18 de la Directiva (UE) 2023/970 especifica que dentro de ese concepto de trabajador se deben incluir los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contrato de duración determinada, las personas con una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, los trabajadores que ocupan puestos directivos, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores de plataformas, los trabajadores en prácticas y los aprendices. La definición y la lista del considerando muestran que la remisión al Derecho nacional no es ilimitada y que la intención del legislador de la Unión era incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva las formas atípicas de empleo que, aun pudiendo calificarse como trabajo por cuenta propia en los Estados miembros, se ajustan al concepto amplio de trabajador en la Unión, a

¹⁰⁷ Véase Krauser, R., “Recognition of Economically-dependent Workers within EU Law – In Search for a Unicorn?”, en *Economically-dependent Workers. Employment in a Decent Economy – International, European and Comparative Law Perspective*, (Schubert, C., Editora), C.H. Beck, Múnich, 2022, pp. 260-262.

efectos del art. 45 del TFUE. Sin perjuicio de lo anterior, la referencia a la jurisprudencia del TJUE, contenida en la definición de trabajador de la Directiva, permitiría tener en cuenta no solo las sentencias relativas al concepto de trabajador de la Unión, sino también aquellas sentencias del Tribunal que amplían el régimen de protección de los trabajadores por cuenta ajena a los trabajadores por cuenta propia en una situación comparable, como fue el caso de la Directiva 2000/78/CE¹⁰⁸.

5. CONCLUSIONES: EL DERECHO DE INFORMACIÓN Y CONSULTA AL SERVICIO DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha analizado en las páginas anteriores, en los últimos años, la Unión Europea ha dado pasos decididos en dos ámbitos de la política social. Por un lado, el impulso del diálogo social, como motor esencial del mercado económico. Por otro lado, el reconocimiento y la protección de la vulnerabilidad de determinados trabajadores autónomos, especialmente de aquellos que se integran en otras entidades empresariales descentralizadas. Ambas líneas confluyen en la extensión de determinados derechos a estos últimos, como los previstos en la Directiva de trabajo en plataformas o en la legitimación del derecho a negociar colectivamente sus condiciones de ‘trabajo’.

No obstante, los derechos de información y consulta continúan reflejando la estructura binaria del Derecho del Trabajo a nivel europeo. La configuración jurídica del derecho de información y consulta del artículo 27 de la CDFUE remite a una normativa europea que, a grandes rasgos, no abre la puerta a los trabajadores autónomos y se ciñe a los trabajadores asalariados. Los derechos de información y consulta previstos en la Directiva 2002/14/CE imposibilitan un entendimiento flexible de los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Las posibilidades se ciñen, por lo tanto, a dos ámbitos. Por un lado, los instrumentos europeos desvinculados de la política social que reconozcan, de forma directa o indirecta, el derecho de información y consulta a los trabajadores autónomos, como, por ejemplo, el Reglamento de Inteligencia Artificial o las directivas relativas a la igualdad y no discriminación. Por otra parte, las directivas en materia de política social que acuden al derecho de los Estados miembros para definir el concepto de trabajador, quedando el acervo aplicable a los trabajadores autónomos en manos del TJUE y de la interpretación que haga en este cada momento del efecto útil de las aquellas.

Respecto de tal labor interpretativa, debe destacarse que la promoción y el respeto a los derechos fundamentales exige valorar de forma amplia la dimensión personal de los derechos de información y consulta, a pesar de que el legislador

¹⁰⁸ Véase Pérez del Prado, D., *ob. cit.*

haya optado por una visión restringida. Son las normas más recientes, que remiten al legislador nacional “teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, las que brindan mayor espacio para que el Tribunal traslade su doctrina respecto a la protección del trabajador autónomo vulnerable, extendiendo a favor de estos últimos los derechos de información y consulta previstos en directivas cuyo objetivo no es la promoción de los referidos derechos, sino de otro derecho fundamental. El derecho de información y consulta, como principio rector, contribuye a la efectividad de otros derechos fundamentales que sí gozan de efecto directo horizontal, como la igualdad (art. 21 de la CDFUE) o la seguridad y salud en el trabajo (art. 31 de la CDFUE).

El reconocimiento, respecto de los trabajadores autónomos, de una vulnerabilidad comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena exige que el trato de unos y otros no sea diferente. La solución no pasa por abordar tal cuestión de manera fragmentada, como ha venido haciendo hasta el momento la Unión Europea, sino por repensar el ámbito de aplicación personal del acervo social europeo y, en especial, de aquellos derechos, como el de información y consulta, que contribuyen a eliminar el desequilibrio de los actores del mercado.

Informes y Documentos

INFORME DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA

(AÑO 2025, 1º SEMESTRE)

Observatorio de la Negociación Colectiva. UNIA-CARL

Coordinación: Juan Manuel Moreno Díaz (UPO)
Equipo de trabajo: Francisco Pina (CARL), José María Ruz (UCO)
y María D. Valdueza (UC3M)



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DESCONEXIÓN DIGITAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA (PROF. STEFANO BINI)
3. LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA
4. MATERIAS CLÁSICAS ABORDADAS POR LOS NEGOCIADORES
 - 4.1. Tiempo de trabajo
 - 4.2. Salario
 - 4.3. Contratación y Empleo
 - 4.4. Flexibilidad interna
 - 4.5. Seguridad y Salud
 - 4.6. Medidas de acción social
5. CONTENIDOS NOVEDOSOS
 - 5.1. Formación
 - 5.2. Reglas sobre control empresarial mediante nuevas tecnologías y protección de datos
 - 5.3. Igualdad y protocolos de acoso laboral
 - 5.4. Desconexión digital

1. INTRODUCCIÓN

El estudio relativo a la negociación colectiva andaluza en este año 2025 va a seguir los pasos que ya se dieron en el pasado 2024, es decir, hacer un estudio en dos bloques distintos: uno, el relativo a las materias clásicas abordadas por los negociadores (incluyendo dentro de ellas materias como el tiempo de trabajo, salario, contratación, flexibilidad, seguridad y salud y medidas de acción social), distinguiéndolas de aquellas otras materias, que denominamos “novedosas”, y donde se incluyen aquellas relacionadas con la formación, las reglas empresariales de control en materia de protección de datos y nuevas tecnologías, la igualdad y la desconexión digital.

Además de todo ello, y por delante del abordaje de los mismos, se incluye un estudio del profesor Stefano Bini (Universidad de Córdoba) relativo a la Desconexión Digital en el ámbito de la negociación colectiva y sus reflexiones al respecto, con independencia del análisis que se hace al final del informe sobre el comportamiento de esta materia en los convenios colectivos andaluces en este semestre que acaba de finalizar.

2. DESCONEXIÓN DIGITAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

STEFANO BINI

*Profesor Permanente Laboral Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social UCO (acreditado Profesor Titular)*

No cabe duda del protagonismo de la negociación colectiva en la plasmación de un derecho “de última generación”, el derecho a la desconexión digital, que parece tener una importancia central en el marco del Derecho del trabajo digital, caracterizado -entre otras cosas- por una peligrosa compenetración entre tiempo de vida y tiempo de trabajo. En un trabajo recientemente publicado se ha desarrollado un estudio crítico de la regulación del derecho a la desconexión digital contenida en una muestra representativa de convenios colectivos seleccionados en el periodo de referencia 2023-2024 [S. BINI, *El derecho a la desconexión digital desde el prisma de la negociación colectiva reciente (2023-2024)*, en J. CRUZ VILLALÓN y P. RODRÍGUEZ RAMOS (Dirs.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio social, tecnológico, ecológico y empresarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2025, págs. 459-500].

Pues bien, entre las evidencias que el estudio de campo realizado ha destacado procede señalar que no todos los convenios analizados se caracterizan por prever una regulación específica del derecho a la desconexión digital, siendo diferentes los casos de mera reproducción convencional de los contenidos y/o

de los textos de las disposiciones legales vigentes en materia. Diferentemente, puede afirmarse también que, siempre del estudio realizado sobre la negociación colectiva más reciente, emerge que muchos de los convenios analizados destacan la fuerte vinculación entre el derecho a la desconexión digital y el doble perfil, tanto de la salud de las personas trabajadoras, como de la conciliación vida laboral - vida personal.

En este sentido, piénsese *-ex multiis-* en el XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería; oficinas de estudios técnicos; inspección, supervisión y control técnico y de calidad, en cuyo artículo 40 las partes destacan que «consideran que la desconexión digital es un derecho cuya regulación contribuye a la salud de las personas trabajadoras disminuyendo, entre otras, la fatiga tecnológica o estrés, y mejorando, de esta manera, el clima laboral y la calidad del trabajo». Al mismo tiempo, se lee también que «La desconexión digital es además necesaria para hacer viable la conciliación de la vida personal y laboral, reforzando así las diferentes medidas reguladas en esta materia».

Con respecto al perímetro subjetivo de los titulares del derecho a la desconexión digital, varios son los convenios colectivos que destacan que el mismo derecho se reconoce tanto a las personas trabajadoras que realizan su prestación a distancia, como a aquellas que trabajan presencialmente (a este respecto también v., entre otros, el citado artículo 40 del XX Convenio colectivo nacional de empresas de ingeniería).

En relación con el contenido del derecho en cuestión, se señalan positivamente las cláusulas que trazan un perímetro amplio, transversal y bastante omni-compreensivo, como -entre otros- en el caso del Convenio colectivo de Ediciones Reunidas, SAU, en cuyo artículo 56 se afirma: «En este sentido todas las personas trabajadoras tienen derecho a no responder a ninguna comunicación, fuere cual fuere el medio utilizado (correo electrónico, WhatsApp, teléfono, etc.), una vez finalizada su jornada laboral, salvo que concurran las circunstancias señaladas en el apartado quinto de este artículo».

En esta sede se ha pretendido ofrecer simplemente unas pinceladas generales de presentación, por así decirlo, del estudio científico al que se ha hecho referencia al principio, en el que se formulan conclusiones críticas y aportaciones interpretativas de carácter sistemático sobre un derecho vivo, que plantea cuestiones reguladoras y aplicativas de significativo interés y especial actualidad.

Efectivamente, puede decirse que el derecho a la desconexión digital se caracteriza por una multitud de perfiles e implicaciones, planteando -entre otros- cuestiones de efectividad, que entrelazan inexorablemente sus hilos con otros de

igual actualidad e importancia, como es en el caso de la compleja materia de la prevención de riesgos laborales o de la distribución del tiempo de trabajo.

3. LOS CONTENIDOS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS EN ANDALUCÍA

El análisis de la negociación colectiva durante el primer semestre de este año sigue la línea de lo ya visto en el año pasado. Las materias a estudiar serán las mismas que las de los informes precedentes, con la distinción entre materias clásicas y novedosas, aunque la metodología será distinta a partir de ahora, teniendo en cuenta que los informes serán semestrales (y no trimestrales, como hasta ahora). Y se hará analizando cada una de las materias objeto de estudio, y cómo la misma ha sido recogida en la negociación colectiva sectorial y empresarial.

4. MATERIAS CLÁSICAS

4.1. Tiempo de Trabajo

A) Convenios de sector

La negociación colectiva sectorial andaluza en el primer semestre del año 2025 sigue un poco la misma línea que ya había mostrado en periodos anteriores.

Por lo que se refiere al Tiempo de Trabajo, es la materia que más aparece en dichos convenios, con un 100% de presencia de estas cuestiones en los convenios de ámbito sectorial. En todos ellos está presente la materia relativa al tiempo de trabajo. Otra cosa es cómo se recoja en cada uno de los aspectos que pueden englobarse dentro de la misma. En unos, la regulación recoge a la jornada de trabajo y sus avatares únicamente (reducción, distribución, horario...), mientras que en otros se abre un apartado de “Tiempo de trabajo”, donde se incluye por supuesto la jornada y sus vicisitudes, pero también lo relativo a excedencias, permisos, vacaciones, suspensiones y otras cuestiones afines. Es por ello por lo que decimos que no hay una regulación uniforme de esta materia, aunque es clara su presencia en la totalidad de los convenios de sector.

En este sentido, se ha estudiado en qué medida aparecen en los convenios de sector cada una de las materias que están relacionadas con el tiempo de trabajo. Así, como ha quedado dicho, la jornada como tal está prevista en el 100% de los convenios sectoriales, lo cual es lógico si se tiene en cuenta la importancia de la materia. Otra materia que suscita el interés mayoritario de los convenios

sectoriales son las licencias y permisos, dado que aparecen en el 90% de ellos, al igual que las vacaciones, recogidas en un 80% de dichos convenios.

El resto de materias también aparecen recogidas, pero con bastante menos frecuencia. Es el caso de las excedencias (45%), horas extraordinarias (60%), período de prueba (45%) y reducción horaria (50%). Su aparición en los convenios sectoriales es frecuente, pero no tanto como lo fueron las licencias y permisos, por ejemplo.

Por último, en relación con el tiempo de trabajo, hay un tercer grupo de materias recogidas, pero con una frecuencia mucho menor. Nos referimos a los casos del registro horario (15%), trabajo nocturno (15%) y distribución irregular de la jornada (20%).

B) Convenios de empresa

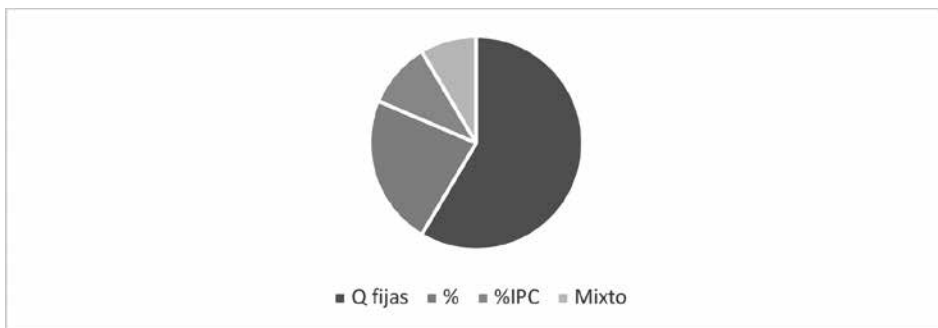
Por lo que respecta a los convenios de empresa firmados en el primer semestre de 2025 (han sido un total de 95), lo primero que hay que decir es que siguen en gran medida los parámetros por los que han discurrido los convenios de sector en lo que se refiere a las materias estudiadas. Así, lo relativo al tiempo de trabajo está presente en la totalidad de los convenios firmados, lo cual coincide con lo ocurrido en los convenios sectoriales. Y, de la misma manera que sucedía allí, hay una disparidad en cuanto al tratamiento de esta materia en el ámbito convencional empresarial, ya que unas veces se habla solamente de jornada de trabajo y sus avatares, mientras que en otras ocasiones se abre un apartado de Tiempo de Trabajo, donde se incluye, junto a la jornada, lo relacionado con permisos, excedencias, suspensiones, horario, calendario, etc.

4.2. Salario

A) Convenios de Sector

Las retribuciones básicas, establecidas en función de la categoría, el grupo o el nivel, se recogen en las Tablas salariales de todos los Convenios Colectivos (CC). Por lo que se refiere a la revisión salarial durante el tiempo de su vigencia se establecen diversas fórmulas de actualizar el salario, a saber: en el 15% de los CC estudiados se recogen en la tablas salariales anexas la cantidades que constituirán el salario actualizado en los años sucesivos; en un 70 % se hace referencia a los diferentes porcentajes en que irán aumentado los salarios en los diferentes años; en un 10 % se toma como referencia el IPC señalándose un porcentaje adicional sobre el mismo, para fijar la subida; finalmente, solo en un 5% se establece una fórmula mixta, esto es, un tramo de la vigencia se actualiza

señalando un porcentaje y otro tramo se establece la subida indicando que se hará en un 0,15 por encima del IPC.

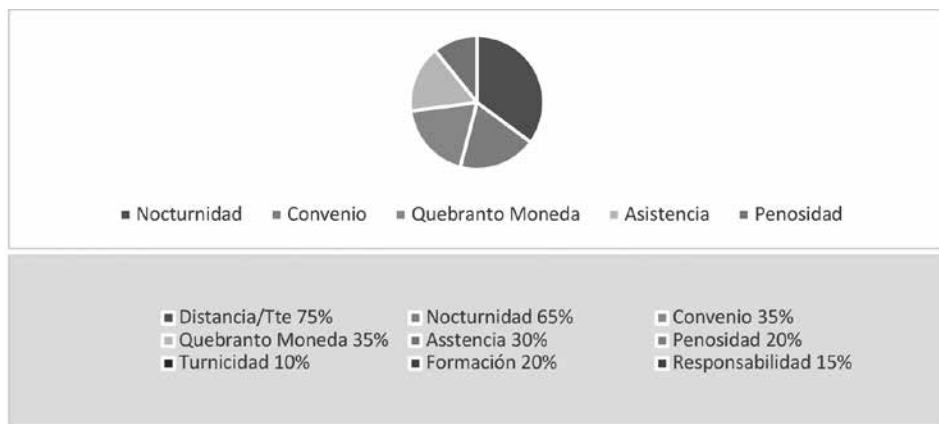


En cuanto a las pagas extraordinarias, el 40% fija solo las dos reglamentarias, mientras que el 55 % establece tres, quedando en un 5% el CC que establece 4 pagas.

Por lo que se refiere a los complementos retributivos, al tratarse de sectores tan heterogéneos como son, la tintorería, la viticultura, el transporte de pasajeros, las conservas, la industria del aceite o la hostelería, por poner algún ejemplo, los pluses reflejan dicha diversidad, especialmente aquellos que se relacionan con el puesto de trabajo. En los porcentajes más elevados se encuentran: el plus de distancia y el de transporte (75%); el de nocturnidad (65%), el plus convenio (35%), el de quebranto de moneda (35%); el plus de asistencia y de reducción de absentismo (30%), el relacionado con la peligrosidad, penosidad o toxicidad (20%), el de turnicidad (10%), el de la formación (idiomas o titulación superior) que es de un 20%; y, finalmente, el que hace referencia a la a especial responsabilidad de la persona trabajadora en su puesto de trabajo (15%).

Como es obvio, hay pluses que tiene su razón de ser en la especificidad de los trabajos que se lleva a cabo en cada sector. A modo de ejemplo: en el CC de Madera y Mueble de Córdoba, se establece un plus por desgaste de herramientas si es que las pone la propia persona trabajadora; en el CC de Transportes Interurbanos de Viajeros en Autobuses (Sevilla) se establece un plus discrecional que se dirige a compensar las tareas anexas y complementarias a la conducción; en el CC de Hostelería y Turismo (Almería) se recoge un plus por realización de camas

supletorias y otro por atender el minibar; en el CC de Viticultura para la Provincia de Cádiz, se contempla un plus mochila cargada al hombro



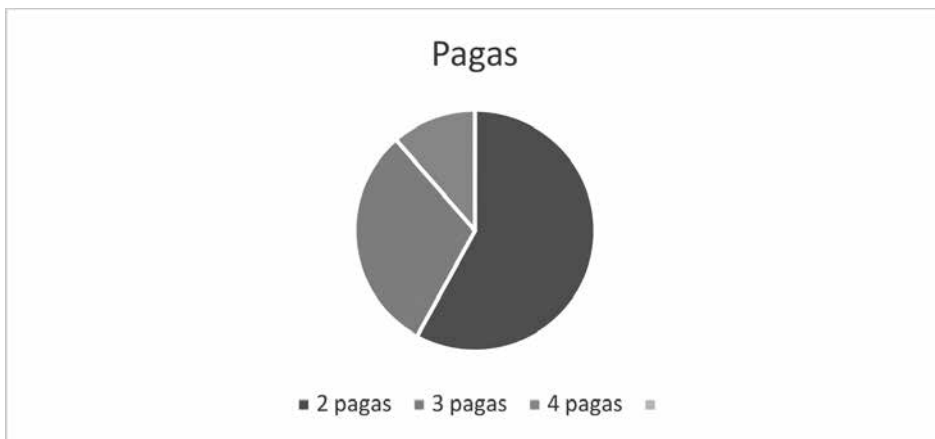
Mención especial debe merecer el plus que tiene en cuenta la permanencia en la empresa de las personas trabajadoras; este - que suele denominarse “plus de antigüedad”- sigue alcanzando unos porcentajes muy elevados (60%), adoptando muy diversas formas en lo que se refiere a su cómputo: año por año, bienios, trienios, cuatrienios, quinquenios o, también, en la modalidad de tramos (ej. 3,6,9,14,19, 24 años).

B) Convenios de empresa

Por lo que se refiere a la actualización salarial, como ya ocurría en los CC del sector analizado, se contempla diferentes sistemas durante la vigencia del CC. Pues bien, la mayoría de los CC (41%) contemplan las subidas en los sucesivos años de su vigencia aplicando unos determinados porcentajes; sin embargo, otros (14,8 %), optan por establecer las subidas fijando en las tablas salariales las cantidades actualizadas cada año de la vigencia del CC. Finalmente, con referencia al IPC, algunos fijan su subida de acuerdo directamente al mismo (8%) mientras que otro añade un porcentaje a dicho IPC (9%). No debe olvidarse que un porcentaje muy residual contempla otras posibilidades (ej. Aguas y Servicios de la Costa Tropical (Granada) establece unos años la subida de un porcentaje y otros un porcentaje del IPC). No está de más advertir que, algunos de los CC se refieren al personal laboral de entidades de carácter público, de modo que hay

un 22,7% de CC que se actualizan de conformidad con la Ley de Presupuestos Generales del Estado (LPGE).

Tratándose de las gratificaciones de carácter extraordinario, el 58% de lo CC tienen solo las 2 pagas extras reglamentarias, el 30,6% tiene 3 pagas extras y el 11,4% tiene 4 pagas extras.



Como es indiscutible, existe una gran diversidad de complementos retributivos en función de la propia actividad que desarrolla cada una de las empresas analizadas. En este sentido, los que más se recogen siguen siendo: el plus de nocturnidad (aparece en un 46,6% de los convenios); el de distancia o transporte (37,5%); el de fines de semana y festivos (35,22%), el de trabajos tóxicos, penosos y peligrosos (32,9%), el plus para evitar el absentismo (26,13 %); el de turnicidad (22,72%); el que se refiere a la responsabilidad en el desempeño (18,18%), el de disponibilidad (17,04%) y el de productividad 17,04%), el de Convenio (12,5) y el de quebranto de moneda (1,13 %). Finalmente, por lo que se refiere la antigüedad, cuando se reconoce, debe señalarse que la fórmula más recurrente es la de la consideración de los trienios (74,5%), frente a los quinquenios (10,6%). sin olvidar que hay fórmulas que consideran los cuatrienios o el cómputo año por año (14,9%).

Precisamente, dada la variedad de sectores productivos, más allá de los pluses que pueden considerarse como denominador común en todos los CC, la variedad de la prestación de cada empresa motiva unas particularidades en esta estructura salarial. Así, solo por poner algún ejemplo, en el CC. Servicios de Limpieza Pública Viaria y Recogida de RSU de San Fernando-Prezero S.A. se contempla un “plus de suciedad” que trata de compensar por la limpieza de la

ropa que debido a la prestación de servicios que se realiza exige una limpieza más a fondo. En el CC del Club de Golf Las Brisas, se contempla el plus de poda de palmera en altura. En el CC. Votarantim Cementos España se observa una prima de prevención cuando la siniestralidad por accidentes de trabajo sea cero. En el CC de la Empresa Agrícola las Lomas, se recoge un plus especial cuando el trabajo se hace en altura de más de 3 metros. Finalmente, en el CC. Empresa Instituto de Radioastronomía Milimétrica (IRAM) se recoge un “plus de montaña” que trata de compensar a las personas trabajadora que se encuentran asiladas cuando trabajan en el radiotelescopio.

También conviene advertir que tratándose de los trabajadores laborales que prestan sus servicios en organismos que se encuentran en la esfera del sector público (Ayuntamientos, Diputación, etc.) sus retribuciones, como es sabido, se componen, por un lado, de las básicas (salario, trienios y pagas extras) en función de los grupos y que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado; y, por otro, las complementarias que se desglosan en el complemento de destino (según el nivel), el específico (según el puesto) y la productividad (según el rendimiento).

4.3. Contratación y empleo

Con carácter general, los convenios sectoriales publicados entre enero y junio de 2025 prestan notable atención a la contratación y empleo, abordando diversidad de aspectos.

Respecto al periodo de prueba, nueve de los veinte convenios que componen la muestra regulan tal figura. En concreto, seis de dichos convenios coinciden en establecer en seis meses el límite más alto, dedicado a las categorías superiores; manteniendo así el límite que supletoriamente se establece legalmente. En menor medida, pero asimismo destacable, coincide el límite más bajo del periodo de prueba, donde cinco de los nueve convenios lo fijan en quince días, reduciendo el límite de dos meses fijado por el art. 14 ET en defecto de convenio. Entre tales extremos, el rango de duración del periodo de prueba oscila entre tres, dos y un mes.

Por su parte, en la muestra analizada, las medidas dirigidas a mejorar el acceso y mantenimiento del empleo respecto a colectivos vulnerables es prácticamente inexistente. Se observan cuatro cláusulas al efecto, que, no obstante, reiteran la obligación del cupo de reserva del 2%; exigencia obligatoria en virtud del art. 42 Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su

inclusión social. En todo caso, podría advertirse cierta intención incentivadora o promocional por parte de la negociación colectiva.

Con respecto al favorecimiento del empleo indefinido, nueve de los veinte convenios recogen cláusulas en esta dirección. Su contenido es heterogéneo, desde compromisos genéricos o meramente programáticos hasta la imposición de obligaciones vinculantes. Como cláusulas de buenas prácticas, convendría destacar las cláusulas que establecen porcentajes mínimos de contratación indefinida. En algunos supuestos, dicho porcentaje depende del número de trabajadores de la empresa, como es el supuesto del Convenio de Clínicas dentales Málaga u Hostelería y Turismo de Almería. En el caso del Convenio de Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de Córdoba, el porcentaje mínimo de contratos indefinidos se complementa con la obligación de convertir en indefinidos a un porcentaje de los contratos temporales que sobrepasen el límite establecido y con un complemento económico para trabajadores temporales. Asimismo, conviene destacar la prohibición de celebrar contratos temporales cuando existan trabajadores fijos discontinuos pendientes de llamamiento, cláusula presente en el Convenio de industrias de conservas y salazones de Huelva.

El contrato por circunstancias de la producción se consolida como una de las figuras que mayor interés ha recibido por parte de la negociación sectorial del primer semestre, con presencia en dieciséis de los veinte convenios analizados.

En cuanto a la primera modalidad del contrato por circunstancias de la producción, un considerable número de convenios, trece de los dieciséis que tratan la materia, hacen uso de la habilitación legal que permite a los convenios sectoriales elevar la duración máxima de tal modalidad contractual por encima de seis meses.

En detalle, siete convenios amplían tal duración hasta el máximo que permite la norma estatutaria, esto es, doce meses. Por otro lado, tres convenios realizan una ampliación más sofisticada, fijando la duración máxima en doce meses en un periodo de dieciocho meses. Aunque se trata de una cuestión compleja, la habilitación legal está formulada en términos amplios, por lo que nada impediría que la extensión de la duración contractual venga acompañada de garantías adicionales en este caso, una segunda frontera temporal. Adicionalmente, dos convenios amplían la duración del convenio, aunque no hasta el máximo permitido, sino hasta nueve meses. Finalmente, es posible encontrar una fórmula intermedia, marcando la duración máxima en doce meses con carácter general, reduciéndola a nueve meses en algunos supuestos, tal y como se regula en el Convenio de Transporte de viajeros por carretera de Almería.

Junto a la ampliación de la duración máxima, la negociación colectiva incluye definiciones, a título enunciativo, sobre el concepto de situaciones ocasionales e

imprevisibles en el concreto sector de actividad, véanse los Convenios de Transportes interurbanos de viajeros de Sevilla, Viticultura de Cádiz o Piel marroquinería Cádiz. Tales propuestas reflejan una relevante función de la negociación colectiva: aproximar la regulación laboral a la realidad fáctica del sector. Aunque no responden a un concreto llamamiento del legislador, las definiciones mencionadas pueden ser consideradas una buena práctica de la negociación colectiva.

El contrato por circunstancias de la producción, en su segunda modalidad, ha recibido escasa o nula atención por los convenios analizados. En adición, conviene tener presente que tal figura contractual ha sido recientemente reformada por la Ley 1/2025, de 1 de abril; introduciendo particularidades en el ámbito agrario y agroalimentario. Aunque se trata de un sector estratégico en Andalucía, se pronostica que aún es pronto para observar el impacto de tal reforma legal.

Junto a la modalidad recién descrita, el contrato fijo discontinuo también es uno de los aspectos que mayor presencia ha tenido en la negociación sectorial del primer semestre de 2025.

Sobre el supuesto de hecho, la negociación colectiva también ha introducido ejemplos a título enunciativo en el concreto sector de actividad. En esta dirección, véanse los Convenios de Transporte interurbano viajeros Sevilla y Transporte viajeros por carretera de Almería.

En otra dirección, la negociación sectorial del primer semestre del año, en algunos supuestos, potencia la celebración de este contrato, mientras que en otros la restringe. De un lado, también en el sector del transporte, el convenio del Convenio Colectivo del Sector de Transporte de Viajeros de Servicios Discrecionales, Regulares Temporales, Regulares de Servicio Especial y Transporte Turístico de Málaga incluye una cláusula dirigida a incentivar tal modalidad contractual. De otro lado, el Convenio de industrias de conservas y salazones de pescados de Huelva introduce una importante limitación sobre el contrato fijo discontinuo, que solo podrá celebrarse para el personal de fabricación. Cabría preguntarse si la negociación sectorial está facultada para plantear dicha limitación.

Por su parte, el llamamiento es un aspecto abordado por nueve de los veinte convenios sectoriales que componen la muestra. Además de plasmar los medios para llevar a cabo tal llamamiento, la mayor parte de las cláusulas regulan los criterios para ordenar el llamamiento e imponen un periodo mínimo de preaviso. Respecto al primer aspecto, ocho de los nueve convenios establecen a la antigüedad como criterio básico para configurar el orden de llamamiento. Por su

parte, los periodos mínimos de preaviso planteados convencionalmente oscilan entre siete y tres días de antelación.

La negociación sectorial del primer semestre también ha incidido en un interesante aspecto: los plazos de inactividad entre contrataciones, cuando las mismas justifican la celebración del contrato fijo discontinuo. Dos convenios colectivos amplían el periodo de inactividad a seis y nueve meses, superando el plazo máximo de tres meses establecido supletoriamente por el legislador; respectivamente, Convenio de Transporte de viajeros por carretera de Almería y Convenio del Sector de Transporte de Pasajeros en Vehículo de Turismo mediante Arrendamiento con Licencia VTC de la comunidad autónoma en su conjunto.

Otro aspecto de sumo interés en relación con la modalidad contractual objeto de estudio es la habilitación legal para permitir la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial. Entre los seis convenios sectoriales que en el primer semestre hacen uso de tal habilitación, tres de ellos introducen tutelas adicionales, ya sea un periodo mínimo de parcialidad, una concreta limitación a las horas complementarias o un plazo máximo de inactividad; respectivamente los Convenios del Sector Industrias de Tintorerías, Lavanderías de Uso Doméstico, Limpieza y Planchado de Ropas de Sevilla, Transporte de viajeros por carretera de Almería y Hostelería Sevilla.

Aun de manera moderada, la negociación sectorial del primer semestre del 2025 también hace uso del resto de habilitaciones contenidas en los apartados 5 y 6 del art. 16 ET, tales como la creación de un censo anual de trabajo fijo discontinuo, presente en cuatro convenios; el establecimiento de periodos mínimos de llamamiento anual, reflejado asimismo en cuatro convenios y la indemnización por fin de llamamiento, configurada exclusivamente por el Convenio Colectivo del Sector Industrias de Tintorerías, Lavanderías de Uso Doméstico, Limpieza y Planchado de Ropas de Sevilla.

En contraposición con las figuras recién examinadas, la contratación a tiempo parcial no ha cobrado especial protagonismo la negociación sectorial en el marzo temporal analizado. Se ha observado dos únicas intervenciones al respecto. De un lado, el Convenio de Piel y marroquinería de Cádiz determina que los contratos a tiempo parcial no pueden ser inferiores al 50% de la jornada ordinaria. De otro lado, el Convenio de Hostelería y turismo de Almería establece

el porcentaje máximo de horas complementarias en un 30%, coincidiendo con el plazo que determina la norma supletoriamente.

4.4. Flexibilidad interna y garantías por cambio de empresario

En materia de flexibilidad interna destacan las referencias a la movilidad funcional y a la inaplicación del convenio.

En cuanto a la primera cuestión, ocho convenios aluden expresamente a la movilidad funcional, aunque únicamente cuatro introducen mejoras respecto al régimen legal. El Convenio Hostelería y turismo de Almería, respecto al desempeño de funciones en categorías superiores, reduce el plazo de seis a cuatro meses y, en categoría inferiores, establece un plazo máximo de cuatro meses. El Convenio de Industria de aceite y derivados de Granada permite de consolidación de la categoría superior tras seis meses continuados u ocho alternos. El Convenio de Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras reduce los plazos anteriores a tres meses continuados o cuatro alternos.

Asimismo, ocho convenios abordan la inaplicación del convenio. Con carácter general, se reitera lo establecido por el art. 82.3 ET, salvo en dos aspectos. De un lado, dos convenios permiten que, ante la ausencia de RLT, se constituya una comisión ad hoc conforme a lo dispuesto por el art. 41.4 ET. De otro lado, igualmente dos convenios establecen un concreto supuesto que permite la inaplicación de los incrementos salariales.

En materia de garantías por cambio de empresario, destaca la subrogación de personal, ascendiendo a doce los convenios que regulan expresamente este extremo. Para comenzar, se observan remisiones a los correspondientes acuerdos marcos del sector. Sin embargo, ciertos convenios introducen imponen la subrogación de personal en los supuestos de sucesión de contratas. Los Convenios de Transporte de mercancías por carretera y Transporte interurbano, ambos de Sevilla, formulan una cláusula similar, donde la subrogación está condicionada a la concurrencia de diversos requisitos. Entre tales requisitos se encuentra la exigencia un periodo mínimo de antigüedad previo a la sucesión de la contrata de tres y seis meses respectivamente. Por su parte, el Convenio de Hostelería, también de la provincia de Sevilla, formula una cláusula diversa: se producirá la subrogación del personal cuando se la sucesión de concesiones administrativas venga acompañada del traspaso de infraestructura u organización empresarial básica.

En materia de subcontratación y empresas de trabajo temporal, la atención dispensada por la negociación sectorial del periodo analizado es reducida. Las escasas referencias negociales se limitan a remisiones a la legislación vigente o reiteraciones de obligaciones legales. Conviene detenerse en una cláusula,

recogida en el Convenio de Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras Córdoba. Tras enunciar el régimen aplicable al contrato de puesta a disposición, la cláusula en cuestión enuncia que “todo lo dispuesto con anterioridad no será en ningún caso de aplicación a la contratación de personal de promoción, (azafatos/as, venenciadores/as, etc.) con motivo de demostraciones, visitas guiadas, etc., contratación a la que se aplicará el régimen que en cada caso corresponda”. Salvo error por nuestra parte, dicha cláusula plantea una excepción al principio de equiparación de condiciones laborales recogido en el art. 11 de Ley 14/1994 por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. Cabría cuestionar si la negociación colectiva está habilitada para plantear tal modificación o restricción del régimen legal aplicable.

4.5 Seguridad y Salud en el trabajo

A) Convenios de sector

Algo parecido ocurre a la Seguridad y Salud en el Trabajo, dado que es ésta una materia que es ampliamente recogida en los convenios sectoriales del primer semestre. En este caso, la recepción es algo menor respecto de lo que sucede con el Tiempo de Trabajo, porque esta materia se incluye en el 85% de los convenios, y no en la totalidad, pero digamos que la cobertura es bastante amplia.

En cuanto al contenido reflejado en los convenios, hay menciones que van desde las muy genéricas a la normativa general de seguridad e higiene, otros que incluyen la referencia a los reconocimientos médicos y a la obligación de la empresa de proporcionar equipos de protección individual y muy pocos que aluden a la formación en materia de prevención.

En este sentido, un 70% de los convenios recogen una mención genérica a la normativa de seguridad y salud, igual porcentaje que el que los convenios dedican a la vigilancia de la salud de los trabajadores (o reconocimientos médicos, según lo recogido en cada convenio).

Estas dos menciones son las más importantes, ya que, a partir de ahí, las referencias a otros conceptos relacionados con la seguridad y salud en el trabajo bajan bastante. A este respecto, hay que decir que corren una suerte pareja lo relativo a la formación en materia de prevención, regulada en un 40% de los convenios, y los mecanismos de participación, con un 45% de referencias. En relación con el primero, la formación (que casi siempre va de la mano de la información), la cifra se antoja baja, teniendo en cuenta la importancia de una buena formación a los trabajadores para que se cumplan todos los objetivos de la prevención y con ello se puedan evitar la mayoría de accidentes de trabajo. Por tanto, habría que hacer una llamada a los negociadores para el incremento de ese porcentaje. Otro tanto ocurre con lo relativo a los mecanismos de participación

de los trabajadores en materia de seguridad y salud, manifestándose dicho ítem en un 45% de los convenios. Aquí se incluyen los órganos previstos en la Ley de Prevención como propios de los trabajadores en esta materia, es decir, los Delegados de Prevención y los Comités de Seguridad y Salud, aunque en escasas ocasiones se forma una comisión diferente (Comisión Paritaria) a la que se le dota de funciones de participación.

Más allá de lo anterior, los convenios sectoriales andaluces también contienen otras alusiones a la prevención de riesgos, como por ejemplo los equipos de protección individual (EPIs) que se proporcionan a los trabajadores para que puedan llevar a cabo su trabajo con el menor riesgo posible de sufrir un accidente. Ello se hace en el 30% de los convenios, donde están incluidos aquellos otros convenios que hacen referencia a las prendas de trabajo protectoras de la salud del trabajador (lejos de aquellas otras menciones a la ropa o vestuario del trabajo o uniforme del mismo, sin ninguna mención a la protección de la salud).

También, ya con menos intensidad, se presentan otras cláusulas relativas a la prevención de riesgos laborales. Nos referimos a las que se refieren a la obligatoriedad empresarial de elaborar un plan de prevención. En este supuesto, solo un 20% de los convenios contienen estas cláusulas, y menos aún son las que se refieren a la gestión de la prevención de riesgos laborales, es decir, las que establecen los servicios que están llamados a la gobernanza del convenio, que son, según los casos, los servicios de prevención ajenos, propios o mancomunados. Esto solo está recogido en 15% de los convenios.

En definitiva, hay una clara conciencia en los convenios sectoriales andaluces de la importancia de la seguridad y salud y a su reflejo convencional, de forma que ello sirva a un mejor cumplimiento de lo que se dice en la ley.

B) Convenios de empresa

En el ámbito empresarial, también es muy alta la presencia de las cláusulas relativas a esta materia, que se hace en el 90% de los convenios, en muchos de los cuales se hace una referencia genérica a la seguridad y salud (mencionando solo la vigilancia de la salud) y en otros se entra en más profundidades, añadiendo materias como la formación, la información, planes de prevención, informes de siniestralidad o de absentismo. También se hace alusión en otros a los órganos de representación en materia de seguridad y salud (delegados de prevención y

comité de seguridad y salud) o la adecuación del puesto de trabajo en caso de imposibilidad de llevar a cabo la prestación.

4.6. Medidas de acción social

A) Convenios de sector

En el 90% de los CC se contempla como mejora social el hecho de complementar la prestación del sistema de seguridad social en las situaciones de incapacidad temporal(IT) de los trabajadores y trabajadoras del sector. Ahora bien, el contenido de dicha mejora va a variar en cuanto a su fecha de inicio y a su duración, en función de que se trata de contingencias comunes o profesionales. Además, tratándose de las Its debidas a enfermedades comunes, algunos convenios tienen en cuenta si se trata de la primera baja, de modo que en las sucesivas la mejora deja de ser tan generosa (por ej. así se recoge en el CC de Automoción de Málaga); en otros casos se tiene en consideración el índice de absentismo para dar diferente contenido a dicha medida social (v.gr. CC. Industrias Conservas y Salazones de Pescado(Huelva).

Asimismo, en el 80 % de los CC analizados se recoge como mejora el concertar una póliza de seguros que cubra las situaciones de muerte e incapacidad, si bien es verdad que la cobertura concreta de dicha póliza va a variar de un CC a otro, lo cual tiene su lógica debido a la diversidad de sectores que se contemplan.

Por lo que se refiere a las ayudas de carácter familiar- que son el 30% - contemplan: el caso de fallecimiento, el matrimonio – el CC de Hostelería de Sevilla también se refiere a la constitución de parejas de hecho- y el supuesto de los nacimientos. Curiosamente el CC. de la Hostelería y Turismo (Almería) establece un subsidio de 80,90 euros al personal (tanto masculino como femenino) que siga trabajando después del matrimonio.

Solo se observan ayudas para los hijos e hijas discapacitados – dando contenido en cada uno de ellos a la extensión del término – en un 25 %. Resulta interesante que en el

CC de la Piel-Marroquinería (Cádiz) también se contemplen ayuda a las altas capacidades. Por lo que se refiere a las ayudas a los estudios solo son contempladas por un 20%, de los CC estudiados y en algunos casos se señalan los estudios (de la escuela Infantil a la Universidad) mientras que en otros se hace referencia a los tramos de edad (de 0 a 18 años/de 2 a 23 años/de 0 a 21 años). También, se contempla en un 20% el premio por jubilación .

Finalmente, hay que señalar que el CC de Transporte de viajeros por carretera (Córdoba) y el CC. de Empresas de Transporte de Viajeros de Servicios(Málaga)

cubren los costes del traslado del fallecido si el deceso se ha producido fuera domicilio habitual. Mejoras que, como es obvio, contemplan una contingencia que puede acontecer en las personas trabajadoras de este sector.



B) Convenios de empresa

Las mejoras de carácter social que se han analizado en los CC de sector tienen una traducción muy similar en los de Empresa.

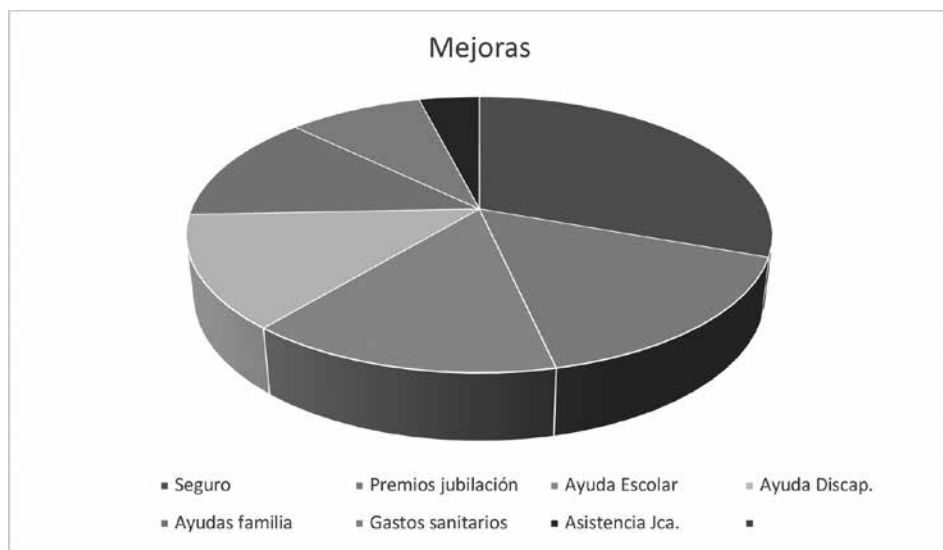
Tratándose del complemento de la prestación de Seguridad Social en la contingencia de incapacidad temporal, el porcentaje es el más alto de los CC analizados pues se encuentra en un 85,22%; si bien es cierto – como se señalaba en los de sector – que aunque el complemento casi en su totalidad supone el 100% del salario, sin embargo si se establecen diferencias en orden a si se trata de una enfermedad común o un accidente (laboral o no), si está ante una primera situación de baja o ya han sucedido otras anteriores; o si ese complemento tiene el recorrido de toda la baja laboral del trabajador o trabajadora o solo contempla un espacio limitado en el tiempo.

También, como ocurría en los CC de sector, otra de las mejoras sociales más recurrentes (un 78,4%) es la formalización de pólizas de seguro colectivo que cubren las contingencias de muerte e incapacidad de sus trabajadores; aunque, como es obvio, se contempla con una gran diversidad de supuestos y cuantías. La ayuda escolar es otra de las mejoras sociales estrellas (37,5%) contemplando estas ayudas para los hijos e hijas que cursen estudios desde la escuela infantil a la universidad, si bien es verdad que las dotaciones van a depender del Fondo Social de cada Empresa.

También son especialmente sensibles las empresas (34%) en las ayudas a los hijos e hijas y solo en algunos casos también a los cónyuges y parejas de hecho, que se encuentran en una situación de discapacidad, dando contenido en cada caso a los umbrales de discapacidad para disfrutar de las mismas. El premio

a la jubilación también es contemplado en un porcentaje alto (41%). La familia (33%) es otro de los ejes de las mejoras, y es observada desde el prisma actual, esto es, no solo los matrimonios sino las parejas de hecho, recogiendo tanto la nupcialidad como la natalidad y aunque muy residual también la defunción.

Especial mención debe hacerse de la asistencia médica, y no tanto por su importancia cuantitativa, que también pues alcanza un 22,72%, sino por lo cualitativo al recoger prestaciones que están fuera del Sistema de Salud y que son muy costosas como son las de índole dental; aunque también contempla las auditivas, oftalmológicas e incluso las prótesis. Finalmente, se observa la asistencia jurídica en un porcentaje no muy significativo (10,22%) aunque no por ello deje de ser una ayuda importante.



5. CONTENIDOS NOVEDOSOS

5.1. Formación

A) Convenios de sector

Cuantitativamente, la formación para el empleo es uno de los contenidos que mayor atención ha recibido por parte de los convenios sectoriales aprobados entre enero y junio de 2025. Un total de 13 de los 20 convenios han abordado tal extremo. Cualitativamente, si bien algunos convenios reiteran los derechos recogidos en el Estatuto, es posible identificar notables aportaciones. En primer

lugar, se reitera la constitución de comisiones dedicadas a la formación. En menor medida se han localizado referencias a los planes de formación que, como se comprobará, es un contenido más frecuente en la negociación a nivel empresarial. En segundo lugar, destacan las remisiones a acuerdos nacionales referidos a la formación, lo que permite advertir la relevancia de la regulación estatal al respecto. En tercer lugar, varios convenios desarrollan y concretan los derechos y deberes en materia de formación. Se reitera la obligatoriedad de la formación para los trabajadores, estableciéndose sanciones aparejadas a su incumplimiento.



Menor interés ha recibido por parte de la negociación sectorial el contrato formativo del art. 11 ET. En cualquier caso, es posible identificar ciertas innovaciones en la materia.

En cuanto al contrato de formación en alternancia, en primer lugar, destaca la prohibición para celebrar tal modalidad contractual respecto a determinados oficios, presente en el Convenio de Piel y marroquinería de Cádiz. Por su parte, haciendo uso de una habilitación legal expresa, el Convenio de Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de Córdoba aumenta los porcentajes retributivos al 75% el primer año y al 90% el segundo. Adicionalmente, algunos convenios aumentan la duración máxima del contrato hasta tres años, a pesar de que la

norma legal regula un máximo de dos años de duración, véanse los Convenios de Tintorería Sevilla y Dependencia mercantil Almería.

Atendiendo al contrato formativo para la obtención de la práctica profesional, el convenio de Tintorería de Sevilla aumenta la duración máxima superando el máximo legal de un año. En paralelo con lo anterior, el Convenio de Industrias vinícolas, licoreras y alcoholeras de Córdoba también aumenta el porcentaje retributivo, en este caso al 85 %. Finalmente, el Convenio de Piel y marroquinería de Cádiz prohíbe el periodo de prueba para esta modalidad contractual.

Sin pretensión de exhaustividad, cabría poner en cuestión la validez de las cláusulas que amplían la duración del contrato formativo, en sus dos modalidades, superando los plazos marcados por la norma legal; una regulación que parece estar redactada como Derecho necesario.

B) Convenios de empresa

Al igual que a nivel sectorial, la formación para el empleo se configura como uno de los aspectos que cobra mayor protagonismo en los convenios de empresa, concretamente cuarenta y dos del total de noventa y cinco convenios analizados. La práctica totalidad de los convenios que tratan esta cuestión desarrollan, con mayor o menor exhaustividad, las particularidades de la formación para el empleo en la empresa. Destaca la creación de comisiones específicas al respecto e, incluso en mayor medida, la obligación de elaborar planes -usualmente anualmente- sobre formación y capacitación profesional.

Menor atención recibe el contrato formativo, en sus dos modalidades; lo que no impide la existencia de interesantes avances por parte de la negociación de empresa. En materia de contrato de formación en alternancia, las mejoras introducidas por los convenios de empresa se orientan al aspecto retributivo. Dos convenios de empresa mejoran los porcentajes establecidos supletoriamente por el estatuto, un 85% para el primer año y el 95% para el segundo, respecto al grupo profesional y nivel retributivo correspondiente. Más aun, el Convenio del Colegio Novaschool Añoreta establece la equiparación retributiva respecto al grupo y nivel retributivo equivalente.

El contrato formativo para la adquisición de la práctica profesional también es objeto de mejoras en la esfera retributiva. En este caso, tres convenios configuran la equiparación salarial entre esta tipología contractual y el correspondiente grupo y nivel retributivo. Este mismo número de convenios introducen un aumento de los porcentajes de retribución marcados supletoriamente en el art. 11 ET. Antes de finalizar, conviene subrayar una interesante cláusula introducida en el Convenio de Formación y gestión de Granada, S.L.M.P., según la cual el

número de contratos formativos para la adquisición de la práctica profesional no puede superar el 5% del total de la plantilla.

5.2. Reglas sobre control empresarial mediante protección de datos y nuevas tecnologías

A) Convenios de sector

Por lo que respecta a las medidas empresariales en relación con la protección de datos y las nuevas tecnologías, los convenios sectoriales andaluces son bastante parcos en su regulación y, cuando dicen algo de ello, lo hacen incluyéndolo en el régimen disciplinario. Así, se incluyen entre las faltas graves y muy graves cláusulas del siguiente tenor: “Serán faltas graves ... la retención, no autorizada, de documentos, datos y correspondencia, o su aplicación, destino o usos distintos de los que correspondan (CC APEMAR, art. 32.2). O esta otra: “Serán faltas muy graves ... la violación del secreto de correspondencia, y de documentos de la empresa, o revelar a elementos ajenos a la misma, datos de reserva obligada”. Estas cláusulas son muy frecuentes encontrarlas en nuestros convenios, aunque no así las referidas a las nuevas tecnologías, en las que se sigue una dinámica parecida, al considerar como falta grave o muy grave “la indebida utilización de los equipos o instalaciones informáticas puestos a disposición del trabajador por parte de la empresa”. Tomando en su conjunto ambos tipos de cláusulas, nuestros convenios solo las recogen en un 35% del total de los publicados en el semestre.

B) Convenios de empresa

En el ámbito de los convenios empresariales, estos también han incluido lo relacionado con las medidas empresariales de protección de datos y nuevas tecnologías, las cuales tienen una presencia mucho menor que el tiempo de trabajo y la seguridad y salud. En concreto, podemos encontrar cláusulas de este tipo en un 46,4% del total de los convenios de empresa, y siempre de una forma indirecta, es decir, en la parte relativa a los regímenes sancionadores de los convenios, de tal forma que se establecen como faltas (normalmente graves o muy graves) las acciones cometidas por los trabajadores que consistan, por ejemplo, en la alteración intencionada o falsificación de datos personales o laborales relativos al propio trabajador o a sus compañeros, o en violar intencionadamente el secreto de la correspondencia o documentos reservados de la empresa, de sus trabajadores o de las representaciones sindicales. Por el contrario, son muy pocos los convenios

que hacen una regulación directa de los poderes empresariales en materia de protección de datos o de las nuevas tecnologías.

5.3. Igualdad y protocolos de acoso

A) Convenios de sector

En el 85 % de los CC analizados se expresa el compromiso con el derecho a la igualdad y no discriminación de las personas trabajadoras. Solo hay 3 CC (15%) que no hacen ningún tipo de referencia a este derecho fundamental: a) el CC del Programa de Fomento Empleo Agrario (Málaga); b) el CC del Transporte de Viajeros por Carretera (Córdoba); c) el CC de Transporte de Mercancías por carretera (AETRANS).

En cuanto a los planes de igualdad, se recuerda el mandato de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombre, en orden a la obligatoriedad en función de tamaño de la empresa. Con todo, algunos CC van más allá, y ponen de manifiesto la relevancia de estos planes (por ej. el CC. de Agencias Marítimas de la provincia de Cádiz) o incluso señalan el contenido mínimo de los mismos (v.gr., CC. de Industrias Conservas y salazones de pescado (Huelva).

Por lo que se refiere al acoso – sexual, por razón de sexo y el de carácter moral – en un 65%, se hace alusión a él, aunque con diferente énfasis; así, en algunos casos solo se recuerda que constituye una falta muy grave en el régimen disciplinario mientras que en otros el compromiso es mayor y se alude a la necesidad de fomentar un entorno de trabajo seguro, diverso e incluso (ej. CC de Clínicas Dentales de Málaga) debiendo , a tal fin, adoptar todas las medidas que sean necesarias y, en concreto, los protocolos de acoso. En este sentido, en un 20% de los CC se recoge el protocolo como un anexo del mismo. Finalmente, debe ponerse de manifiesto que la lucha contra la discriminación a los colectivos LGTBI se contempla de manera específica en un 30% de lo CC analizados.

B) Convenios de empresa

Tratándose de pronunciamiento de carácter programático sobre la igualdad y no discriminación por todos los motivos contemplados por nuestro Texto constitucional - aunque especialmente por razón de género- se puede decir que, aunque solo sea una remisión a la legislación, los hacen prácticamente todos. Lo mismo puede decirse sobre el acoso, sexual, por razón de sexo o moral, pues afirmaciones como *“debemos de contribuir a crear un ambiente sano y seguro con toleración cero al acoso”* se encuentran de manera programática en los CC analizados al tratarse de un tema de salud laboral. Cuestión bien distinta es cuando se tiene que materializar estos propósitos, esto es, cuando ya se trata de la elaboración e implementación de los planes de igualdad y los protocolos

de acoso. Por lo que se refiere a los primeros, hay mas de un 35% que señalan expresamente que los tienen, en otros casos afirman que los están elaborando y, también, que cuando lleguen a los umbrales que se exigen los elaborarán. Por lo que se refiere a los segundos, que es obligatorio para todas las empresas al margen de su tamaño, los protocolos de acoso solo alcanzan un 23%; no obstante, podrían estar fuera del CC y, como señalan algunos, estar incorporados en los propios Planes de Igualdad.

Par terminar, llama especialmente la atención que el Colegio de Abogados de Sevilla no profundice en las materias señaladas y se quede en un plano muy programático; si bien es verdad, aún no ha hecho el tránsito - como otro colegios - a una nomenclatura más acorde con la igualdad de género, esto es, denominándose Colegio de la Abogacía y no de abogados.

5.4. Desconexión digital

A) Convenios de sector

Por último, en lo relativo a la desconexión digital, las cifras son aún más pobres, teniendo en cuenta que solo el 15% de los convenios hacen una alusión a la misma. Y en relación con el contenido de las mismas, van desde la pura remisión al texto de la ley en la materia, otras que conciben a la desconexión digital como un elemento que ayuda a salvaguardar la salud mental y la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores, y otras que ponen de manifiesto que el uso de este derecho por los trabajadores no podrá suponer ningún tipo de represalias contra ellos por parte de la empresa.

B) Convenios de empresa

Finalmente, ha sido analizado lo relativo a la desconexión digital del trabajador en los convenios empresariales, siendo muy escasos (en concreto, el 11,5%) los convenios que contemplan esta posibilidad. Esta es una materia en la que queda mucho por andar, dado que el teletrabajo se ha impuesto en muchas de las empresas y se hace necesario contemplar en los convenios el derecho a la desconexión digital fuera de las horas de trabajo, como refuerzo del derecho que el Estatuto de los Trabajadores ya reconoce (art. 20 bis ET).

Comentarios de Jurisprudencia

**LÍMITES AL DERECHO DE LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y
DE ASOCIACIÓN EN EL ARTÍCULO 11 DEL CONVENIO EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**

***LIMITATIONS ON THE RIGHT TO FREEDOM OF PEACEFUL
ASSEMBLY AND ASSOCIATION IN ARTICLE 11 OF THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS***

ALBA VILLANUEVA FERNÁNDEZ *

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 16 de enero de 2025

Asunto Bodson y otras contra Bélgica

ECLI:CE:ECHR:2025:0116 JUD003583422

SUPUESTO DE HECHO: El día 19 de octubre de 2015, la Federación General del Trabajo de Bélgica (en adelante FGTB) convocó una huelga general como protesta ante las medidas de austeridad impuestas por el gobierno federal. La huelga había sido anunciada con varias semanas de antelación. Entre las actuaciones organizadas por la FGTB en esa jornada, se incluía el bloqueo de los accesos a un centro comercial en la localidad de Herstal, en la región de Valonia, incluyendo piquetes informativos en las inmediaciones del centro comercial, cerca de la autopista A30/E40 y el puente Cheratte. A primera hora de la mañana, un grupo de manifestantes no identificados bloquearon la autopista, estableciendo barricadas con materiales diversos, que posteriormente fueron quemados. Después de 5 horas aproximadas de bloqueo, los manifestantes abandonaron la autopista, habiendo ocasionado un atasco de unos 400 kilómetros y daños en la calzada provocados por el incendio, que posteriormente se valoraron en varios miles de euros. Como consecuencia del tráfico bloqueado, un cirujano que acudía a su puesto de trabajo quedó atrapado en el colapso, y se atribuyó a este hecho la muerte de un paciente hospitalizado que requería una intervención de urgencia. A través de las imágenes de los medios de comunicación que cubrieron la noticia y redes sociales, se pudo identificar a varias personas en la protesta, incluyendo miembros del sindicato organizador, que reconocieron haber estado presentes pero que rechazaron haber participado activamente en la constitución de la

* Profesora Sustituta Interina del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

barricada o en el incendio. La acción del bloqueo de la autopista y del puente Cheratte no se encontraba entre las actuaciones planificadas en la acción sindical.

RESUMEN: La Sentencia de 16 de enero de 2025 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos valora si se ha producido una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de asamblea y asociación de los sindicalistas. El órgano sentenciador sigue la metodología habitual a la hora de poner en valor el art. 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos. En primer lugar reconoce la interferencia que se ha producido respecto a los derechos de los demandados. En segundo lugar valora si esa interferencia tiene un sustento legal, si persigue un bien legítimo y si esa restricción era necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal concluye que la interferencia tiene una base legal sustentada en el art. 406 del Código Penal belga y que ésta persigue un bien legítimo, como es la protección del tráfico por carretera, el orden público y la seguridad de los usuarios por vía terrestre. Según el Tribunal, la comparativa entre el corte del tráfico y los peligros creados supera el juicio de proporcionalidad. En consecuencia, no se aprecia violación del art. 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ni de su art. 14, que se examina de manera subsidiaria por el carácter de sindicalista de los acusados.

ÍNDICE

1. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN
2. ANÁLISIS DEL CASO. LA DOCTRINA DEL TEDH Y LA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN
3. LOS LÍMITES EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN
4. ATERRIZANDO LA DOCTRINA DEL TEDH EN ESPAÑA
5. REFLEXIONES FINALES

1. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO DE REUNIÓN Y DE ASOCIACIÓN

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) fue hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y fue enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente¹. Es un tratado internacional multilateral con el que se pretende establecer un sistema para la protección internacional de los Derechos Humanos. Según su artículo 66, está abierto a la aceptación de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

El CEDH conforma el principal marco de protección de derechos humanos en Europa e incluye un particular mecanismo de garantía. Se trata del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), que se instituye por el artículo 19 del Convenio, como un instrumento que busca asegurar el respeto de los compromisos que aceptan los Estados Miembros después de su ratificación. El Tribunal está conformado por un Magistrado de la nacionalidad de cada Estado Miembro del Consejo de Europa, elegidos por un período de nueve años con posibilidad de renovación. La elección se realiza en la Asamblea Consultiva, por mayoría de los votos emitidos, de un listado conformado por tres candidatos propuestos por cada Estado Miembro.

El Tribunal tiene competencia para conocer de los asuntos sobre la interpretación y aplicación del Convenio. Su función no es sustituir a los tribunales nacionales en la aplicación de la legislación interna, sino verificar que esa interpretación sea compatible con el Convenio². Así pues, el Tribunal puede ser invocado cuando se ponen en juego alguno de los derechos incluidos en el CEDH, siempre que se hayan agotado las vías de recurso internas.

En este sentido, no hay que perder de vista la dualidad que existe en materia de protección de derechos humanos en la región. El sistema europeo de protección de los derechos humanos tiene un carácter dual, conformado por el CEDH, para los derechos civiles y políticos, también llamados derechos humanos de primera generación, y la Carta Social Europea, para los derechos de naturaleza económica, social y cultural, o derechos humanos de segunda generación. La esencia de esta diferencia se encuentra en los mecanismos de garantía establecidos para

¹ El Convenio fue firmado por el Ministro de Asuntos Exteriores de España el 24 de noviembre de 1977, en Estrasburgo, publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

² Hay muchos pronunciamientos del Tribunal en este sentido. Sirva como ejemplo la STEDH de 11 de abril de 2002, asunto Angelopoulos contra Grecia (núm. 49215/99), o la STEDH Belkacem contra Bélgica de 20 de julio de 2017 (núm. 34367/14).

unos y otros³. Por tanto, no suele encargarse el TEDH de litigios laborales o de Seguridad Social, sino de derechos civiles y políticos de carácter más estrictamente individual.

En la actualidad, hay varias voces que señalan una cierta tendencia a asumir por parte del TEDH un posicionamiento activo que implicaría reconocer algunos derechos sociales, aunque inicialmente no se encuentren incluidos en el propio CEDH. Se trata de lo que parece una predisposición a la asunción del principio de indivisibilidad de los derechos humanos, algo que la Asamblea General de Naciones Unidas ya reconoció en 1979⁴, pero que a día de hoy sigue siendo conflictivo. Según el principio de indivisibilidad, los derechos civiles y políticos pueden tener implicaciones en los derechos sociales y económicos. Desde este punto de partida, no se puede descartar que interpretaciones en un derecho, tengan repercusiones en el resto de Derechos Humanos. Esto explica que la valoración de los límites de unos derechos, pueda tener implicaciones en los otros, aunque no se encuentren específicamente vinculados por ese mecanismo de protección.

En el ámbito del TEDH esta línea ha sido desarrollada a partir de la Sentencia Airey contra Irlanda⁵, que algunos autores identifican como el inicio del reconocimiento de derechos sociales por parte del TEDH, no reconocidos específicamente en el CEDH. En última instancia, esto nos llevaría a plantearnos si el TEDH puede contribuir a un incremento de la igualdad social en Europa (García Manrique, 2018). En materia laboral concretamente, Rodríguez Cardo (2022) señala los artículos del CEDH que el TEDH ha utilizado para elaborar una línea de interpretación en el ámbito social son: el artículo 8 sobre el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”, el artículo 9 sobre la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” y el artículo 10 sobre “libertad de expresión”.

Este proceso tiene paralelismos con el que se ha producido en el seno de la Unión Europea. Si bien las Comunidades Europeas fueron creadas con una clara inclinación económica, dirigida por la constitución de un “mercado común” en donde las libertades económicas de libre establecimiento y libre prestación de servicios pasaban a considerarse derechos fundamentales en el espacio europeo, en el seno de la Comunidad Europea se han ido abordando progresivamente aspectos laborales y sociales, inicialmente excluidos de protección. Hoy en día el

³ García Manrique, R. (2018) “La cosa sin la palabra: los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 66, pp. 55-83; Rodríguez Cardo, I. A. (2022) “Jurisprudencia reciente del TEDH en material laboral y de seguridad social (2020-febrero de 2023)”, *Foro, Nueva época*, (25)1, pp. 281-316.

⁴ Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre los “Distintos criterios y medios posibles dentro del sistema de las Naciones Unidas para mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

⁵ Sentencia TEDH Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979, núm. 6289/73.

Derecho comunitario abarca prácticamente toda la relación de trabajo, incluyendo la dimensión colectiva (García Murcia y otros, 2017⁶). En la Unión Europea es especialmente relevante esta evolución hacia la diligencia debida, como un proceso de apropiación de los Derechos Humanos multinivel, poniendo en el centro la necesidad de determinar, prevenir, eliminar y mitigar los efectos que puedan tener las actividades empresariales sobre los Derechos Humanos (Soler Arrebola, 2023⁷).

Si bien el CEDH no incluye derechos de carácter social, hay una excepción. Se trata del artículo 11, que es el único derecho social previsto expresamente en el Convenio (Rodríguez Cardo, 2022), bajo la rúbrica “libertad de reunión y de asociación”. Según García Manrique (2018), el caso de la libertad sindical, así como los derechos conexos de la negociación colectiva y la huelga, conforman un ámbito especial dentro de los derechos sociales, porque no responde al modelo de los derechos de prestación. En otras palabras, la libertad sindical es igual para todos los ciudadanos, independientemente de su capacidad económica, lo que justificaría su inclusión excepcional en el Convenio.

El artículo 11 del CEDH protege la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación, incluyendo la protección de los intereses de los afiliados sindicales mediante acciones colectivas. La protección va más allá de actividades sindicales, conduciéndose al más amplio concepto de acción colectiva (Sánchez Trigueros, 2018⁸). Por esto motivo es común encontrar pronunciamientos del TEDH en relación al artículo 11 que no necesariamente tienen un fundamento eminentemente social en cuanto a los actores. Es decir, no siempre el actor en los casos relacionados con el artículo 11 es una persona afiliada a un sindicato. De hecho, es habitual encontrar sentencias en donde se pone en valor el artículo 11 en casos de manifestaciones que no tienen carácter laboral, organizadas por otro tipo de actores con intereses diversos, como el respeto al medioambiente o protestas de corte político. El ejemplo paradigmático es el caso *Navalnyy contra Rusia*⁹, en donde se discute el respeto al artículo 11 en un contexto de protestas políticas contra las elecciones presidenciales rusas. Otro ejemplo lo encontramos

⁶ García Murcia, J.; Castro Argüelles, M.A.; Escribano Gutiérrez, J.; Llamó Sánchez, M.; Nieves Nieto, N.; Rodríguez Cardo, I.A. (2017) “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia laboral y social: del concepto de trabajador al ejercicio de derechos de acción colectiva”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 8(15), pp. 115-141.

⁷ Soler Arrebola, J. (2023) “Instrumentos multinivel para la eliminación del trabajo forzoso: especial referencia al ámbito empresarial”, *Temas Laborales*, 168, pp. 415-445.

⁸ Sánchez Trigueros, C. (2018) “El despido disciplinario en el Tribunal Europeo de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 214, pp. 191-231.

⁹ STEDH *Navalnyy contra Rusia* de 15 de noviembre de 2018, núm. 29580/12.

en la STEDH Galstyan contra Armenia¹⁰, en donde el demandante participaba en unas protestas organizadas por el partido de oposición contra el Gobierno.

Hasta el momento, la mayoría de los pronunciamientos del TEDH en torno al artículo 11 se refieren al derecho de organización como un derecho individual, pero no como un derecho colectivo. Dorssemont (2010¹¹) realiza un estudio de la jurisprudencia del Tribunal en este sentido durante el período 1975-2009. De su análisis se desprende un comportamiento reactivo por parte del Tribunal al reconocimiento de la dimensión colectiva del derecho de organización. Aunque también se acepta que el sustrato social del artículo es innegable, en tanto en cuanto en muchos casos se busca la protección de los intereses de los trabajadores, y el derecho de participación individual va de la mano. La realidad es que en los pronunciamientos más recientes del TEDH, como el que se trae a colación en este comentario, el derecho de reunión y asociación se cuestiona como un derecho individual y no colectivo, a pesar de que hay un grupo de acusados pertenecientes a un mismo sindicato (la FNMT) y a pesar de que uno de los argumentos que se utiliza es que el gobierno discrimina en las penas impuestas a aquellos individuos por su pertenencia a una organización sindical.

Un aspecto a tener en cuenta es que el artículo 11 solo protege el derecho a la libertad de “reunión pacífica”. En la Sentencia del caso Navalnyy contra Rusia¹², el Tribunal tuvo la oportunidad de justificar que la protección del artículo 11 no se aplica a las reuniones en las que los organizadores y los participantes tienen intenciones violentas. La garantía de protección del artículo 11 es para todos los manifestantes, con la excepción de aquellos que incitan a la violencia o niegan los fundamentos de una sociedad democrática.

El TEDH ya ha examinado alguna situación en la que los manifestantes inicialmente pacíficos habían sido contaminados por actos violentos cometidos por algunos manifestantes, ya sea por individuos que con intenciones violentas se unen a la manifestación o que aprovecharan la oportunidad para cometer los actos violentos. Tal es el caso de la Sentencia Laurijsen y otros contra Países Bajos, en donde se concluye que una persona no deja de poner en juego su derecho a la libertad de reunión pacífica por el hecho de que otras personas cometan actos violentos durante la manifestación. El que otras personas ajenas a la organización

¹⁰ STEDH Galstyan contra Armenia de 15 de febrero de 2008, núm. 26986/03.

¹¹ Dorssemont, F. (2010) “The right to form and to join trade unions for the protection of his interests under article 11 ECHR. An attempt “to digest” the case law (1975-2009) of the European Court on Human Rights”, *European Labour Law Journal*, 1(2), pp. 185-235.

¹² Vid. 9, STEDH Navalnyy, párrafos 147-153.

se unan a la manifestación no puede implicar la supresión del derecho a la libertad de reunión pacífica¹³.

El derecho de huelga del artículo 11 del Convenio no tiene carácter absoluto. El apartado 2 del artículo 11 establece las condiciones en las que se pueden establecer restricciones a la libertad de reunión pacífica y libertad de asociación. Estas restricciones deben ser interpretadas incluyendo medidas adoptadas tanto antes como durante la reunión.

Según la guía en la aplicación del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁴, hay dos tipos de restricciones a la libertad de reunión: el primer tipo hace referencia a las condiciones del ejercicio del derecho a la libertad de reunión, que afectan especialmente a los organizadores de la reunión; el segundo tipo de restricciones incluyen medidas como la dispersión de la reunión, el arresto a los participantes y/o las subsecuentes sanciones penales, que afectan principalmente a los participantes en la reunión.

En cualquier caso, una restricción al derecho a la libertad de reunión debe estar justificada. Y según el apartado segundo del artículo 11, lo está si así está prescrita por ley, si persigue uno o varios intereses legítimos y si es necesaria para el mantenimiento de una sociedad democrática.

2. ANÁLISIS DEL CASO. LA DOCTRINA DEL TEDH EN RELACIÓN CON LA RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Bodson* y otras contra Bélgica, de 16 de enero de 2025, núm. 35834/22, objeto de este comentario refleja la doctrina del TEDH en relación con la restricción a la libertad de reunión pacífica y la libertad de asociación. Una cuestión clave en el caso es el hecho de que el bloqueo de la autopista no formaba parte de las actuaciones anunciadas desde la organización de la huelga del día 19 de octubre de 2015. El bloqueo de la autopista ni fue anunciado ni fue autorizado por el sindicato que organizaba la protesta.

De los hechos descritos se abrieron tres procedimientos separados. El primer procedimiento fue por los daños y el incendio provocado, que fue desestimado porque no se pudo identificar de manera directa a los autores materiales de los daños. El segundo, por homicidio involuntario, se abandonó ante la imposibilidad de establecer una relación directa entre el bloqueo y la muerte de un paciente cuya

¹³ STEDH *Laurijsen y otros* contra Países Bajos de 21 de noviembre de 2023, núm. 56896/17, párrafo 58.

¹⁴ European Court of Human Rights, “Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights. Freedom of assembly and association”, actualizada a 31 de agosto de 2024.

operación hubo de ser pospuesta. Finalmente se condenó a los demandantes en base al artículo 406 del Código Penal belga, que sanciona la “obstrucción malintencionada del tráfico”, determinando que el bloqueo causó tanto una obstrucción como un daño potencial. Si bien el bloqueo de la autopista no fue decidido ni organizado por la FGTB, a las personas afiliadas al sindicato se le impusieron sanciones superiores que a las del resto de las personas condenadas.

La sentencia organiza su argumentación sobre el fondo del asunto siguiendo la estructura habitual cuando se trata de valorar una posible vulneración del artículo 11 del Convenio. En primer lugar se analiza si la aplicación del artículo 406 del Código Penal en el caso supone una interferencia al ejercicio del derecho a la libertad de reunión pacífica. El Tribunal concluye afirmativamente, entendiendo que esa conducta supone una limitación a la libertad reconocida en el artículo 11. En segundo lugar, cuestiona si una restricción de este tipo está justificada, tal y como se establece en el apartado segundo del artículo 11. Para ello, ordena las ideas de la siguiente forma:

En primer lugar, valora si la interferencia tiene un sustento legal. En el artículo del Código Penal belga antes reseñado se sanciona la “obstrucción malintencionada del tráfico”. El tribunal nacional valoró en este caso que el bloqueo causó tanto una obstrucción como un daño potencial. Por lo tanto, sí existe un sustento legal a la interferencia de la libertad de reunión pacífica (párrafos 85-87).

En segundo lugar se analiza si esa interferencia que tiene un sustento legal persigue un bien legítimo. El análisis de este aspecto concluye positivamente, en tanto en cuenta en el caso analizado, el interés legítimo se sitúa en la “defensa del orden” y la “protección de los derechos y libertades ajenos” (párrafos 88-89).

En tercer y último lugar se revisa si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática (párrafos 90-94). Para valorar la proporcionalidad de la medida hace uso de elementos que ya se habían analizado en la jurisprudencia del órgano sentenciador, en concreto en el caso *Navalnyy* contra Rusia. Para ello centra la argumentación en determinar la existencia de una autorización, la conducta de los solicitantes y de las autoridades durante la concentración, y las sanciones impuestas a los solicitantes¹⁵.

En relación a la autorización (párrafos 95 y 96), el Tribunal evidencia el hecho de que si bien las acciones relacionadas con la huelga del 19 de octubre de 2015 habían sido anunciadas públicamente, el bloqueo de la autovía a la

¹⁵ Vid. 9, STEDH *Navalnyy* contra Rusia, párrafo 128.

altura del puente Cheratte no había sido comunicada previamente ni disponía de autorización.

Respecto a la conducta de los solicitantes y de las autoridades durante la concentración, la valoración del TEDH se estructura en torno a tres elementos: en primer lugar, la obstrucción del tráfico no se produce después de un acontecimiento repentino que justifique la actuación; en segundo lugar, las acciones de los manifestantes buscaban bloquear físicamente otra actividad que no tenía un vínculo directo con el objeto de la protesta, es decir, las medidas de austeridad decididas por el gobierno en ese momento; y en tercer lugar, no se puede demostrar que el bloqueo fuera el único medio necesario para hacer valer sus reivindicaciones (párrafos 97 a 114).

Por último, sobre las sanciones impuestas a los solicitantes, el Tribunal considera que cuando los manifestantes perturban intencionadamente la vida cotidiana y las actividades lícitas de otras personas, pueden considerarse “actos reprobables” siempre que excedan el ejercicio normal de la libertad de reunión pacífica. Un comportamiento así puede justificar la imposición de sanciones y puede comprender la naturaleza penal. En este mismo sentido ya se había manifestado el TEDH, como en el caso Kudrevicius y otros contra Lituania¹⁶.

En el caso concreto, los solicitantes no habían sido condenados por organizar una huelga ni por haber expresado sus opiniones, sino por haber sido asociados a un bloqueo de la circulación que provocó una situación potencialmente peligrosa y que es perseguida por el Código Penal. Fue probado que los solicitantes se encontraban en el lugar de los hechos, que eran plenamente conscientes de la situación del bloqueo, y que por su inacción consciente y voluntaria se aportó una ayuda esencial a la perpetuación de la infracción. Asimismo se remarca el papel preponderante de determinados participantes, por sus responsabilidades sindicales. En la misma línea, el TEDH subraya que el hecho de que los solicitantes no participaran personalmente en la comisión de los actos violentos, ni incitado los actos de bloqueo de la autopista no puede concluir con la ausencia de comportamiento “reprobable” en sentido de reiterada jurisprudencia¹⁷.

En segundo lugar, la violación alegada del artículo 14 de la Convención combinado con el artículo 11. Este argumento está motivado por el hecho de que algunos de los acusados forman parte del sindicato que organizaba las protestas, y que han recibido una mayor severidad en las penas por este motivo. Según los acusados, la severidad de las penas se aplica por su afiliación sindical y que su condena supone una discriminación respecto a los otros acusados. En este ámbito,

¹⁶ STEDH Kudrevicius y otros contra Lituania de 15 de octubre de 2015, núm. 37553/05, párrafo 173.

¹⁷ Vid. 9, STEDH Navalnyy contra Rusia, párrafo 174.

el TEDH no entiende que se haya producido tal discriminación en tanto en cuanto el tribunal nacional ha determinado que no impone la diferencia de penas por el hecho de pertenencia a un sindicato, sino por el rol específico que cada uno de los inculpados ha jugado en la comisión de los hechos.

Por último, es necesario hacer un comentario específico respecto al uso de la sanción penal. Según el TEDH, el Derecho Penal debería ser excepcional (párrafo 121). Sin embargo, existe un amplio margen de apreciación al Estado en esta materia. La calificación jurídica del corte de la circulación en una autovía pública es muy variable entre los Estados parte en el convenio, que va desde una infracción penal en algunos Estados hasta una infracción administrativa en otros.

3. LÍMITES EN EL DERECHO A LA LIBERTAD DE REUNIÓN PACÍFICA Y DE ASOCIACIÓN

La sentencia analizada en este comentario reproduce la doctrina del TEDH en relación al derecho a la libertad de reunión, que en el CEDH se configura como un derecho que no es absoluto. Una interferencia al derecho de libertad de reunión supondrá un incumplimiento del artículo 11 del Convenio salvo que cumpla el triple requisito:

En primer lugar, debe estar prescrita en una ley. El Tribunal ha interpretado que esta mención no se refiere solamente a que las medidas impugnadas deban tener una base legal en el ordenamiento jurídico nacional, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, debiendo ser accesible al interesado y previsible en cuanto a sus efectos¹⁸. Si bien esto es cierto, el Tribunal ha interpretado con cierto margen el hecho de que las consecuencias de una acción determinada no sean previsibles con total certeza, pues esto no es posible¹⁹. En la Sentencia Galstyan contra Armenia, de 15 de febrero de 2008, el TEDH analiza si la interferencia al derecho de libertad de reunión está justificada en el contexto de una condena por perturbar el orden público y la paz de los ciudadanos tomando como base un artículo que condena el vandalismo menor. En el caso, un grupo de personas, entre las que se encontraba el demandante, bloqueó una avenida en Yerevan (Armenia) en el contexto de unas protestas organizadas por el partido de oposición en el Gobierno. El demandante fue condenado por este hecho a un delito de vandalismo menor por haber puesto en riesgo el orden público, a través de un artículo que está pensado para agresiones verbales a otra persona en público, aunque incluye una mención *inter alia* a otras actuaciones similares que alteren el orden público. El Tribunal concluye que las ofensas al orden público son muy amplias, y que una mención a “otras alteraciones similares de orden

¹⁸ Vid. 9, STEDH Navalnyy contra Rusia, párrafos 108-110.

¹⁹ STEDH Galstyan contra Armenia, de 15 de febrero de 2008 (núm. 26986/03), párrafo 106; STEDH Primov y Otros contra Rusia, de 13 de octubre de 2014 (núm. 1739/06), párrafo 125.

público” cumple con los requisitos de legalidad de una interferencia al derecho de libertad de reunión tal y como se prescribe en el artículo 11 del Convenio.

En segundo lugar, debe perseguir uno o varios intereses legítimos, que se enumeran en el apartado segundo del artículo 11. Según la guía en la aplicación del artículo 11 de la CEDH, “la defensa del orden” y “la protección de los derechos y libertades ajenos” en concreto suelen ser interpretados de manera estrecha²⁰. En el caso *Navalny contra Rusia*, el Tribunal no aceptó el propósito de “la defensa del orden” en un acto en el que la reunión no causó ninguna molestia²¹.

En tercer lugar debe superar el juicio de permanencia en una sociedad democrática. Según la guía en la aplicación del artículo 11 de la CEDH, en este requisito se reconoce un cierto margen de apreciación, en donde se tienen que valorar las circunstancias del caso en concreto²².

El cuestionamiento de la superación del juicio de permanencia en una sociedad democrática ha traído un interesante pronunciamiento del Tribunal afectando directamente a España. Se trata de la Sentencia Central Unitaria de Trabajadores/as contra España²³. El caso analiza si la prohibición de realizar una manifestación por un sindicato el día 1 de mayo de 2020, en las primeras etapas del COVID-19, supone una interferencia con el artículo 11 del Convenio. El órgano sentenciador sigue la estructura argumentativa clásica en la valoración de la interferencia del artículo 11, basada en los tres aspectos: en primer lugar, si la interferencia era legal; en segundo lugar, si perseguía un interés legítimo; y por último, si era necesaria en una sociedad democrática. El análisis de la interferencia de la medida en un contexto de necesidad en una sociedad democrática es especialmente interesante en este caso. Estructura su argumentación en torno al margen de apreciación que las autoridades nacionales tenían en el caso concreto, si había una necesidad social apremiante, que en el caso se configura la necesidad social de la protección de la salud individual y pública, y la proporcionalidad de la interferencia. El TEDH concluye que debido al excepcional contexto que se vivía en las primeras etapas de la pandemia, las autoridades se mantuvieron en un equilibrio entre el interés legítimo de la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades ajenos” por un lado, y la libertad de reunión por otro. De su análisis, la interferencia al artículo 11 en este caso era “necesaria en una

²⁰ Vid. 14, párrafos 61 a 66.

²¹ Vid. 9, *STEDH Navalny contra Rusia*, párrafos 124-126.

²² Vid. 9, párrafos 67-69; *STEDH Barranco contra Francia*, 2009., párrafo 42; *STEDH Galstyan contra Armenia*, 2007, párrafo 114.

²³ *STEDH Central Unitaria de Trabajadores/as contra España*, de 17 de enero de 2025 (núm. 49363/20).

sociedad democrática”, por lo que no considera el Tribunal que se haya producido ninguna violación de su contenido.

Del resultado de este análisis se determinará si efectivamente la restricción a la libertad de reunión cumple los requisitos del apartado segundo del artículo 11 del CEDH, y por lo tanto estaba justificada, o si por contra ha sobrepasado estos límites y supone una violación del derecho de libertad de reunión.

En lo que respecta a la sentencia objeto de análisis merece especial atención la sanción impuesta, en tanto en cuanto tiene implicaciones de carácter penal. En la actualidad existe una creciente tendencia a criminalizar en nombre de la seguridad pública reuniones y actos de protesta. Según la guía en la aplicación del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cuando la sanción impuesta tiene naturaleza penal, requiere una justificación particular, sobre todo cuando la sanción impuesta implica sentencia de prisión en un contexto de conductas no violentas²⁴.

Si la acción de reunión fue interrumpida sobre la base de que no existía autorización, la proporcionalidad de la medida pone el foco en la conducta de las autoridades en el sitio de la reunión, y no solo en la pena impuesta a los participantes en la manifestación. La actuación por parte de las autoridades debe ser compatible con la esencia del derecho de libertad de reunión. En el caso analizado las autoridades mantuvieron una actitud pasiva, y en ningún momento actuaron para agilizar la liberación de la ocupación de la carretera.

Por último, el resultado de la sentencia es especialmente significativo si se compara con un caso similar, que fue juzgado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). El asunto es el C-112/00, en donde se valora una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30, 34 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28, 29 y 30

CE tras su modificación), en relación con el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), y sobre los requisitos de la responsabilidad de un Estado miembro como consecuencia de los daños causados a los particulares por las infracciones del Derecho comunitario. El asunto parte de un litigio entre Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge y la República de Austria en relación a la autorización de una concentración en la autopista del Brenner que provocó un bloqueo total de la circulación durante cerca de treinta horas. La concentración fue convocada por la asociación Transitforum Austria Tirol, que busca la protección medioambiental de la región de los Alpes. Como consecuencia de la concentración, la autopista Brenner estuvo bloqueada desde la mañana del 12 de junio de 1998 hasta las primeras horas de la tarde del día

²⁴ Vid 9, párrafos 82-85.

13 de junio de 1998. En este contexto, la empresa de transportes internacionales Schmidberger, parte activa en esta demanda, interpuso recurso para que la República de Austria le pagara una indemnización en concepto de daños y perjuicios ante la imposibilidad de que cinco de sus camiones utilizaran la autopista. El TJUE entra a valorar si el principio de libre circulación de mercancías del art. 5 del Tratado prevalece sobre los derechos fundamentales como la libertad de expresión y la libertad de reunión, que se garantizan en los artículos 10 y 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

En este caso se concluye que los manifestantes habían solicitado una autorización; en donde el obstáculo a la libre circulación de mercancías estaba limitado geográficamente; en donde la manifestación no tenía como objeto obstaculizar el comercio particularmente; en donde se habían llevado a cabo diversas actuaciones de información y difusión de la actividad para limitar las posibles perturbaciones que se pudieran producir en la circulación; y en donde la manifestación no había generado un clima general de inseguridad que tuviera un efecto disuasorio sobre los flujos comerciales en su conjunto. Teniendo en cuenta estas condiciones, la prohibición de la manifestación por parte de las autoridades nacionales habría supuesto una injerencia inaceptable en los derechos de los manifestantes a la libertad de reunión pacífica y una restricción excesiva.

4. ATERRIZANDO LA DOCTRINA DEL TEDH EN ESPAÑA

El derecho a la reunión y a la manifestación se reconoce en la Constitución Española como un derecho fundamental en el artículo 21. El Tribunal Constitucional lo ha definido como una manifestación colectiva de la libertad de expresión con el que se canaliza el principio democrático de la participación en un Estado social y democrático de Derecho, que tiene carácter individual en cuanto a sus titulares, pero colectivo en su ejercicio. En su configuración aparecen un elemento subjetivo -la agrupación de personas-, un elemento temporal -de duración determinada-, un elemento finalista -que la finalidad sea lícita- y un elemento real u objetivo -el lugar de celebración-²⁵.

En España, el derecho a la reunión y a la manifestación no es un derecho absoluto, y pueden establecerse límites a su ejercicio, ya estén previstos de manera específica en la constitución, o necesarios por su colisión con otros

²⁵ SSTC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ4; 284/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2 a); 170/2008, de 15 de diciembre, FJ 3; 38/2009, de 9 de febrero, FJ 2; 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3; 172/2020, de 19 de noviembre 2020, FJ 6; Sevilla Duro, M. A. (2024) “Revisitando los límites al ejercicio del derecho de reunión: tres supuestos recientes”, *Revista General de Derecho Constitucional*, 41, pp. 191-227.

valores constitucionales. En cualquier caso los límites deben motivarse y deben ser necesarios atendiendo al principio de proporcionalidad²⁶.

Los límites, modulaciones o incluso la prohibición del derecho de reunión deben basarse en razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes. La STC

66/1995 ya ha establecido que el mantenimiento del orden en la restricción al derecho de reunión tiene que leerse en sentido material en lugares de tránsito público, y no al “orden como sinónimo de respeto a los principios y valores jurídicos y metajurídicos que están en la base de la convivencia social y son fundamento del orden social, económico y político”²⁷. Asimismo, no basta la mera sospecha, sino que debe contarse con datos objetivos suficientes con los que cualquier persona en una situación normal llegaría racionalmente a la conclusión de que la concentración, con toda certeza, impedirá el desarrollo normal de la convivencia ciudadana.

En el caso concreto de la ocupación de calzadas por el ejercicio del derecho de reunión, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de reflejar en múltiples pronunciamientos que en una sociedad democrática, “el espacio urbano no es solo un ámbito de circulación, sino también un espacio de participación”²⁸. Una limitación de este tipo podrá establecerse solo en supuestos muy concretos.

En este sentido entra a colación la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en vigor desde el año 2015. La norma incrementa las infracciones y aumenta las sanciones que afectan al derecho de reunión y manifestación en lugares públicos. Ha sido criticada, entre otras cosas, por la desproporción de las sanciones que se incluyen (Ara Catoira, 2021²⁹) y porque esas sanciones no se formulan desde el principio de taxatividad, generando inseguridad jurídica y un efecto desalentador respecto del ejercicio del derecho fundamental de reunión (Balaguer Callejón, 2020³⁰). La STC 172/2020 de 19 de noviembre de 2020, resuelve un recurso de inconstitucional en el que se avala la constitucionalidad de la norma conocida por sus críticos como “ley mordaza”. La sentencia reconoce que alguna de las redacciones de las sanciones incorporadas en el artículo 37 de la Ley pueden producir un efecto desalentador en el ejercicio

²⁶ SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 7; 24/2015, de 16 de febrero, FJ 4.

²⁷ STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3.

²⁸ SSTC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 6; 59/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3; 90/2006, de 27 de marzo, FJ 2 c), y 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 4.

²⁹ Aba Catoira, A. (2021), “El Tribunal Constitucional avala la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (“ley mordaza”): comentario de la STC 172/2020, de 19 de noviembre”, *Legebilzarreko Aldizkaria - LEGAL - Revisa del Parlamento Vasco*, 2, pp. 172-189.

³⁰ Balaguer Callejón, M.L. (2020). Voto particular a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 3896-2015.

del derecho de reunión o manifestación, por lo que establece la interpretación adecuada de la norma para garantizar su constitucionalidad.

Cabría plantearse si el uso de la Ley de Seguridad Ciudadana podría superar el juicio de permanencia en una sociedad democrática que el TEDH siempre incorpora en su análisis sobre una posible vulneración del artículo 11 CEDH. Si bien el análisis debería realizarse a un caso concreto que sobrepasa las posibilidades de este comentario, las dudas sobre el cumplimiento del principio de taxatividad y seguridad jurídica de las sanciones incluidas en el artículo 37 de la Ley de Seguridad Ciudadana podría plantear, como mínimo, dudas sobre su compatibilidad con el juicio de proporcionalidad en la vulneración al artículo 11 del CEDH.

5. REFLEXIONES FINALES

En la base de las sociedades democráticas, el derecho de reunión y manifestación es esencial para la construcción del pluralismo político. El establecimiento de límites a este derecho sin que generen un efecto desalentador en el ejercicio legítimo de los derechos es un reto. El TEDH sigue manteniendo una línea restrictiva respecto al reconocimiento del derecho a la libertad de reunión cuando afecta al tráfico rodado, de la que la STEDH Bodson y otros contra Bélgica es un ejemplo. La línea argumentativa de este pronunciamiento reconoce un amplio margen de maniobra a los estados para restringir la libertad de reunión en nombre de la seguridad pública, lo que en la práctica implica apoyar la represión de la movilización colectiva organizada. En el caso se utiliza el derecho penal para limitar el derecho de reunión en nombre de la seguridad. Lo que está en juego es la clásica tensión entre la libertad y la seguridad.

El caso expone algunos argumentos con los que la balanza se inclina hacia la seguridad más que a la defensa de la libertad en sí.

Los demandados no iniciaron ni construyeron físicamente las barricadas, sino que la responsabilidad se extiende a ellos porque se encontraban presentes en la protesta. No son acusados, por tanto de ningún acto violento. Y sin embargo, se aplica la responsabilidad penal. El Tribunal pasa por alto las recomendaciones de limitar o reducir la responsabilidad penal en las condenas que impliquen una restricción de la libertad de reunión, y obvia el efecto desalentador en el ejercicio legítimo de los derechos que este recurso tiene. Y esto es especialmente problemático en un contexto de reciente expansión del derecho penal como herramienta para garantizar la seguridad ciudadana.

Un dato fundamental es que las autoridades tuvieron una actitud pasiva en todo el proceso de protesta. La responsabilidad penal que se determina culpabiliza en realidad el hecho de no haber prevenido activamente la situación,

mencionando expresamente el papel en la organización sindical de algunos de ellos. El TEDH no entiende que se haya producido una discriminación indirecta en la responsabilidad de los acusados por su pertenencia a un sindicato, porque el órgano sentenciador belga que había analizado el caso establece las penas en base a los actos realizados por cada uno de los acusados y no por su papel en la organización. Sin embargo, la realidad es que sí se utiliza el argumento del papel que juegan en la concentración como sindicalistas, por su influencia a la hora de que el grupo accediera a la obstrucción de la carretera. Es complejo no identificar que la severidad de la sanción parece estar relacionada con el papel que ostentan en el sindicato algunos de los acusados. Lo que se desprende de este pronunciamiento es que el liderazgo en los movimientos sociales, aunque sea informal, incrementa la responsabilidad de los organizadores y justifica una represión más severa. Y en ese caso, es difícil no reconocer una vulneración al artículo 14 de la Convención, que prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos.

La libertad y la seguridad son necesarias en una sociedad democrática. La búsqueda del equilibrio entre ambas contribuye a la legitimidad de un sistema democrático y de derecho. El derecho a la libertad de reunión y la protesta tienen un potencial transformador innegable, elementos clave en la participación ciudadana y la formación de opinión pública. Sin embargo, cabe preguntarse si es posible retener ese potencial transformador en un sistema en el que continuamente se contribuye a su penalización.

**ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO Y DISCRECIONALIDAD
EMPRESARIAL EN EL USO DE MEDIOS TÉCNICOS: CUANDO LO
“HABITUAL” DESACTIVA LA HUELGA***

***TECHNOLOGICAL SCRAP AND BUSINESS DISCRETIONALITY
IN THE USE OF TECHNICAL MEANS: WHEN THE “USUAL”
DEACTIVATES THE STRIKE***

VÍCTOR BARROS TORNAY**

*Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,
Sevilla, de 24 de abril de 2024*

ECLI:ES:TSJAND:2024:2720

SUPUESTO DE HECHO: El Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte y Metro de Sevilla, Sociedad Concesionaria de la Junta de Andalucía SA, recurren en suplicación la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla que declara la concurrencia de una práctica de esquirolaje tecnológico por parte de la empresa al modificar de forma unilateral el cuadrante que distribuía los trenes a utilizar por franjas horarias. En algunas franjas horarias a las que afectaba la huelga, la empresa dispuso que los trabajadores no huelguistas y de servicios mínimos se adscribieran a trenes dobles en lugar de simples como se encontraba inicialmente previsto. La entidad empresarial considera que su actuación es absolutamente legal, mientras el sindicato reclama un mayor importe indemnizatorio y que se declare asimismo contraria a derecho la adscripción de los trabajadores de servicios mínimos a trenes dobles en franjas donde se encontraba previsto el uso de ambos medios.

RESUMEN: La sentencia objeto del presente comentario resuelve el asunto estimando el recurso interpuesto por la empresa y rechazando por tanto la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico. Para ello, una gran parte de su fundamentación jurídica se apoya en la jurisprudencia relacionada del Tribunal Constitucional y de la Sala IV del Tribunal Supremo, subrayando la

* Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación PID2022-141201OB-I00 “La huida del mercado de trabajo y la legislación social en España” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

** Estudiante del Máster en Abogacía y Procura de la Universidad de Sevilla.

libertad de utilización por el empleador de los medios técnicos a su disposición durante el curso de la medida de conflicto, ya que propugnar lo contrario supondría imponer un deber de colaboración no previsto legalmente con los propósitos de los huelguistas.

El pronunciamiento reviste de un indiscutible interés jurídico ya que se retoma el perpetuo debate sobre el esquirolaje tecnológico, poniendo especial énfasis en la habitualidad de los medios técnicos que se utiliza durante la huelga. A pesar de que muchos de los argumentos esgrimidos por el TSJ no son novedosos -por lo que deberemos realizar un sucinto estudio sobre el estado actual de la cuestión-, ello nos brinda una ocasión inmejorable para profundizar sobre ciertos esquemas, que no por reiterados han de resultar incuestionables. Por otro lado, el sector productivo en el que se alega la presunta práctica de esquirolaje tecnológico, así como la forma de implementarlo sí resultan insólitos, mereciendo asimismo una valoración crítica sobre su influencia en los servicios mínimos al estar ante un servicio esencial.

ÍNDICE

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO
2. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ESTUDIO: LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 24 DE ABRIL DE 2024 (REC.: 958/2024)
 - 2.1. Hechos probados
 - 2.2. Iter procesal y posición de las partes
 - 2.3. Cuestiones jurídicas de interés
 - 2.4. Fundamentación jurídica y fallo
3. VALORACIÓN CRÍTICA

1. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN: BREVE APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO DEL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Como bien es sabido, el origen de la denominación ‘esquirolaje tecnológico’ para catalogar la panoplia de prácticas empresariales que, apoyándose en el uso de medios técnicos, tratan de torpedear la eficacia de una huelga, no puede encontrarse en la anquilosada norma preconstitucional que regula este derecho. Ciertamente, lo anterior puede ser una suerte de ‘verdad a medias’ por lo que posteriormente comprobaremos, pero sobre lo que no cabe la más remota duda es que el legislador de 1977 contemplase siquiera de soslayo la posibilidad de que los muy incipientes avances tecnológicos de la época fueran a comprometer seriamente en un futuro la efectividad del derecho de huelga¹. La regulación conte-

¹ Gorrochategui Polo, M. ‘La incidencia de las nuevas tecnologías en la figura del esquirolaje’, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022,

nida en el Real Decreto-Ley 17/1977 de 4 de marzo (RDLRT en adelante), aun después de su depuración por la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 de 8 de abril, mantenía un halo de sospecha y recelo que provocaba que el ejercicio del derecho de huelga -a diferencia de lo que ocurría respecto de otros derechos fundamentales- se encontrase más constreñido que desarrollado².

Aún hoy, la huelga continúa lastrada por una regulación anacrónica³ que la convierte en un arma cada vez menos afilada y eficiente en el desarrollo de los conflictos de trabajo ante el contexto de vertiginosa evolución tecnológica en el que nos encontramos inmersos. Sin embargo, no se debe desmerecer en contraposición a la dejadez del legislador, la infatigable labor que nuestros tribunales han venido desempeñando para tratar de adaptar el vetusto marco legal al compás de las diferentes coyunturas experimentadas en nuestro sistema de relaciones laborales. Ello ha propiciado la singularidad de que una gran parte del RDLRT se deba estudiar al calor de los diferentes pronunciamientos que han ido interpretando -cuando no directamente reconstruyendo- sus apartados.

Uno de los preceptos que ha suscitado mayor atención jurisprudencial -y por supuesto doctrinal- ha sido el art. 6.5 RDLRT. Dicho artículo inicialmente -y en su literalidad se mantiene- proscribía únicamente al empresario la contratación de trabajadores no vinculados a la empresa durante una huelga legal, es decir, se prohibía lo que se conoce como esquirolaje externo. Al no extenderse dicha prohibición ni en el RDLRT ni en la sentencia que lo depura, a la sustitución de huelguistas por trabajadores de la propia empresa, se provocó un nutrido debate en los tribunales sobre si dicha práctica empresarial era lícita o no en base a la interpretación del precepto. Pues bien, este debate fue zanjado⁴ por el Tribunal Constitucional en su célebre sentencia 123/1992 de 28 de septiembre⁵ -y ratificado en la posterior STC 33/2011⁶-, en la que frente a argumentos que aluden a la máxima de libertad “todo lo que la ley no prohíbe está permitido”, afianzaba mediante una interpretación sistemática y finalista del precepto la interdicción del esquirolaje interno, señalando que durante la huelga la potestad directiva del

p.137.

² Como acertadamente señala González Ortega, “Lo que ha hecho que el acercamiento normativo a la huelga esté lleno de cautelas y prevenciones, considerándola como un comportamiento social que, más que potenciar, es necesario controlar, domesticar y reconducir a determinados límites”. Vid. González Ortega, S. “El derecho de huelga: un derecho fundamental acorralado”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 418, 2018, p.22.

³ Goerlich Peset, J.M. “Digitalización y derecho de huelga”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 155, 2020, p.95.

⁴ Taléns Visconti, E.E. “Esquirolaje tecnológico: interrogantes abiertos”, *Aranzadi Social: Revista doctrinal*, Vol. 6 núm 5, 2013, p. 2.

⁵ STC 123/1992 de 28 de septiembre (BOE núm. 260, de 29 de octubre de 1992, ECLI:ES:TC:1992:123)

⁶ STC 33/2011, de 28 de marzo (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011, ECLI:ES:TC:2011:33)

empresario se mantiene “anestesiada o en vida vegetativa”. De forma análoga a la interpretación consolidada sobre el esquirolaje interno, nuestras más altas instancias han tenido ocasión de pronunciarse asimismo sobre otras formas de reemplazo de la prestación laboral de los huelguistas a través de estrategias productivas en el marco de la descentralización y los grupos de empresa, o -como resulta de especial relevancia en este epígrafe-, mediante la alianza con la tecnología para mantener la continuidad de la producción durante la huelga.

En consonancia con el cada vez mayor protagonismo de las innovaciones tecnológicas en las estructuras productivas de las empresas, se comienza en las postrimerías del pasado siglo, a plantear la licitud de la utilización de medios técnicos por parte del empleador para mantener la continuidad productiva durante la huelga. Sin poder detenernos en este punto⁷ en analizar pormenorizadamente la génesis y evolución jurisprudencial de esta práctica, pues excedería sobradamente de lo que se espera en un comentario de sentencia, sí nos gustaría repasar aunque sea a vuelapluma, los hitos principales de este proceso para establecer el estado actual de la cuestión.

Pues bien, inicialmente en las primeras sentencias del Tribunal Supremo que abordan la cuestión (STSS 27 de septiembre de 1999, 4 de julio de 2000 o 9 de diciembre de 2003)⁸, la postura cuasi⁹ unánime se decanta a favor de la libertad empresarial¹⁰, pues como se arguye: “no hay precepto alguno que prohíba al empresario usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”. De hecho, ni tan siquiera se utiliza la expresión “esquirolaje tecnológico”, sino que en esencia lo que se

⁷ Para mayor profundidad remitimos a los excelentes y pormenorizados estudios de Muros Polo, A. “Nuevas formas de sustitución de las personas trabajadoras huelguistas en la industria 4.0” en AA.VV., *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía* (J.L. Monereo, coord.), XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2024, pp. 499-523; o Grau Pineda, C. “Los difusos contornos de la prohibición de esquirolaje”, *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2021.

⁸ STS 27 de septiembre de 1999 (Rec. 1825/1998 ECLI:ES:TS:1999:5843); STS 4 de julio de 2000 (Rec. 75/2000 ECLI:ES:TS:2000:5515); STS 9 de diciembre de 2003 (Rec. 41/2003 ECLI:ES:TS:2003:7882)

⁹ Una excepción la representa la STS de 16 de marzo de 1998 (Rec. 1884/1997 ECLI:ES:TS:1998:1767) en la que en el marco de una huelga en Canal Sur se desvía la señal televisiva a otro centro para continuar emitiendo la programación prevista. El tribunal -aunque no califica la práctica de esquirolaje tecnológico- entiende vulnerado el derecho de huelga al no respetarse los servicios mínimos fijados. Es de interés lo que señala en el FJ 5º: “*Pero esta limitación no puede enervar aquel derecho constitucional del trabajador, cuyo derecho quedaría vacío de contenido, si durante el periodo de huelga, se pudieran emitir y mantener, no solo informativos, sino también al resto de la programación habitual*”.

¹⁰ Ruiz Saura, J. E. “El esquirolaje en la empresa del siglo XXI. Repaso jurisprudencial del caso español”, *Revista DELOS*, núm.1 extra, 2021, p.45; Grau Pineda, C., “Los difusos...”, op. cit., Tirant Lo Blanch, p. 106.

aquilata es si la utilización de medios técnicos durante la huelga que permitan mantener la actividad empresarial resulta o no respetuosa con el ejercicio del derecho.

Sin embargo, en el año 2012 se produce un giro trascendental sobre la cuestión. En dicho año, y en un corto período de tiempo -lo cual deja claro como veremos, lo dividida que se encontraba la Sala IV-, el Tribunal Supremo se pronuncia en dos ocasiones -y con un resultado opuesto- en relación con la legitimidad del uso de medios técnicos por el empleador durante la huelga. La problemática además es sustancialmente idéntica, no solo por el hecho de que afecta a la emisión de publicidad preprogramada en el sector audiovisual, sino porque además la empresa demandada y la conducta cuestionada es la misma en ambos casos, siendo únicamente distinto el momento en el que se produce. En ambos supuestos, la empresa demandada es EITB y la discusión versa sobre si la emisión de publicidad preprogramada a través de medios técnicos en el contexto de una huelga vulnera el derecho. Cabe destacar que en ambos pronunciamientos tiene gran relevancia la STC 183/2006 de 19 de junio¹¹, que si bien no aborda directamente la licitud del “esquirolaje tecnológico”, si que rechaza que la emisión de publicidad enlatada durante la huelga se pueda enmarcar dentro de la consideración de servicios esenciales.

La primera sentencia, de 11 de junio de 2012¹², mantiene una línea continuista con la jurisprudencia anterior y considera que el empresario posee libertad para el uso de los medios técnicos de los que disponga durante la huelga siempre que para ello no incurra en esquirolaje interno o externo. Además, descarta la aplicación en este supuesto de la doctrina constitucional de la STC 183/2006 por estar ante una cuestión sustancialmente distinta, al no evaluarse si la emisión de publicidad preprogramada por EITB observa la consideración de servicio esencial o no. Contra la posición de la mayoría se formula un voto particular por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Ramón Alarcón Caracuel, en el que de forma similar a como ya hizo el TC respecto del esquirolaje interno, critica que el razonamiento de la mayoría se base en la ausencia de prohibición legal del uso de medios técnicos por parte del empleador durante la huelga, reprocha no haberse interpretado de manera correcta la STC 183/2006 y su aplicabilidad al presente asunto y propugna la preeminencia del derecho de huelga sobre la libertad de empresa.

No obstante, tan solo seis meses después, en la sentencia de 5 de diciembre de 2012¹³, la postura de la mayoría se altera sustancialmente emprendiendo un

¹¹ STC 183/2006 de 19 de junio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006 ECLI:ES:TC:2006:183).

¹² STS 11 de junio de 2012 (Rec. 110/2011, ECLI:ES:TS:2012:5579).

¹³ STS 5 de diciembre de 2012 (Rec.265/2011 ECLI:ES:TS:2012:9176).

giro de 180 grados¹⁴. Como hemos anticipado, ante un supuesto mimético al de la sentencia anterior, el TS considera que existe un conflicto entre el derecho de huelga y la libertad de empresa, en el que resulta necesaria la realización de una ponderación. Paralelamente a la doctrina constitucional que ratificó la proscripción del esquirolaje interno en base a una interpretación finalista del art. 6.5 RDLRT, el Tribunal Supremo entiende ahora que no se puede sostener la permisividad del “esquirolaje tecnológico” so pretexto de la ausencia de una norma cuya literalidad sea impeditiva del mismo. Propugna la Sala que no resulta dable amparar bajo la libertad de empresa comportamientos que vacíen a la huelga de su contenido esencial como derecho constitucionalmente garantizado. Por lo tanto, el Tribunal Supremo -si bien estima parcialmente el recurso de EITB- considera que no resulta válido el uso de medios técnicos durante el conflicto por parte del empleador, cuando dicho uso prive materialmente a los trabajadores del derecho fundamental de huelga.

Como resultaba esperable, dicho pronunciamiento desató un intenso debate dentro de la propia Sala IV, contando con hasta dos votos particulares que rechazan la nueva postura de la mayoría. El primero de ellos, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, critica la extensión de la garantía del 6.5 RDLRT a la utilización de medios técnicos para mantener la continuidad productiva durante la huelga, pues entiende que en dicha práctica no se produce propiamente una sustitución de los trabajadores huelguistas. Con ello, a juicio del magistrado dicha garantía se transforma en una garantía de éxito que impone al empresario un deber de colaboración con el resultado de la acción conflictiva, impidiéndole realizar su actividad por los medios de los que dispone. Exclusivamente entiende que resultaría viable realizar una interpretación analógica del art. 6.5 RDLRT y proscribir el esquirolaje tecnológico cuando el empresario adquiere los medios tecnológicos para hacer frente a la medida de conflicto. El segundo de los votos particulares lo formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio Martín Valverde. Al igual que en el precedente, rechaza de manera vehemente la interpretación analógica para extender la garantía del 6.5 RDLRT al esquirolaje tecnológico, pues entiende que al no existir ni laguna legal al verse limitadas las restricciones a la libertad de acción del empresario durante el conflicto por los arts. 37.2 y 38 CE, ni identidad de razón al no poderse identificar capital humano y capital tecnológico, no procede el recurso a la analogía. En esta misma línea y en claro contraste con el pronunciamiento de la mayoría que rechaza el absolutismo de la libertad de empresa, propugna además el rechazo al absolutismo del derecho de huelga, que como cualquier otro derecho, debe convivir con otros derechos fundamentales entre los que se encontraría la libertad de adoptar medidas de conflicto por el empresario, que si bien mermada, acogería

¹⁴ Tascón López, R. “El esquirolaje tecnológico”, *Thomson Reuters Aranzadi*, 2018, p.74.

la defensa de la productividad durante el paro obrero. Por otro lado, se discute asimismo la posición de preeminencia en la que la Sala ha situado al derecho de huelga sobre otros derechos constitucionales como la “libertad de empresa o de trabajo”. Considera el Magistrado que la ubicación constitucional del derecho de huelga únicamente le otorga un sistema de protección reforzada, empero no una posición jerárquica sobre los otros derechos mencionados.

A pesar del ajustado rechazo al esquirolaje tecnológico por parte del Tribunal Supremo, la singular transcendencia del asunto provocó que más temprano que tarde hubiera de someterse al criterio del Tribunal Constitucional. Así pues, en la sentencia 17/2017 de 2 de febrero¹⁵, el sumo intérprete de la norma suprema entra a conocer en amparo sobre la posible concurrencia de una práctica de esquirolaje mixto -interno y tecnológico- en Telemadrid durante el desarrollo de una jornada de huelga general¹⁶. Sin pretender ahondar en detalles, la polémica emerge cuando el ente televisivo a través de un procedimiento con sensibles diferencias respecto al ordinario, y con un gran apoyo tanto en los medios técnicos que existían como en los trabajadores que no estaban siguiendo la huelga logra emitir un partido de *Champions League*. El sindicato recurrente -y el Ministerio Fiscal en su informe- consideran que se ha producido una vulneración del derecho de huelga al haberse utilizado “medios técnicos no habituales” y alterado las funciones normales del personal no huelguista, para mantener la continuidad productiva durante el conflicto. Por lo que aquí nos atañe, la reflexión en torno a la eventual concurrencia de esquirolaje tecnológico se realiza en el Fundamento Jurídico 7º y anticipamos que la respuesta que da el TC es negativa. La argumentación que sustenta dicho rechazo se puede reconducir a dos premisas principales, que ineludiblemente se conectan con el contenido de los votos particulares formulados a la sentencia de 5 de diciembre de 2012 -a pesar de que en ningún momento se hace mención de la postura del Tribunal Supremo-. Por una parte, el tribunal señala que no hay fundamento legal alguno que proporcione encaje jurídico a una prohibición al empleador de utilizar los medios técnicos de los que disponga durante el conflicto -sean o no de uso habitual-, e igualmente no resulta admisible realizar una interpretación analógica que extienda la prohibición de esquirolaje del art. 6.5 RDLRT a la “sustitución” del personal huelguista por medios técnicos. Por otro lado, otra gran porción de la argumentación del TC va dirigida a proclamar que en ningún caso existe un deber legal de colaboración sobre el empresario con el éxito de las pretensiones de los huelguistas, que es -a juicio de la mayoría del

¹⁵ STC 17/2017 de 2 de febrero (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2017, ECLI:ES:TC:2017:17)

¹⁶ Pronunciamiento blanco de justificadas críticas doctrinales, vid. Grau Pineda, C. “Los difusos...”, op. cit., pp. 119-129; o Pérez Rey, J. “El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 151-168.

TC- lo que se derivaría de una limitación en el uso de los medios técnicos que le suponga una reducción impuesta de la actividad productiva.

Esta sentencia, al igual que las del Supremo de 2012 fue asimismo acompañada y combatida por un voto particular, formulado por el Excmo. Sr. Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré. A pesar de la mayor parte de los razonamientos van destinados a discutir la postura del pronunciamiento respecto de la concurrencia de esquirolaje interno -considerando que apreciado estaría de más discutir la existencia de esquirolaje tecnológico-, el magistrado llama la atención sobre la deriva jurisprudencial del TC y su nula reacción ante la amenaza para los derechos constitucionales que suponen los cambios tecnológicos.

El TS no tarda mucho en hacerse eco del nuevo retorno a la doctrina jurisprudencial más orientada a la libertad de empresa, y reproduce los principales hitos de la STC 17/2017 en la sentencia de 13 de julio de 2017¹⁷. En dicho pronunciamiento, en el marco de un despido colectivo en INDRA se alega por el sindicato recurrente la vulneración del derecho de huelga por presunto esquirolaje -"externo" aunque a la vista de los hechos podría ser discutible esta calificación-. El posible menoscabo deriva de que INDRA presta servicios para Vodafone, la cual gestiona la demanda entre sus contratistas a través de una aplicación informática, de forma que ante retrasos relevantes, se distribuyen los requerimientos a otros proveedores. El demandante argumenta que dicha práctica, a causa del retraso natural que provocaba la huelga, suponía que se vaciase de contenido el impacto de la misma pues la prestación que debían realizar los huelguistas se derivaba a los trabajadores de otro proveedor. Sin embargo, el TS rechaza la concurrencia de un posible supuesto de esquirolaje y entre otros razonamientos, reproduce la doctrina de la reciente sentencia del TC aludiendo a la consabida libertad de uso de medios técnicos durante la huelga por parte del empresario y a la carencia de un deber legal de colaboración con los propósitos de los huelguistas. Aun con todo, parece vislumbrarse en los términos en los que desestima el tribunal la vulneración un pequeño guiño a la doctrina de la segunda sentencia de 2012 al señalar que "No ha quedado acreditado que las empresas activasen estrategia o tecnología específica para boicotear la huelga". ¿Quiere decir el tribunal a contrario sensu que si se acredita una afectación sobre el derecho de huelga se podría limitar el uso de medios tecnológicos por el empleador?

Esta interpretación podría verse tácitamente respaldada en la posterior sentencia de 3 de febrero de 2021¹⁸ en el marco de una huelga en el Grupo Ericsson. En dicha sentencia, se aborda si menoscaba el derecho de huelga que durante el conflicto la herramienta encargada de realizar de forma automática las

¹⁷ STS 624/2017 de 13 de julio (Rec. 25/2017 ECLI:ES:TS:2017:3166).

¹⁸ STS 153/2021 de 3 febrero (Rec. 36/2019, ECLI:ES:TS:2021:643).

asignaciones de las incidencias, las distribuyese a ‘‘contratas no habituales’’ en lugar de a las que ordinariamente correspondía y cuyos trabajadores secundaban la huelga. A pesar de que el TS desestima el recurso y califica dicha práctica como lesiva del derecho, en ningún momento se reproduce la jurisprudencia del esquirolaje tecnológico, de ahí que no se retome, al menos de forma expresa, la posición de la STS 5 de diciembre de 2012.

En definitiva, el esquirolaje tecnológico mantiene su carácter espinoso, resultando un tanto complejo conjugar la jurisprudencia de nuestras más altas instancias sobre este abanico de prácticas empresariales apoyadas en la tecnología. Ahora bien, como la intención de este primer epígrafe es delimitar -aunque sea a través de ideas generales- el estado de la cuestión para proceder a continuación al examen de la sentencia protagonista de este trabajo, vamos a tratar de establecer una serie de pinceladas que reúnan los nexos comunes de nuestra doctrina jurisprudencial ya expuesta.

En primer lugar, parece ciertamente indiscutible que como regla general el empresario durante la huelga puede hacer uso de los medios técnicos de los que disponga para mantener la producción¹⁹ -siempre y cuando no incurra en supuestos de esquirolaje interno, externo o utilice de manera abusiva los servicios mínimos-, pues a juicio sobre todo del Tribunal Constitucional -y de las primeras sentencias de los años 2000 del TS-, lo contrario supondría una obligación de colaboración con el éxito de la huelga que no encuentra respaldo legal. Un interrogante de enjundia -que tendrá gran importancia en la sentencia que vamos a analizar como veremos- es respecto del carácter de los medios técnicos que se utilizan, esto es, si son o no de uso habitual en el proceso productivo y si ello afecta o no a la licitud de la práctica empresarial durante el conflicto. Parece que el Tribunal Constitucional concede una libertad a priori total sobre el uso de medios técnicos y no exige que reúnan el carácter de habitualidad en el proceso productivo, solo hay que ver la descripción de los hechos que acompaña la STC 17/2017 para concluir que en ese particular, el empleador no estaba haciendo uso de los medios ordinarios para poder retransmitir el partido -codificador B en lugar del A-²⁰. Sin embargo, en contra de ello se podría aludir que en la STS de 3 de febrero de 2021 se acepta la vulneración del derecho de huelga ya que el tribunal de instancia entiende -y el TS ratifica- que al desviarse las incidencias de manera anómala por la herramienta se estaba vaciando el impacto de la medida de conflicto -en una postura con una proximidad mayor a la STS de 5 de diciembre de 2012-. Podría concluirse que este es uno de los puntos candentes de debate al respecto del esquirolaje tecnológico y que posee aún más sombras

¹⁹ Ruiz Saura, J. E. ‘‘Huelga y nuevas tecnologías: la encrucijada de un derecho fundamental’’, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm 167, 2023, p.197.

²⁰ Tascón López, R. ‘‘El esquirolaje...’’, op. cit., p. 93.

que luces. Por último, otra idea que creemos que se podría extraer es que, a pesar de la contundencia de la STC 17/2017, resulta unívocamente ilícito -al menos en nuestra percepción- adquirir deliberadamente o utilizar los medios técnicos con el único o principal propósito de reaccionar contra la huelga²¹.

Como quizás se advierta, las líneas expuestas parece que se asemejan, con indudables matices, a la postura sobre el uso de medios técnicos durante la huelga que desglosa el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete en el tercer fundamento del voto particular formulado a la STS de 5 de diciembre de 2012. Ahora bien, sin duda resta un gran interrogante sobre el que no hemos conseguido aunar una respuesta satisfactoria por parte de nuestras instancias ¿resulta posible interpretar el art. 6.5 RDLRT para censurar aunque sea la última práctica expuesta en el párrafo anterior como un supuesto de esquirolaje tecnológico ilícito? Tanto la STS 11 de junio de 2012, los votos particulares formulados a la de 5 de diciembre de 2012 y la STC 17/2017 rechazan la posible interpretación analógica del precepto al creer una distinción insalvable el factor humano del factor técnico en aras de calificar la conducta como “sustitución”. Sin embargo, ¿cabrían otras interpretaciones en su caso como la sistemática o la finalista -de forma similar a la STC 123/1992-? A nuestro juicio²², podría sostenerse que sí cabría aunque ciertamente el sustrato jurisprudencial es cuanto menos débil, pues al margen de la STS 5 de diciembre de 2012 -que apuesta por la analogía-, las sentencias del TS dictadas posteriormente a la del TC no manifiestan la claridad necesaria y aunque censuran ciertas prácticas llevadas a cabo a través de la tecnología, en ningún momento hablan de manera explícita de esquirolaje. Ilustrativamente sin embargo, alguna sentencia de órganos inferiores como la del TSJ País Vasco de 15 de noviembre de 2019²³ sí reconoce explícitamente la concurrencia de esquirolaje tecnológico -durante una huelga la empresa traslada medios y material tecnológico a una contrata para que trabajen con ellos- y aunque no menciona expresamente el art. 6.5 RDLRT si hace referencia a la STS de 5 de diciembre de 2012. De cualquier modo, dedicaremos en el análisis crítico de la sentencia objeto de este estudio algunas palabras más para tratar la posibilidad e idoneidad de esta vía para tutelar el derecho de huelga ante el inexorable avance tecnológico.

²¹ Coincidimos en esta postura con Ruiz Saura, J.E. “Huelga y nuevas...” op. cit., p. 198; o Tascón López, quien considera “que esta situación parece a fortiori lesiva del derecho de huelga”. Tascón López, R. “El esquirolaje...” op. cit., pp.91-92.

²² En este sentido asimismo vid. Taléns Visconti, E.E. “Esquirolaje tecnológico...” op. cit., pp.10-11.

²³ STSJ País Vasco 2080/2019 de 15 de noviembre (Rec. 1862/2019 ECLI:ES:TSJPV:2019:3490).

2. PRONUNCIAMIENTO OBJETO DE ESTUDIO: LA SENTENCIA DEL TSJ DE ANDALUCÍA DE 24 DE ABRIL DE 2024 (REC: 958/2024)

Una vez desarrollado someramente el marco jurídico así como los principales hitos del recorrido jurisprudencial del esquirolaje tecnológico en nuestro ordenamiento, vamos a adentrarnos sin mayores detenimientos, en la cuestión de fondo de este trabajo: el análisis de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) 1168/2024 de 24 de abril (rec.: 958/2024 ECLI:ES:TS-JAND:2024:2720). Siguiendo una exposición lógica, vamos a comenzar estableciendo los hechos y el iter procesal de la sentencia, para posteriormente delimitar las cuestiones principales que se plantean así como su resolución por el tribunal. Finalmente, el siguiente apartado se consagrará a un comentario crítico sobre la misma y sus posibles implicaciones.

2.1. Hechos probados

Los hechos probados que se recogen en el pronunciamiento objeto del presente estudio son los que establece la sentencia de instancia, esto es, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla 356/2023 de 2 de octubre (rec: 27/2019 ES:JSO:2023:5240. El 9 de noviembre de 2018 el comité de empresa del Metro de Sevilla Sociedad Concesionaria de la Junta de Andalucía SA (en adelante Metro de Sevilla) convocó huelga indefinida intermitente que tendría lugar todos los jueves a partir del 29 de noviembre, en las franjas horarias de 7:30 a 9:30 horas y de 19:00 a 21:00 horas. El sindicato demandante -el Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte- posee 4 representantes en dicho comité. Con anterioridad a dicha convocatoria, en octubre de 2018 se había fijado el cuadrante de servicios para los últimos meses del año y el período especial navideño -desde 1 de diciembre a 7 de enero-, en el cual se detallaba la previsión en el uso de trenes simples y dobles -en su caso- en las diferentes franjas horarias, así como las personas trabajadoras adscritas a cada servicio.

Retornando a la convocatoria de huelga, al ser servicio esencial, la Dirección General de Relaciones Laborales y de Seguridad y Salud laboral adscrita a la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio de la Junta de Andalucía, fijó por medio de resolución de fecha 23 de noviembre de 2018 los porcentajes de servicio que se debía mantener en las franjas en las que tuviera lugar la huelga. Aunque no se aborda extensamente la cuestión en la sentencia del TSJ, la sentencia de instancia aclara que dichos servicios se fijaron, no respecto del número de trenes en circulación durante la huelga, sino en atención al número de trabajadores que debían prestar servicios. Concretamente, la resolución establece en días ordinarios un 40% para la franja de 7:30-9:30 y un 30% para la franja 19:00-21:00; mientras que para los días de servicio especial se alternan dichos porcentajes de manera que para la franja 7:30-9:30 se estableció un 30 % y para

la de 19:00-21:00 un 40%. Dicha resolución, resulta posteriormente impugnada con éxito por el comité de empresa, declarando la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía que se había vulnerado el derecho de huelga en los servicios mínimos previstos, por sentencia de 9 de julio de 2019 (Rec. 724/2018 ECLI:ES:TSJAND:2019:15144).

De cualquier modo, durante el desarrollo de la huelga se produjeron una serie de incidencias respecto al uso de los trenes inicialmente previsto y la adscripción de los trabajadores que se encontraban en servicios mínimos:

- El día 6 de diciembre en la franja 19:00-21:00 el cuadrante preveía el uso de 5 trenes simples y 5 dobles. Los 4 conductores que acudieron en concepto de servicios mínimos fueron adscritos a los trenes dobles exclusivamente.
- El día 13 de diciembre en la franja 7:30-9:30 el cuadrante preveía 17 trenes simples. Los trabajadores que acudieron en concepto de servicios mínimos fueron adscritos a 4 trenes dobles y 3 simples. En la franja 19:00-21:00 estaba previsto el uso de 5 trenes dobles y 4 simples, y los trabajadores en servicios mínimos fueron adscritos a 3 trenes dobles y 2 simples.
- El día 20 de diciembre en la franja de mañana el cuadrante fijaba el uso de 17 trenes simples. Los conductores que se encontraban prestando servicios mínimos fueron adscritos a 4 trenes dobles y 4 trenes simples. En la franja de tarde se preveían 12 trenes simples, y se adscribieron a los trabajadores en servicios mínimos a 4 trenes dobles.
- El día 27 de diciembre en la franja de tarde estaban previstos por el cuadrante 10 trenes simples, no obstante los trabajadores en servicios mínimos fueron adscritos a trenes dobles.

2.2 Iter procesal y posición de las partes

El desarrollo de los hechos expuestos provocó que el Sindicato Independiente de Trabajadores del Transporte interpusiera demanda de vulneración de derechos fundamentales -derecho de huelga y libertad sindical- en fecha 2 de enero de 2019, que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 6 de Sevilla. En dicha demanda, el sindicato plantea la vulneración del derecho de huelga -y libertad sindical- por dos motivos: por una parte, por considerar que al ser a su juicio los servicios mínimos establecidos excesivos, la empresa al cumplir con ellos había vulnerado el derecho de huelga; y por otra parte, al haberse modificado discrecionalmente el cuadrante de servicios por la empresa durante la huelga, utilizando trenes dobles cuando a priori no correspondía, se había producido una

vulneración por esquirolaje tecnológico. Junto a ello, el sindicato pretende que Metro de Sevilla abone una indemnización por un importe total de 100.000 euros en concepto de daños. Frente a estas pretensiones, la parte demandada se opone a los pedimentos de la demanda considerando que en ningún caso se ha producido la alegada vulneración de los derechos fundamentales aludidos.

El juzgador resuelve por medio de sentencia de 2 de octubre de 2023, en la que estima parcialmente las pretensiones del sindicato. Considera que a pesar de que la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Andalucía ha considerado que los servicios fijados por la Consejería vulneraron el derecho de huelga, no se puede atribuir dicha vulneración a la empresa por el simple hecho de cumplir ordinariamente con los servicios fijados y que no habían sido suspendidos cautelarmente. Por tanto, rechaza que se haya vulnerado el derecho fundamental por ese motivo. Ahora bien, en opinión del juzgador, no se puede acoger la misma conclusión respecto de la concurrencia de una práctica de esquirolaje tecnológico por parte de Metro de Sevilla. Por el contrario, la modificación unilateral del cuadrante de servicios, estableciendo trenes dobles cuando no se encontraban previstos, constituye una vulneración del derecho de huelga, que no se puede amparar por la facultad de utilización de los medios técnicos ordinarios a disposición del empleador, pues en este caso el uso no resulta ordinario. Eso sí, el juzgador entiende que dicho uso es ilícito solo cuando no estaba previsto, y no en las franjas en las que se encontraban previstos tanto trenes dobles como simples, pudiendo en ese caso el empresario distribuir los servicios mínimos a su antojo en esos medios. Por último, respecto de la indemnización solicitada, entiende que al haber sido estimada parcialmente la vulneración, corresponde asimismo estimar parcialmente el montante solicitado, concediendo una cuantía que asciende a 6.251 euros.

Tanto demandante como demandado formalizan sendos recursos de suplicación contra la anterior sentencia. El sindicato demandante pretende una revisión fáctica para justificar la procedencia de la cuantía indemnizatoria inicialmente solicitada, así como reclama que se declare que la empleadora vulneró el derecho de huelga en las franjas horarias referidas en las que se habían previsto tanto trenes dobles como simples y solo se destinaron trabajadores en servicios mínimos a los dobles. Por su parte, el recurso de suplicación de Metro de Sevilla pretende la revocación de la sentencia de instancia al entender que el uso de los medios técnicos ha sido ordinario y que la actuación empresarial ha sido absolutamente legal.

2.3. Cuestiones jurídicas de interés

Así pues, una vez establecidos los hechos y el iter procesal llegamos a la sentencia objeto de estudio, que resuelve los recursos de suplicación planteados.

Previo al examen de la argumentación y ulterior fallo del TSJ, creemos pertinente realizar una recapitulación de las cuestiones jurídicas de interés suscitadas en el presente asunto.

En primer lugar, la cuestión sustancial del caso sobreviene en torno a la concurrencia o no de esquirolaje tecnológico en el comportamiento empresarial durante la huelga. Dicho esquirolaje se reclama existente sobre dos actuaciones: la alteración unilateral del cuadrante para que se utilicen trenes dobles en franjas horarias en las que no estaban previstos, y por otro lado, la adscripción de trabajadores en servicios mínimos únicamente a trenes dobles, en franjas donde su uso estaba previsto conjuntamente con trenes simples. La primera de ellas, como hemos referido, fue declarada vulneradora del derecho de huelga en la sentencia de instancia y es objeto de recurso de suplicación en contrario por la empresa. En cuanto a la segunda, fue declarada una actuación lícita por la sentencia de instancia y dicho pronunciamiento es recurrido por el sindicato actor.

En segundo lugar, y estrechamente ligada a la cuestión anterior, estriba la procedencia o improcedencia de indemnización por vulneración del derecho de huelga, y en el primero de los casos, el importe de dicha indemnización. La sentencia de instancia, de conformidad con la apreciación de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico reconoce un montante indemnizatorio que no satisface al sindicato, el cual pretende que se le reconozca el total solicitado. Por su parte, Metro de Sevilla al solicitar la revocación de la sentencia de instancia y defender la legalidad de su actuación durante la huelga, considera que no procede la indemnización pues no ha existido vulneración de derechos fundamentales en el presente asunto.

2.4. Fundamentación jurídica y fallo

Adentrándonos en el fondo del asunto, el tribunal comienza examinando en primer lugar la revisión fáctica planteada por el sindicato -recordemos para sustentar la procedencia de una mayor cuantía indemnizatoria de la reconocida en instancia-. A través de dicha revisión fáctica, el sindicato pretende añadir a los hechos probados el beneficio obtenido por la empresa con base en el cálculo de afectación a usuarios realizado por la propia empresa para la determinación de los servicios mínimos. Sin embargo, el TSJ considera que dicha revisión constituye en realidad la adición de un hecho nuevo, no alegado ante el Juzgado, por lo que la rechaza.

Seguidamente, la parte más sustancial de la fundamentación jurídica se encarga de analizar la concurrencia de esquirolaje tecnológico en el comportamiento llevado a cabo por la empresa durante la huelga. En primer lugar, respecto de la modificación discrecional por parte de la empleadora del cuadrante,

disponiendo el uso de trenes dobles cuando no se reflejaba, el TSJ rechaza la existencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico. Para ello, se apoya argumentalmente en la postura del Tribunal Constitucional en la sentencia 17/2017 de 2 de febrero y en la posterior del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017. Destaca -como señala el TC- que “ni la Constitución ni la jurisprudencia constitucional obligan a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la reivindicación, pues debe respetarse la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que no quisieran sumarse a la huelga; ni obligan al empresario a reducir la actividad empresarial más allá de lo que sea una consecuencia lógica del seguimiento de la huelga por los trabajadores afectados”, no pudiendo exigirse al empresario que no utilice los “medios técnicos con los que cuenta la empresa”, siendo lo contrario una obligación de colaboración no prevista legalmente. Para el TSJ la clave del asunto se encuentra en si los medios técnicos utilizados por el Metro de Sevilla gozaban de las notas de ordinariedad o habitualidad, para que en cuyo caso el uso se encontrase justificado. De un somero análisis sobre el hecho probado que detalla las franjas y los trenes previstos, el tribunal extrae que se da este carácter de medio técnico de uso habitual, pues si bien no en todas, en algunas franjas se preveía el uso conjunto de trenes dobles y simples. Insiste además que lo que la Constitución garantiza es el derecho a hacer huelga y no el éxito de la misma, no estando obligado el empresario a contribuir a esto último.

Una vez corregido el pronunciamiento de instancia y descartada la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico en la alteración del cuadrante inicialmente previsto, el TSJ se dispone a responder a la segunda reclamación del sindicato: la vulneración del derecho de huelga al utilizar a los trabajadores en servicios mínimos exclusivamente en trenes dobles cuando en la franja se preveía la confluencia de trenes dobles y simples. Al igual que en el planteamiento anterior, el tribunal rechaza asimismo que se haya vulnerado el derecho de huelga en este supuesto. Se alude a la primera de las sentencias del año 2012 -Sentencia de 11 de junio de 2012- con intención de justificar que los servicios mínimos no se constituyen como un límite a la actividad productiva de la empresa -“los servicios mínimos se convertirían en máximos”-, sino como una garantía de mantenimiento de un servicio esencial ante la huelga. Curiosamente, seguido a este razonamiento se señala que los trabajadores adscritos a servicios mínimos se encuentran compelidos a prestar esos servicios y no una prestación superior. De cualquier forma, el TSJ concluye su argumentación en este punto, refiriendo a que en el asunto objeto de examen la adscripción de los trabajadores en servicios mínimos solo a trenes dobles en franjas donde también se preveían

simples no constituye esquirolaje tecnológico, sino que deriva de un uso ordinario de los medios técnicos a disposición del empresario.

Finalmente respecto de la cuestión indemnizatoria, al entender el tribunal que no se había producido vulneración alguna del derecho de huelga se revoca el montante concedido en primera instancia al sindicato y consecuentemente con ello se desestima su petición de que ascendiese al inicialmente solicitado en la demanda.

El fallo de la sentencia es por tanto la estimación del recurso de suplicación planteado por Metro de Sevilla, Sociedad concesionaria de la Junta de Andalucía; y la desestimación del recurso de suplicación planteado por el Sindicato Independiente de los Trabajadores del Transporte.

3. VALORACIÓN CRÍTICA

Los razonamientos enarbolados por el TSJ para negar la concurrencia de una práctica ilícita de esquirolaje tecnológico durante la huelga en el Metro de Sevilla resultan -a nuestro juicio-cuanto menos controvertidos. Da la impresión de que el Tribunal se orienta hacia una postura más afín a la libertad del empresario en detrimento del derecho de huelga de los trabajadores, sustentando su discurso argumentativo en la fundamentación de la sentencia 17/2017 del Tribunal Constitucional, así como la de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2012. De cualquier manera, vayamos por partes, disgregando y analizando la respuesta dada a los supuestos de posible esquirolaje tecnológico planteados, así como su interacción con los servicios mínimos inicialmente fijados -y posteriormente declarados vulneradores del derecho por la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ-.

En primer lugar, la cuestión quizás de mayor enjundia dentro del asunto planteado dimana a nuestro parecer, de la determinación de si modificar los trenes simples inicialmente previstos en el cuadrante de servicios por trenes dobles, de manera discrecional y unilateral por parte del empresario, es una actuación que merece por sí misma la calificación de esquirolaje tecnológico. Como se ha expuesto, la Sala rechaza vehementemente que dicha práctica se pueda identificar con el esquirolaje prohibido, dado que entiende que la sustitución de trenes dobles por simples es una potestad con la que cuenta el empleador al ser todos ellos “medios técnicos de uso ordinario o habitual”. Ciertamente, se debe reconocer en este punto que en nuestro derecho no existe un concepto claro y delimitado de lo que se entiende o debe entenderse por “medios técnicos de uso ordinario”, sino que es más bien un concepto jurídico indeterminado, abono perfecto para que, en multitud de ocasiones, impere la apreciación in caso del juzgador sobre si estamos o no ante ese tipo de medios. Sin embargo, en nuestra opinión en el

presente asunto hay razones de peso para sostener una tesis contraria a la que llega el Tribunal sobre este particular. De la argumentación que desarrolla el TSJ, parece que se termina por admitir que si el empleador prevé el uso de un determinado medio técnico en ciertas circunstancias -por ejemplo temporales como en nuestro caso- dicho medio posee un carácter de inherente habitualidad que le permite utilizarlo según su exclusivo criterio, siendo irrelevante por tanto su impacto sobre una acción de conflicto en desarrollo o que incluso no se encuentre ni tan siquiera previsto en el momento en el que se quiere usar. Así pues, la previsión de trenes dobles en ciertas franjas horarias permite extender dicha utilización a otras en las que no exista dicha previsión, bajo la total discrecionalidad empresarial y sin importar la evidente disminución que ello provoca sobre la visibilidad y repercusión de la huelga en curso.

Por otro lado, aunque hipotéticamente se utilizase una acepción de habitualidad bajo la cual se admitiese dicha condición sobre los medios que poseen una utilización recurrente o esporádica en el proceso productivo, sigue existiendo un gran obstáculo para calificar la conducta empresarial de lícita. En el presente caso, nos encontramos -como machaconamente venimos repitiendo- ante un comportamiento empresarial en el que súbitamente y con el desarrollo de una huelga de telón de fondo, se decide modificar caprichosamente la previsión de los medios técnicos que se van a usar en determinadas franjas horarias en las que la medida de conflicto tiene lugar. Podríamos no pensar de la peor manera posible y entender que existe un argumento o finalidad de peso, no antisindical, que justifique dichas alteraciones repentinas, más dicha explicación nos resulta absolutamente desconocida pues en la sentencia no se refleja. Recuérdesse que en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, el art. 181.2 LRJS prevé que una vez que sean acreditados los “indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Pues bien, resulta irrefutable que la modificación en el cuadrante posee la suficiente relevancia para tener la condición de indicio pues afecta al ejercicio de la huelga que se está desarrollando, y sin embargo, no queda acreditada en ningún lugar la pertinente justificación razonable que sustente que dicho comportamiento no obedece a una motivación “antihuelga”. De hecho, en la propia sentencia de instancia se destaca que “en el caso que nos ocupa la empresa no ha acreditado que ninguna de las modificaciones realizadas responda a causa objetiva u organizativa alguna ajena a la huelga” y sin embargo ello resulta incomprensiblemente ignorado por el TSJ. La sentencia de suplicación al estimar el recurso empresarial, bajo el amparo de la predicada libertad de uso de medios técnicos “habituales”, ni

tan siquiera se detiene a examinar la afectación que el comportamiento irregular descrito provoca sobre el derecho de huelga.

Lo expuesto anteriormente no es más que el producto de una doctrina jurisprudencial a nuestro juicio desenfocada, pues en lugar de comprobar como la utilización de unos determinados medios tecnológicos afectan al derecho fundamental de huelga, se finta todo amago de debate bajo la obcecada premisa de la libertad de empresa evitando un verdadero y necesario ejercicio de ponderación. La discusión sobre el uso ordinario de los medios técnicos está eclipsando la imperiosa necesidad de evaluar si dichos medios, sean o no habituales en la empresa, entorpecen de manera relevante el despliegue de una huelga, que recordemos, sigue siendo la medida de conflicto por antonomasia de las personas trabajadoras para la defensa de sus intereses.

Por consiguiente, el discurso sostenido por el Tribunal resulta a nuestro parecer cuanto menos peligroso. Bajo el paraguas de la libertad de organización de la actividad productiva y el uso sin restricciones de los medios de los que dispone, se está permitiendo que la empresa lleve a cabo actuaciones que de manera patente, y sea voluntariamente o no, confrontan la huelga buscando ahogar su impacto en la opinión pública y reducir al mínimo su incidencia económica. Al aceptar que el empleador utilice los medios técnicos de los que dispone tan a su entera conveniencia, que incluso pueda sortear los propios cuadrantes que ha elaborado sin justificación de peso alguno, se colocan en una clara situación de vulnerabilidad los derechos fundamentales de los trabajadores.

Frente a ello, el argumento que se reproduce continuamente es el de la falta de previsión legal sobre un supuesto "deber de colaboración del empresario con la huelga" y lo irrisorio que resultaría que el empresario debiera contribuir al éxito de las reivindicaciones de los huelguistas. Pues bien, dicho discurso a nuestro parecer, orbita en torno a una identificación errónea entre el éxito de los huelguistas en sus reivindicaciones con el éxito de la huelga en cuanto a su despliegue como medida de conflicto²⁴. Tratemos de aclararnos, el empleador evidentemente en ningún caso se encuentra compelido a cooperar con los huelguistas en el éxito de sus reivindicaciones, ello iría contra la propia noción de conflicto. No obstante, el empleador sí se encuentra obligado a no torpedear el desarrollo de la acción conflictiva en la empresa. Ello se encuentra en la propia raíz de la prohibición de esquirolaje. La prohibición de esquirolaje no garantiza que los huelguistas logren ver satisfechos sus propósitos, sino que permite que la huelga pueda desenvolverse y posea potencialmente un cierto impacto proporcional al porcentaje o volumen de trabajadores que decidan secundarla. Y es que llevando hasta sus últimas consecuencias el razonamiento tras el pregonado "no deber de

²⁴ Grau Pineda, C. "Los difusos...", op. cit., p. 129.

colaboración del empresario ante la huelga” podríamos llegar a cuestionarnos hasta otros esquirolajes pacíficamente prohibidos como el externo o el interno, tanto en cuanto la contratación de trabajadores para sustituir a los huelguistas o la sustitución interna de estos por otros trabajadores de la empresa, no impide que no puedan llevar a cabo la abstención concertada, sino que simplemente la vacía completamente de impacto. Por consiguiente, estimamos desacertado hablar de que se obliga al empleador a contribuir con el éxito de la huelga cuando se propone limitar el uso de ciertos medios técnicos que poseen un impacto irrefutable sobre la misma²⁵. La victoria de los huelguistas seguirá dependiendo de innumerables variables como el seguimiento de la acción, la capacidad de resistencia, la estrategia seguida... Por el contrario, en la derrota de los huelguistas y en la imposibilidad de plantear conflictos con un mínimo impacto sí que puede influir y mucho una libertad de acción ilimitada del empleador ante la huelga.

Recuérdese en este punto la conocida exigencia de una “proporcionalidad y unos sacrificios mutuos” asumidos por las partes en conflicto²⁶. A pesar de que tradicionalmente este principio se ha utilizado como barrera frente a las manifestaciones huelguísticas de mayor vigor -y eficacia-, no vemos impedimento alguno para propugnar una interpretación que en línea con la necesaria asunción de sacrificios garantice que la acción conflictiva posea un cierto grado de repercusión sobre la organización productiva, formalmente en equilibrio con las consecuencias asumidas y sufridas por los huelguistas. No resulta coherente con la mencionada proporcionalidad que ante el desarrollo de una huelga con una adhesión masiva, el empleador pueda neutralizar cómodamente sus efectos asistiéndose de la tecnología²⁷.

A su vez, otro aspecto que merece nuestra consideración es el del impacto que tienen dichas alteraciones de los trenes simples por dobles sobre los servicios mínimos decretados. Debemos partir, como se pone de manifiesto en la sentencia de instancia con mayor detenimiento, que el establecimiento de servicios mínimos en este caso resulta en cierto modo extravagante. El problema radica en que el cálculo se realiza sobre la plantilla de conductores y no sobre los trenes que deben ponerse en circulación. Ello supone que durante las franjas horarias

²⁵ Respecto de esta línea jurisprudencial señaló muy acertadamente Baylos Grau que “*lo que realmente está afirmando esta línea interpretativa es en definitiva la absoluta y total intangibilidad de la disposición técnica del proceso de producción por parte del empresario, incluso si se emplea con la expresa finalidad de vaciar de contenido un derecho fundamental como el de huelga*”. Vid. Baylos Grau, A. “Sobre la pérdida de la función y eficacia de la huelga, especialmente en los sectores de la información y de la telecomunicación. A propósito de las consecuencias de la huelga general de 20 de junio de 2002”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 5 2004, p. 7.

²⁶ FJ 10º STC 11/1981 de 8 de abril (BOE núm. 99, de 25 de abril de 1981 ECLI:ES:TC:1981:11).

²⁷ Tascón López, R. “El esquirolaje...”, op. cit., p. 96.

en las que tiene lugar la huelga, no se haya decretado un mínimo de trenes que deben mantenerse en servicio, sino que se ha fijado un porcentaje de trabajadores que deben continuar la prestación. Por consiguiente, si por ejemplo en una franja se prevé un 40% de servicios mínimos y la plantilla son 10 conductores, deben acudir 4 trabajadores, empero resulta manifiesto que no es indiferente que dichos trabajadores se adscriban a 4 trenes simples que a 4 trenes dobles. Al tener mayor capacidad los trenes dobles pueden facilitar un mantenimiento mayor del servicio en detrimento del impacto de la huelga que se encuentra más atenuado. A pesar de ello, el TSJ despacha la cuestión, induciendo cierta confusión al señalar que los servicios mínimos son un límite sobre la huelga y no sobre la actividad productiva, pudiendo mantener la empresa un nivel superior de actividad al fijado por los servicios mínimos, aunque posteriormente matiza que no se puede incrementar dicho nivel utilizando a los trabajadores de servicios mínimos. En cualquier caso, y pese al deficiente método de fijación de los servicios mínimos, no podemos tampoco compartir la conclusión a la que llega el TSJ en esta cuestión. La clave se encuentra nuestro parecer en una línea transcrita de la sentencia de 11 de junio de 2012: *“El razonamiento de la sentencia recurrida altera esa función y convierte la determinación de los servicios mínimos en un límite a la propia actividad empresarial, de forma que la entidad afectada no podría, aunque pudiera hacerlo sin lesionar el derecho de huelga, realizar más actividades que las definidas en los servicios mínimos fijados”*. La empresa puede incrementar la actividad siempre que no lo haga lesionando el derecho de huelga, y en este caso a nuestro criterio, la modificación unilateral lesiona dicho derecho. Sumado a ello, creemos importante plantearnos la relevancia del cuadrante de servicios -realizado casi un mes antes de la orden que fija los servicios mínimos- en la determinación de los servicios mínimos. ¿Si en ciertas franjas se plantease que todos los trenes que se iban utilizar eran dobles, se mantendrían los mismos porcentajes?

Finalizamos este análisis llamando la atención sobre el riesgo considerable que se cierne sobre el derecho de huelga como no se produzca un viraje normativo -y en cierto modo jurisprudencial- en un futuro próximo. A pesar del improbable esfuerzo jurisprudencial por cubrir la dejadez del legislador, la analogía -o incluso la interpretación finalista si se quiere- de la prohibición del esquirolaje como método para rechazar un arsenal de prácticas empresariales cada vez más sofisticadas contra la huelga, se está encontrando ante sus límites lógicos. En nuestra opinión, no resulta posible estirar mucho más la prohibición contenida en el art. 6.5 RDLRT, que recordemos que en su literalidad solo prohíbe el esquirolaje externo. Alternativamente, como ya han sostenido algunos autores²⁸, mientras no

²⁸ Calvo Gallego, F.J. “Las medidas de conflicto colectivo en el nuevo entorno económico y social”. En *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía* (J.L. Monereo coord.), XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Monografías de Temas laborales, núm 66 Consejo

se actualice la regulación del abandonado derecho de huelga por el legislador, creemos que un posible método de defensa frente a ciertas prácticas podría ser apelar directamente al contenido esencial del derecho. No resulta aceptable que en un futuro próximo haya empresas donde ejercer la huelga sea una auténtica quimera, en atención a unos medios tecnológicos cada vez más perfeccionados que puedan sustituir el vacío en la producción dejado por los huelguistas. Nuestra jurisprudencia mantiene aún una postura ciertamente ambigua en lo que respecta a los medios técnicos de uso ordinario en la empresa, resistiéndose a limitar su uso ante la acción de conflicto invocando la libertad de empresa. Sin embargo, resulta cada vez más perentorio plantear un cambio de postura y aceptar que resulta cuanto menos probable que en ciertos contextos productivos los medios de uso habitual u ordinario afecten gravemente al ejercicio del derecho, hasta el punto ya señalado de empresas -cuando no sectores productivos completos- inmunes a la huelga. Al igual que resulta coherente limitar facultades como la de contratación de personal externo para sustituir a los huelguistas durante el conflicto, se tendrá que afrontar la posibilidad de que dichas limitaciones se extiendan al uso de ciertos medios que pueda comprometer la posición de los trabajadores ante el conflicto.

Concluimos haciendo nuestros los términos atemporales en los que tan brillantemente se pronunció el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré en el voto particular formulado a la STC 17/2017: *“Las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de los nuevos medios técnicos a los que recurre para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan”*.

PAREJAS DE HECHO NO FORMALIZADAS Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: UNA CONTROVERSI ABIERTA EN SEDE JUDICIAL

NON- FORMALIZED FACTUAL PARTNERSHIPS AND WIDOW'S PENSION: AN OPEN CONTROVERSY IN THE COURT

MARÍA JOSÉ CABALLERO PÉREZ *

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de septiembre de 2024

ECLI:ES:TSJM:2024:10528

SUPUESTO DE HECHO: Lo rebatido en la Sentencia comentada (STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2024, rec. 62/2024) es el reconocimiento de la pensión de viudedad en el marco de una pareja de hecho que no constaba inscrita en los registros oficiales existentes, ni constituida mediante documento público, tal y como exige el párrafo segundo del art. 221.2 LGSS. Según relata la Sentencia, la solicitante de la pensión había mantenido con el causante una relación de pareja establece desde el año 2013 hasta la fecha del fallecimiento, y durante este tiempo tuvieron un hijo en común. Junto a lo que se acredita que ambos eran cotitulares de dos cuentas bancarias; que desde octubre de 2013 hasta octubre de 2019 figuraron como arrendatarios de la vivienda donde convivían; y que posteriormente, en diciembre de 2020, la supérstite adquirió una nueva vivienda en calidad de propietaria donde continuó conviviendo con su pareja hasta su fallecimiento.

Atendiendo a tales circunstancias, tanto el INSS como el Juzgado de lo Social denegaron a la miembro supérstite la pensión de viudedad solicitada por considerar que, si bien había quedado acreditado que la pareja convivió largo tiempo *more uxorio*, esta no había sido formalmente constituida en los términos y condiciones legalmente exigidos. Decisión que fue recurrida en suplicación por la afectada invocando la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2023 (rec. 5087/2020), en la que se abrió la puerta a la flexibilización de las formas de acreditar la existencia de una pareja de hecho a los efectos de

* Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

la pensión de viudedad, admitiendo medios de prueba distintos a los legalmente previstos (inscripción en registro o constitución en documento público notarial).

RESUMEN: Apartándose de la tradicional doctrina configurada por la jurisprudencia de lo social en torno al concepto de pareja de hecho establecido para la pensión de viudedad en el art. 221.2 LGSS, la Sentencia comentada decide decantarse por una interpretación más flexible de los términos del precepto para reconocer este derecho prestacional a una pareja de hecho que, pese a no encontrarse formalizada, acreditaba una convivencia prolongada y tenía un hijo en común. Entre los argumentos esgrimidos en la resolución, se encuentra el de la obligación de interpretar con perspectiva de género las condiciones de devengo de la pensión impuestas a estas uniones no matrimoniales. Pero la Sentencia ampara fundamentalmente su decisión en la conveniencia de extender a las pensiones de viudedad, por razones de coherencia y lógica jurídica, el nuevo concepto de pareja de hecho previsto para el caso de que existan hijos en común a los efectos de acceder al ingreso mínimo vital o al subsidio asistencial por desempleo. De manera que, asumiendo una labor cuasi legislativa, el órgano judicial obvia las formalidades *ad solemnitatem* aplicables al caso *ex art.* 221.2 LGSS y estima procedente aplicar una solución normativa en la que, a su juicio, debió estar explícitamente incluida la pensión de viudedad.

ÍNDICE

1. LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO: RECONOCIMIENTO INICIAL Y CONFIGURACIÓN ACTUAL
2. LA CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO COMO REQUISITO *AD SOLEMNITATEM* PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD
3. EL CONCEPTO DE “PAREJA DE HECHO” A EFECTOS DE OTRAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
4. LA RECONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO DE LA PAREJA DE HECHO DEL ART. 221.2 LGSS A TRAVÉS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DE MADRID, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2024
5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

1. LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN LAS PAREJAS DE HECHO: RECONOCIMIENTO INICIAL Y CONFIGURACIÓN ACTUAL

La extensión del derecho a la pensión de viudedad a los miembros supervivientes de las parejas de hecho se produjo con motivo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (de medidas en materia de Seguridad Social¹), cuyo art. 5.3 daría nueva redacción al art. 174 de la LGSS de 1994 (actual art. 221 de la LGSS de 2015) al objeto de reconocer este derecho prestacional a las parejas de hecho en las que concurrieran, además de los requisitos exigidos a los vínculos matrimoniales, los

¹ BOE núm. 291, de 05 de diciembre de 2007.

siguientes condicionantes adicionales: 1) convivencia estable y notoria durante al menos cinco años ininterrumpidos; 2) dependencia económica del conviviente superviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad; y 3) previa inscripción registral de la pareja de hecho en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, o su constitución en documento público, en ambos casos con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

Hasta ese momento, el Tribunal Constitucional había venido avalando la exclusión de las parejas de hecho de este derecho social afirmando que “el matrimonio y la convivencia no matrimonial no son situaciones equivalentes” (pues el matrimonio es una institución social que, a diferencia de las uniones de hecho, se encuentra garantizada como derecho constitucional por el art. 32.1 CE), y que, por tal motivo, el legislador podía en principio establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica, sin que tales distinciones de trato entre los cónyuges y quienes conviven de hecho –pese a no tener impedimento para contraer matrimonio–, proyectadas en la pensión de viudedad, pudieran reputarse de discriminatorias por arbitrarias o carentes de fundamento (FJ 3º de la STC 184/1990, de 15 de noviembre).

Por lo que resulta evidente que, en ese contexto normativo y jurisprudencial, la irrupción de la Ley 40/2007 comportó un hito en la protección social de las parejas de hecho al equiparlas a las uniones matrimoniales en cuanto a la pensión de viudedad, sin perjuicio de que, en su Preámbulo, la propia Ley advirtiera de que, si bien su voluntad era la de configurar una definición de pareja de hecho lo más próxima posible a la institución matrimonial a los exclusivos efectos de la acción protectora de la Seguridad Social, las diferencias existentes entre ambas figuras, y la imposibilidad de conseguir su plena equiparación, hacían inviable someterlas a un tratamiento absolutamente igualitario en el concreto régimen jurídico de las prestaciones de viudedad (párrafo 8 del Preámbulo de la Ley 20/2007).

De esta manera se justificaba la consagración, entre ambas fórmulas de convivencia y en cuanto a la pensión de viudedad, de una equiparación limitada y materializada en la imposición, a las uniones no matrimoniales, de una serie de requisitos económicos (dependencia económica), materiales (convivencia notoria y estable), y formales (registro o constitución formal de la pareja de hecho) que, sobreviviendo a las diversas críticas doctrinales, se mantuvieron en el tiempo con el respaldo –de nuevo en esta ocasión– del Tribunal Constitucional.

En este sentido, cabe destacar la STC 41/2013, de 14 de febrero, en la que se defendería la adecuación al art. 14 CE de la diferencia de trato entre supervivientes de parejas de hecho y matrimoniales en cuanto al requisito de la situación

de dependencia económica del causante, basándose en que nada impedía al legislador, en su amplio margen de discrecionalidad en la configuración de las prestaciones de Seguridad Social, condicionar el reconocimiento de la pensión de viudedad en el caso de las parejas de hecho a la existencia de un estado real de necesidad del supérstite o de dependencia económica del causante, o incluso a la existencia de cargas familiares (FJ 3º)². Doctrina en la que se basaría posteriormente el Auto del Tribunal Constitucional 8/2019, de 12 de febrero, para inadmitir por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad promovida frente a esa misma decisión legislativa de condicionar la pensión de viudedad de los sobrevivientes de las parejas de hecho a su situación real de necesidad económica.

E igualmente resultan reseñables las Sentencias del TC 51/2014, de 7 abril, y 60/2014, de 5 mayo, en las que se descartó la inconstitucionalidad del requisito de acreditar la formalización de la pareja de hecho en documento público o mediante su inscripción en el registro específico de parejas de hecho, considerando que tal exigencia formal era acorde al principio de igualdad del art. 14 CE por responder a una justificación objetiva y razonable, cual es la de favorecer la seguridad jurídica y evitar el fraude en la reclamación de pensiones de viudedad. Junto a lo que razonaba el Tribunal Constitucional que, al igual que se había reconocido la capacidad del legislador de establecer regímenes de convivencia *more uxorio* con un reconocimiento jurídico diferenciado al del matrimonio, se debía ahora aceptar que el reconocimiento de esas realidades familiares no imponía al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia *more uxorio* acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente establecidos frente a la que carece de ellos, “pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica” (FJ 3º, párrafo 4, STC 51/2014, de 7 de abril).

No obstante, sería la Ley 21/2021, de 28 de diciembre –de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones-³, la que finalmente se decidiera a introducir –a través de su art. 1.10- dos cambios relevantes en los

² Recuérdese que esta Sentencia sí declaró, en cambio, la inconstitucionalidad de la exigencia de acceso a la pensión de viudedad contenida en la letra c) de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007 para los miembros supérstites de las parejas de hecho cuyo causante hubiera fallecido antes de la entrada en vigor de la Ley (esto es, antes del 1 de enero de 2008), consistente acreditar la existencia de hijos en común.

³ BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

condicionantes de acceso a la pensión de viudedad impuestos a las parejas de hecho por el art. 221.2 LGSS.

El primero de ellos fue la supresión de la obligación impuesta al supérstite de la unión de hecho de acreditar su situación de dependencia económica respecto del sujeto causante, zanjando así las críticas doctrinales hasta entonces vertidas en torno a este condicionante por suponer un agravio comparativo de difícil justificación entre supérstites de uniones de hecho y uniones matrimoniales. Y el segundo de estos cambios supuso la exención del deber de acreditar una convivencia estable y notoria de al menos cinco años –mediante el correspondiente certificado de empadronamiento- a los supérstites de las parejas de hecho que hubieran tenido hijos en común, quienes “*solo deberán acreditar la constitución de la pareja de hecho [...] mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*” (apartado 2 del art. 221 LGSS)⁴.

Por tanto, mientras que el requisito de la dependencia económica sería eliminado y el requisito de la convivencia estable y notoria flexibilizado –al quedar dispensando del mismo las parejas de hecho con hijos en común-, la reforma legal mantendría la exigencia de que la unión *more uxorio* se hubiera constituido formalmente al menos dos años antes del fallecimiento del causante, ya sea mediante documento público o mediante su inscripción en el registro público pertinente, optando con ello por conservar el rigor de los términos de esta condicionante formal, sin ninguna excepción, bajo el argumento constitucional de obedecer al “objetivo legítimo de proporcionar seguridad jurídica en el reconocimiento de pensiones y de coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social” (FJ 3º de la STC 51/2014, de 7 de abril)⁵.

⁴ Otra de las importantes novedades introducidas por esta reforma legal del 2021 en relación a la pensión de viudedad de las parejas de hecho, pero no directamente relacionada con los requisitos generales de acceso, se materializó en el apartado 3 del art. 221 LGSS, y consistió en reconocer a las exparejas de hecho extinguidas por voluntad de uno o ambos convivientes el derecho a la pensión de viudedad en términos similares a los previstos en el art. 220 LGSS para las rupturas matrimoniales por divorcio, separación o nulidad.

⁵ En cualquier caso, la STC 40/2014, de 11 marzo, efectuó una importante alteración sobre este requisito formal al declarar nulo, por inconstitucional, el último párrafo del art. 174.3 de la LGSS de 1994, donde se establecía que “*En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación*”. Según la Sentencia, este inciso introducía un criterio de diferenciación entre los supervivientes de una pareja de hecho –el de residir o no en una comunidad autónoma con Derecho civil propio que hubiera aprobado una legislación específica en materia de parejas de hecho- que carecía de

2. LA CONSTITUCIÓN FORMAL DE LA PAREJA DE HECHO COMO REQUISITO *AD SOLEMNITATEM* PARA EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Como hemos adelantado en relación al requisito formal de la acreditación de la existencia de pareja hecho, el art. 221 LGSS taxativamente dispone, en el párrafo segundo de su apartado 2, que *“La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”*. A lo que añade, a renglón seguido, la especificación de que *“Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”*.

De manera que, en aras a acceder a la pensión de viudedad, no bastará con acreditar mediante certificado de empadronamiento una convivencia material de la pareja de al menos cinco años ininterrumpidos, sino que, además, será preciso que esa relación de hecho se haya formalizado al menos dos años antes del fallecimiento a través de los medios descritos en el precepto transcrito. Un doble condicionante cuya aplicación ha generado diversas controversias interpretativas que se han ido resolviendo en sede judicial, dando algunas de ellas lugar a la formulación, por parte de la Sala IV del Tribunal Supremo, de una consolidada tesis doctrinal que sostiene: a) que el acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad está condicionado a la concurrencia simultánea de dos requisitos autónomos y diferentes, siendo estos, de un lado, “la convivencia estable y notoria” (requisito material), y de otro lado, “la existencia de la pareja de hecho” (requisito formal); y b) que las reglas de acreditación de cada uno de estos requisitos son igualmente distintas, ya que la convivencia material podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, además del expresamente mencionado “certificado de empadronamiento”, mientras que el requisito relativo a la existencia de la pareja de hecho solo se podrá probar, bien mediante la certificación de su inscripción como tal en un registro específico, autonómico o municipal, o bien mediante documento público en el que conste su constitución. Lo que a juicio de esta doctrina refleja una evidente voluntad legislativa de circunscribir la atribución de la pensión de viudedad, por elementales razones de seguridad jurídica, solo a las parejas de hecho regularizadas, con

justificación y comportaba una vulneración del principio de igualdad recogido en el art.14 CE y de lo previsto en el art. 149.1.17 CE, por el que se atribuye al Estado competencia exclusiva en el ámbito de la legislación básica de la Seguridad Social.

exclusión de aquellas que no lo estén pese a acreditar una situación de convivencia estable y prolongada.

En particular, argumentaba la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2024 (rec. 3216/2021) –apelando a una larga lista de sentencias que han reproducido esta misma doctrina desde sus Sentencias de 22 de septiembre de 2014 (rec. 759/2012, 1098/2012, 1752/2012, 1958/2012 y 1980/2012)- que “el legislador (tanto en la redacción del art. 221.2 de la LGSS de 2015 como en la redacción precedente del art. 174.3 de la LGSS de 1994) establece la exigencia de dos simultáneos requisitos [...]: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia *more uxorio* [...]”, sin que tal opción de política jurídica comporte “una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - *ad solemnitatem* - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de análoga relación de afectividad a la conyugal, con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio)”. Todo lo cual manifiesta que “la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las parejas de derecho y no a las genuinas parejas de hecho”.

Junto a lo que recordaba la Sentencia, a colación de los medios probatorios de la concurrencia de ambas exigencias, que “aunque la acreditación de la convivencia puede realizarse por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, sin que necesariamente haya de serlo por el certificado de empadronamiento, la existencia de la pareja de hecho debe acreditarse en los concretos términos establecidos en la norma, no teniendo validez a esos efectos otro tipo de documentos, como la tarjeta sanitaria en la que la demandante figura como beneficiaria del causante, emitida por el INSS (STS de 1 de junio de 2026, rec. 207/15); el certificado de empadronamiento (STS de 7 de diciembre de 2016, rec. 3765/14); el libro de familia (STS de 23 de febrero de 2016, rec. 3271/14); el testamento nombrando heredera a la persona con la que se convive (STS de 26 de noviembre de 2012, rec. 4072/11); las disposiciones testamentarias de los convivientes en las que, además de legar una cuota del 30% de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente (STS de 9 de octubre de 2012, rec. 3600/11); el certificado municipal de la reserva para la ceremonia nupcial (STS de 23 de junio de 2015, rec. 2578/14); o la condición de

beneficiaria del Plan Pensiones del causante (STS de 17 de diciembre de 2015, rec. 2882/14)”.

Así pues, frente a la interpretación flexible adoptada en relación a la acreditación de un “convivencia notoria y estable” –para lo que se aceptan otros medios de prueba distintos del certificado de empadronamiento al que alude expresamente la norma legal⁶-, la jurisprudencia ha venido defendiendo, conforme al tenor literal del precepto, que la exigencia de “constitución formal de la pareja de hecho” solo se entenderá cumplida cuando dicha formalización se haya efectuado mediante escritura pública o inscripción registral, configurándose en estos términos como un requisito *ab solemnitate* a efectos del acceso a la pensión de viudedad.

No obstante, se trata de una exigencia legal que, pese a la contundencia argumental con la que se ha venido judicialmente amparando su estricta aplicación, continúa planteando dudas de constitucionalidad por posible vulneración del principio de igualdad del art. 14 CE, por el momento desestimadas por el Tribunal Constitucional como muestra en su Sentencia 1/2021, de 25 de enero de 2021, donde se vuelve a reiterar que el requisito de la constitución formal de la pareja de hecho no comporta una discriminación para los miembros supervivientes de uniones *more uxorio* no acreditadas, ya que “no carece de una finalidad constitucionalmente legítima porque busca atender, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho, permitiendo al legislador identificar una concreta situación de necesidad merecedora de protección a través de la pensión de viudedad del sistema de Seguridad Social” (párrafo 6º del FJ 5º)⁷. O en su más reciente Auto 89/2024, de 24 de septiembre de 2024, que inadmite por notoriamente infundada la cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación al mismo requisito formal (inscripción registral o documento público de constitución de la pareja de

6 Efectivamente, pese a la claridad de la norma al indicar que “[...] se reconocerá como pareja de hecho la constituida [...] por quienes [...] acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria [...]” (art. 221.1 LGSS), el Tribunal Supremo se postularía desde muy temprano por una interpretación laxa de la norma para la admitir la posibilidad de acreditar la convivencia a través de cualquier medio de prueba admisibles en Derecho y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento (entre otras, la STS de 25 de mayo de 2010, rec. 2969/2009).

7 Junto a lo que también descartaba la Sentencia –por su relación con el caso- que se produjera cualquier tipo de discriminación, directa o indirecta, sobre los miembros supervivientes de las uniones convivenciales de la etnia gitana que no se hubieran formalizado conforme al art. 174.3 de la LGSS de 1994 (actual art. 221.2 de LGSS de 2015), “sin perjuicio de que el legislador pudiera, en atención a las singularidades que plantea la etnia gitana, desarrollar una regulación legal en la que, preservando los derechos y valores constitucionales, se establecieran las condiciones materiales y formales en que las uniones celebradas conforme a los ritos y usos gitanos pudieran contar con plenos efectos civiles” (FJ 6º).

hecho para el acceso a la pensión de viudedad) descartando, entre otros extremos⁸, que tal condicionante comporte una discriminación indirecta por razón de sexo al incidir sobre una pensión –la de viudedad– fuertemente feminizada.

Y es que, según mantiene sobre este último aspecto el Tribunal Constitucional, el mayor impacto de la pensión de viudedad en las mujeres no puede considerarse, por sí mismo y aisladamente, causante de la discriminación alegada por las siguientes razones: a) porque, siguiendo esta misma lógica, “cualquiera de los requisitos exigidos, al condicionar el acceso a una pensión feminizada, discriminaría indirectamente por razón de sexo”; b) porque la formalización de la pareja de hecho que el precepto impone “no determina, ni formal ni materialmente, que las mujeres se encuentren en peor situación que los hombres para su cumplimiento, máxime cuando [dicha formalización] depende de la concurrencia de la voluntad de ambos (hombre y mujer) en las parejas heterosexuales”; y c) porque, en cualquier caso, este requisito formal “se adecúa a la Constitución al justificarse en factores objetivos ajenos al sexo de los potenciales beneficiarios, cuales son favorecer la seguridad jurídica, evitar el fraude y coordinar internamente el sistema prestacional de la Seguridad Social”.

3. EL CONCEPTO DE “PAREJA DE HECHO” A EFECTOS DE OTRAS PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Aunque en el Preámbulo de la Ley 40/2007 ya se vislumbraba una cierta pretensión legislativa de configurar un concepto de pareja de hecho válido para toda la acción protectora del sistema de Seguridad Social⁹, lo cierto es que la definición que finalmente se introduciría de esta fórmula de unión no matrimonial limitó sus efectos a la prestaciones por muerte y supervivencia –entre ellas la de viudedad–, tal vez por ser este el primer tipo de prestaciones de Seguridad Social que incluyó a las parejas de hecho, y más exactamente a sus miembros, como potenciales sujetos beneficiarios.

Esta definición, inicialmente contenida en el art. 174.3 de la LGSS de 1994 y actualmente ubicada en el art. 221.2 de la LGSS de 2015, se mantuvo prácticamente impertérrita (salvando la declaración de nulidad de la originaria remisión

⁸ Otra de las dudas de constitucionalidad que el mismo Auto inadmitió por notoriamente infundada consideraba que, la exigencia legal de inscripción registral o de documento público de constitución de la pareja de hecho para el acceso a la pensión de viudedad, vulneraba la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE, en relación con la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39 CE) y con el acceso a las prestaciones del régimen público de la Seguridad Social ante situaciones de necesidad (art. 41 CE).

⁹ Literalmente expresaba el Preámbulo de esta Ley que, la ausencia de una regulación jurídica de carácter general con respecto a las parejas de hecho, hacía imprescindible delimitar los perfiles identificativos de esta situación “*exclusivamente a efectos de la acción protectora de la Seguridad Social*”, sin aludir a ninguna prestación en particular.

a las legislaciones de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio en relación a la acreditación de las parejas de hecho¹⁰) hasta que la Ley 21/2021 decidió intervenir en su delimitación eliminando el requisito de la dependencia económica, y eximiendo a las parejas de hecho con hijos en común de la obligación de acreditar una convivencia estable y notoria durante un periodo mínimo de 5 años, pero no de la exigencia de acreditar su constitución formal en los términos y con la antelación prevista en el art. 221.2 LGSS.

Ahora bien, pese a que esta Ley acometería una reforma transversal de varios aspectos de Seguridad Social (fundamentalmente revalorización de pensiones y pensión de jubilación), su incidencia en el concepto de pareja de hecho de nuevo circunscribió sus efectos a las prestaciones de viudedad, sin perjuicio de que al tiempo manifestara su voluntad de que, a corto plazo, se configurara una noción de pareja de hecho universal y común a todo el sistema de Seguridad Social. Lo que quedó reflejado en su Disposición adicional 3ª al indicar que *“En el plazo de un año, el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones analizará la configuración de la pareja de hecho desde el punto de vista de la Seguridad Social, a efectos de determinar su alcance en orden a garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional”*.

No obstante, poco antes de la Ley 21/2021, y a colación de la implantación del ingreso mínimo vital y su reconocimiento a las unidades de convivencia, tanto matrimoniales como *more uxorio*, la normativa reguladora de esta nueva prestación de Seguridad Social ya había decidido adoptar la misma definición de pareja de hecho que se encontraba establecida para las pensiones de viudedad en el art. 221.2 LGSS.

En efecto, la regulación inicial del ingreso mínimo vital, a través del extinto RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo¹¹, optó por remitirse directamente a aquél precepto legal (en su versión anterior a la Ley 21/2021) para regular tanto el concepto de pareja de hecho (art. 6) como las formas de acreditar los elementos constitutivos de la misma (art. 19). Remisión que poco después sería suprimida para ser sustituida por una reproducción literal del art. 221.2 LGSS en los arts. 6 y 19 del RD-Ley 20/2020, de 29 de mayo¹², en los que exactamente se establecía que tendría la consideración de pareja de hecho *“la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal con al menos dos años de antelación, por*

¹⁰ STC 40/2014, de 11 de marzo de 2014.

¹¹ BOE núm. 154, de 1 de junio de 2020.

¹² Mientras que la reforma del art. 6 del RD-Ley 20/2020 fue introducida por el RD-Ley 30/2020, la del art. 19 RD-Ley 20/2020 se efectuó por el RD-Ley 28/2020, quedando incluido en el primero el concepto de pareja de hecho como una de las posibles unidades de convivencia a efectos de esta prestación, y en el segundo la forma de acreditar la existencia de la misma (inscripción registral y el documento público constitutivo).

quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y hayan convivido de forma estable y notoria con carácter inmediato a la solicitud de la prestación y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años” (art. 6.1), y que la existencia de pareja de hecho se acreditaría “mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”, debiendo haberse producido “tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público [...] con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de la solicitud de la prestación” (art. 19).

Esta concordancia con el art. 221.2 LGSS en la definición de pareja hecho y su acreditación a los efectos del acceso al ingreso mínimo vital, se mantuvo por los arts. 6 y 21 de la posterior Ley 19/2001, de 20 de diciembre, hasta su modificación por RD -Ley 2/2024, de 21 de mayo¹³, y no estaría exenta de controversias interpretativas como la resuelta por la Sentencia de la Sala de lo Social del TS de 7 de mayo de 2025 (rec. 2955/2023), en la que se negó que un “certificado municipal de convivencia y empadronamiento conjunto” fuera suficiente para acreditar la existencia de pareja hecho en el ámbito del ingreso mínimo vital, esgrimiendo, entre otros, los siguientes argumentos:

1) Que al igual que en la pensión de viudedad, la inscripción registral de la pareja de hecho o su constitución en documento público eran formalidades de carácter *ab solemnitate* que imponen al órgano judicial la forma de probar un hecho y restringen su libertad valorativa (FJ 3º.4).

2) Y que “la regulación de la acreditación de la existencia de la pareja de hecho en el ámbito de las diferentes prestaciones de Seguridad Social ha de interpretarse de forma coherente y unitaria”, pues si bien “sería perfectamente posible que los requisitos materiales de convivencia o dependencia económica de la pareja de hecho tuvieran regulaciones distintas según las diversas prestaciones”, no parece lógico que la forma de acreditar la afectividad sea diferente según la prestación de que se trate. Lo que, a juicio del Alto Tribunal, “obliga a que los diferentes textos legales relativos a la acreditación de dicho requisito de afectividad en relación con distintas prestaciones del mismo sistema de la Seguridad

¹³ Por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2024.

Social hayan de ser objeto de un esfuerzo interpretativo que alcance una solución uniforme para todas ellas” (FJ 3º.5).

Sin embargo, como acabamos de avanzar, este concepto de unión de hecho establecido para el ingreso mínimo vital en los mismos términos del art. 221.2 LGSS, volvería a ser modificado por el RD-Ley 2/2024, de 21 de mayo, con el declarado propósito de homogeneizar dicho concepto en la regulación de esta prestación y en la del subsidio asistencial por desempleo¹⁴.

Con lo que, de nuevo en esta ocasión, la reforma obviaría el resto de prestaciones de Seguridad Social, entre ellas la pensión de viudedad, desaprovechando la oportunidad de formular una definición de pareja de hecho común a todas ellas, tal y como cabía esperar de la declaración de intenciones recogida en la DA 3º de la Ley 21/2021. Y aunque la nueva definición establecida para el ingreso mínimo vital y el subsidio por desempleo mantiene una redacción bastante similar a la del art. 221.2 LGSS, introduce importantes alteraciones sustanciales que afectan tanto al requisito material de la convivencia notoria y establece como al formal de la acreditación de la convivencia *more uxorio*.

Concretamente indican en la actualidad los arts. 6 y 21.4 de la Ley 19/2021, en relación al ingreso mínimo vital, que “*se considerará pareja de hecho la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial, ni constituida pareja de hecho con otra persona y acredite en dicha constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo quinto del artículo 21.4*” (art. 6), y que “*la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia, en su caso, o documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*” (art. 21.4). A lo que añade esta última disposición, por un lado, que “*tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha de la solicitud de la prestación, no requiriéndose este plazo en el caso de que existan hijos o hijas en común*”, y por otro lado, que “*no se exigirá el requisito de*

¹⁴ Hasta la reforma introducida en el subsidio por desempleo por el RD-Ley 2/2024, la doctrina del Tribunal Supremo, manifestada en la STS de 17 de octubre de 2018 (rec. 3600/2016), consideraba que, a efectos de acceder al subsidio por desempleo por cargas familiares, la pareja de hecho no debía ser considerada como parte de la unidad familiar para el cálculo de los ingresos de dicha unidad, basándose en que la dicción literal de la norma reguladora de la materia –art. 275.3 LGSS– solo aludía al cónyuge de la persona solicitante, y no su pareja de hecho.

inscripción en un Registro de parejas de hecho, ni constitución de dicha pareja en documento público, en el caso de que se tengan hijos o hijas comunes”.

Y en términos prácticamente idénticos se expresa el actual art. 275.3 LGSS en cuanto al subsidio por desempleo, con la salvedad de que este último omite la expresión “*no requiriéndose este plazo* [el de los dos años de antelación que rige para la constitución formal de la pareja de hecho] *en el caso de que existan hijos o hijas en común*”. Lo que probablemente se explique en el escaso sentido que tiene la previsión de esta exención en el art. 21.4 de la Ley 19/2021, teniendo en cuenta que, acto seguido, el mismo precepto legal exime directamente a las parejas de hecho con hijos del requisito formal de haberse constituido mediante documento público o inscrito en el registro.

Pero, al margen de esta puntualización, y retomando la comparación entre este concepto de pareja de hecho y el fijado para la pensión de viudedad en el actual art. 221.2 LGSS, cabría apreciar las divergencias siguientes:

La primera de ellas es que, la acreditación de una convivencia estable, notoria, y de al menos cinco años ininterrumpidos de duración, solo es exigible de cara al acceso a la pensión de viudedad, pero desaparece del concepto de pareja de hecho que rige para el ingreso mínimo vital o el subsidio por desempleo.

Y la segunda de las diferencias afecta a las exoneraciones previstas para las parejas de hecho con hijos o hijas en común, ya que, en caso de la pensión de viudedad, la existencia de hijos eximirá al miembro superviviente de la pareja de acreditar una convivencia notable y estable de al menos cinco años con el causante, pero no de acreditar su constitución formal mediante documento público o inscripción en el registro; mientras que en el caso del ingreso mínimo vital o del subsidio por desempleo, no será necesario que las parejas de hecho con hijos se encuentran formalizadas, sin que tampoco tengan que probar –como el resto de parejas- el requisito material de una convivencia estable y notoria de al menos cinco años de duración.

Todo lo cual demuestra que, lejos de haberse consagrado una definición universal de pareja de hecho, válida para cualquier prestación de Seguridad Social, las últimas reformas legales han implantado conceptos diferenciados que pueden generar agravios comparativos en función de la prestación a solicitar, habiéndose esbozado para el ingreso mínimo vital y el subsidio por desempleo un concepto más abierto que permite abarcar –a diferencia del establecido para la pensión de viudedad- situaciones de convivencia *more uxorio* al margen del tiempo de convivencia y, en caso de hijos, al margen de su constitución formal.

4. LA RECONFIGURACIÓN JUDICIAL DEL CONCEPTO DE LA PAREJA DE HECHO DEL ART. 221.2 LGSS A TRAVÉS DE LA SENTENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TSJ DE MADRID, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2024

Con esta base normativa y jurisprudencial, descrita en los anteriores epígrafes, la Sala de lo Social del TSJ de Madrid resuelve en su Sentencia de 13 de septiembre de 2024 la cuestión de si, al amparo del art. 221.2 LGSS, es posible reconocer el derecho a la pensión de viudedad a la miembro superviviente de una pareja de hecho que, pese a acreditar una larga convivencia y tener un hijo en común, no había sido constituida como tal en documento público ni estaba inscrita en el correspondiente registro.

Para resolver la cuestión, el TSJ comienza realizando un recorrido por la doctrina de la Sala de lo Social del TS en relación al contenido del art. 221.2 LGSS, y recuerda que ha sido constante en considerar: 1) que son dos requisitos diferentes los que han de concurrir de forma simultánea: la existencia de pareja de hecho (requisito formal) y la convivencia estable o notoria (requisito material); y 2) que las reglas de acreditación de uno y otro son distintas porque, mientras que la convivencia análoga a la conyugal se puede acreditar por múltiples medios de prueba, el requisito relativo a la existencia de la pareja de hecho (el formal), solo se puede acreditar mediante su inscripción como tal en el registro o mediante documento público en el que conste su constitución, quedando así reflejada la voluntad del legislador de limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas.

Además, prosigue recordando la Sentencia, de un lado, que la doctrina del Tribunal Constitucional (con referencia a la STC 1/2021, de 25 de enero), ha venido considerando que la exigencia de que la pareja esté inscrita en el registro administrativo de parejas de hecho, o haya sido formalizada mediante escritura pública, es un requisito constitutivo de dicha situación jurídica que no vulnera –por tener una finalidad constitucionalmente legítima– el art. 14 CE. Y, de otro lado, que el art. 221 LGSS fue reformado por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, para eximir a las parejas que tuvieran hijos en común del requisito de *“acreditar, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”*. De modo que, a los efectos del reconocimiento de la pensión de viudedad, tales parejas solo estarán obligadas a probar que fueron constituidas *“mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja”*, debiendo haberse producido ambos

documentos “*con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante*”.

Sin embargo, tras una reproducción expositiva de las posturas doctrinales favorables a una interpretación y aplicación literal del art. 221.2 LGSS, la Sentencia comentada decide decantarse, en cambio, por una interpretación más flexible de los requisitos formales exigidos por el precepto, invocando a tal efecto los razonamientos recogidos en las dos cuestiones de inconstitucionalidad presentadas por la propia Sala ante el Tribunal Constitucional y no resueltas a la fecha del pronunciamiento:

En la primera se defiende que, la exigencia de inscripción registral o de documento notarial como requisito *ad solemnitatem* para acreditar la existencia de pareja de hecho a efectos de la pensión de viudedad, limita de manera irrazonable y desproporcionada los medios de prueba válidos para la acreditación de un hecho relevante en el proceso, ya que priva al supérstite de acceder a la pensión mediante la acreditación de la afectivo *maritalis* por cualquier medio de prueba válido en Derecho, e impide al juez la valoración de otros elementos probatorios que garanticen la tutela judicial efectiva al supérstite de una pareja real existente.

Y en la segunda se plantea, en términos generales, que una interpretación desproporcionadamente restrictiva de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad, produce un efecto desfavorable que afecta a las mujeres en mayor medida que a los hombres. Sostiene que somete a las mujeres a una discriminación indirecta por razón de sexo con vulneración del art. 14 CE, al ser mayoritariamente ellas las que, por razones demográficas, sociales y posiblemente biológicas, perciben este tipo de pensiones, y reflexiona al hilo de lo anterior que, precisamente, “en los últimos años la Sala IV del Tribunal Supremo ha aplicado en varias ocasiones el canon de género en Seguridad Social desde la primera vez en que procediera de ese modo, concretamente en la STS 21 de diciembre de 2009, Rec. 201/2009 [...]”.

Aunque, la razón principal en la que el TSJ de Madrid fundamenta su decisión final, se encuentra en las modificaciones introducidas por el RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, en el concepto de “pareja de hecho” contenido en la regulación del ingreso mínimo vital (arts. 6 y 21.4 Ley 19/2021, de 20 de diciembre) y en la del subsidio asistencial por desempleo (art. 275.3 LGSS). Reforma que básicamente ha consistido en eliminar el requisito formal de publicidad de la pareja de hecho (inscripción en un Registro de parejas de hecho o constitución de dicha pareja en documento público) para el caso de que ésta haya tenido algún hijo en común.

Advierte el TSJ que, aun cuando la reforma no resultaría de aplicación al caso enjuiciado por razones temporales (la norma no entró en vigor hasta el 23 de mayo de este año 2024 y su Disposición Transitoria 1º dispuso que, hasta el

día 31 de octubre de 2024, continuaría siendo de aplicación lo previsto en la redacción anterior), constituye una pauta interpretativa a tener en cuenta para la resolución del caso, amparándose en que han sido varias las ocasiones en que la Sala IV del Tribunal Supremo ha acudido al sentido orientador de una norma no vigente a la fecha a la que contrae su pronunciamiento para determinar el sentido de sus resoluciones.

De modo que, partiendo de este precedente, y a falta de un criterio unificado del Tribunal Supremo sobre la incidencia que pueda tener la reforma de la LGSS operada por RD-Ley 2/2024, la Sentencia comentada afirma, en primer lugar, que no se puede obviar que esta norma olvida, al homogeneizar el concepto de pareja de hecho para dos prestaciones distintas (subsidio por desempleo e ingreso mínimo vital), lo absolutamente esencial que resulta este concepto en la pensión de viudedad, a la que paradójicamente no hace ninguna referencia. Y, en segundo lugar, que no parece lógico “que para una misma pareja de hecho con hijos en común, una misma ley (la LGSS, en la redacción aplicable tras la reforma operada por RD-Ley 2/2024) condicione el percibo de tres prestaciones a exigencias diversas, no supeditando a dos de ellas (subsidio por desempleo e IMV) a ningún requisito y vinculando, sin embargo, el reconocimiento de la tercera de ellas (viudedad) a la inscripción de la constitución de la pareja de hecho en alguno de los registros existentes en la Comunidad Autónoma o ayuntamiento del lugar de residencia o mediante documento público”.

Estima que lo coherente sería “que los requisitos de acceso a la prestación, siendo idéntica la situación fáctica -una pareja de hecho con hijos en común- sean los mismos, resultando muy difícil y sobre todo, incomprensible, rehuir ahora una interpretación que supere la exigencia de la inscripción en el caso de una pareja de hecho con hijos para el reconocimiento de la pensión de viudedad que para otras dos prestaciones del sistema (subsidio por desempleo e ingreso mínimo vital), la propia ley ya no exige”.

Por lo que, amparándose en este razonamiento principal que apela a lógica y a la coherencia interpretativa, y asumiendo una función prácticamente legisladora, el TSJ de Madrid decide extender a la pensión de viudedad el nuevo concepto de pareja de hecho previsto para otras prestaciones del sistema, eludiendo una aplicación literal del art. 221.2 LGSS y reconociendo, finalmente, el derecho a la pensión a la miembro superviviente de una pareja de hecho que, pese a no constar inscrita en el pertinente registro público ni haber sido constituida mediante documento notarial, tenía un hijo en común con el sujeto causante.

5. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

La rigurosidad de las exigencias impuestas a las parejas de hecho para acceder a la pensión de viudedad, tradicionalmente avalada en la jurisdicción de lo social y por el Tribunal Constitucional, siempre ha sido objeto de críticas doctrinales, especialmente por el agravio comparativo que supuestamente provoca con respecto a las relaciones matrimoniales la necesidad de acreditar la situación de convivencia *more uxorio* tanto desde un punto de vista material como formal.

De hecho, alejándose de la reiterada jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en defensa de una aplicación literal de los requisitos fijados en el art. 221.2 LGSS para las parejas de hecho, la Sala de lo Contencioso-Administrativo cuenta con pronunciamientos favorables a que la existencia de las mismas se pueda acreditar, a los efectos de la pensión de viudedad, a través de cualquier medio de prueba válido en Derecho que demuestre la convivencia de manera inequívoca (como es el certificado de empadronamiento), y no solo mediante inscripción registral o documento público de constitución.

Este es el caso de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 17 de enero de 2023 (rec. 5087/2020), invocada en el propio recurso de suplicación, pero omitida por el TSJ de Madrid en su resolución, tal vez por apreciar una falta de identidad entre los supuestos enjuiciados (pues repárese en que, la doctrina de aquélla, va referida al modo de acreditar los periodos de convivencia *more uxorio*, en el caso específico en que estos preceden a una relación matrimonial desde la que se pretende acceder a la pensión de viudedad sin que haya transcurso al menos un año desde su celebración).

Además, en el plano legislativo, el rigor de estos condicionantes también se ha intentado suavizar a través de la reforma acometida sobre el art. 221.2 LGSS por la Ley 21/2021, de la que a su vez se advertía una voluntad legislativa de configurar, al menos en un futuro inmediato, un concepto de pareja de hecho único y común a todas las prestaciones de Seguridad Social.

Sin embargo, la reciente irrupción del nuevo concepto de pareja de hecho, aún más flexible que el establecido en la nueva redacción del art. 221.2 LGSS, ha circunscrito sus efectos a dos prestaciones diferentes a la de viudedad (ingreso mínimo vital y subsidios por desempleo), obviando con ello el propósito legislativo de establecer un concepto común a toda la acción protectora del sistema de Seguridad Social. Omisión, intencionada o no, que ha motivado la respuesta judicial dada por el TSJ de Madrid en su comentada Sentencia de 13 de septiembre de

2024, así como en sus posteriores sentencias de 10 y 12 de febrero de 2025 (recs. 662/2023 y 1040/2023).

Apelando a criterios de coherencia y lógica jurídica, estos pronunciamientos extienden a la pensión de viudedad un concepto de pareja de hecho diferente del previsto específicamente para ella en el art. 221.2 LGSS, facilitando de esta manera que las parejas de hecho no formalizadas puedan igualmente devengar la pensión cuando acrediten tener un hijo o hija en común. Acogen como “pauta interpretativa” una norma —el RD-Ley 2/2024— que no era aplicable al caso, no solo por razones cronológicas como apunta la analizada Sentencia, sino también por evidentes razones materiales derivadas de su ámbito objeto de aplicación, expresamente limitado a los subsidios por desempleo y al ingreso mínimo vital.

Y aunque ciertamente sea una incoherencia legislativa que las parejas de hecho con hijos deban de probar la existencia de su relación por medios distintos en función de la prestación de Seguridad Social que quieran causar, sería conveniente que tal situación fuera revertida —en aras a la seguridad jurídica— a través de una intervención legislativa, y no a golpe de sentencia judicial.

Entre tanto, cabe esperar que la cuestión sea resuelta en casación por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y que, en este caso, el sentido de su pronunciamiento esté en línea con los argumentos esgrimidos en su reciente Sentencia de 7 de mayo de 2025 (rec. 2955/2023), en donde expresamente deja sentado, a colación del concepto de pareja de hecho en el ámbito del ingreso mínimo vital, que no parece lógico que la forma de acreditar la afectividad (inscripción registral o constitución en documento público) sea diferente según la prestación de que se trate, y que tal diferencia “obliga a que los diferentes textos legales relativos a la acreditación de dicho requisito de afectividad en relación con distintas prestaciones del mismo sistema de la Seguridad Social hayan de ser objeto de un esfuerzo interpretativo que alcance una solución uniforme para todas ellas” (FJ 3º).

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Un acercamiento de la regulación de las prestaciones por viudedad de las parejas de hecho a la protección dispensada por tales prestaciones a las parejas que han contraído matrimonio”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, núm. 5, 2022, págs. 255-268.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “La pensión de viudedad de las parejas de hecho y su legítima vinculación asistencial a situaciones de necesidad económica. ATC,

Pleno, de 12 de febrero de 2019 (ATC 8/2019)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 1, 2019.

DESDENTADO DAROCA, E.: “Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, págs. 123-154.

DÍAZ AZNARTE, M.T.: “Las parejas de hecho ante la pensión de viudedad. Una revisión crítica a la luz de la última reforma legislativa”, *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social (REJLSS)*, ISSN-e 2660-437X, Nº. 4, 2022, págs. 105-129.

MORENO VIDA, M.N.; MONEREO PÉREZ, J.L.; DÍAZ AZNARTE, M.T. (Dir. y Coord.). *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares, 2013.

ROJO TORRECILLA, E.: “El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2021.

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “Parejas de hecho y acceso a la pensión de viudedad: elementos de un modelo que convendría generalizar”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, ISSN 2254-3295, núm. 129, 2017, págs. 47-68.

TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La pensión de viudedad de las parejas de hecho tras la reforma de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 468, 2022, págs. 169-186.

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA:

ABRIL-JUNIO DE 2025

Decreto 101/2025, de 14 de mayo, por el que se determina el calendario de fiestas laborales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2026. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 93 de 19/05/2025).

Decreto 110/2025, de 11 de junio, por el que se modifica el Decreto 155/2022, de 9 de agosto, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 113 de 16/06/2025)

Decreto-ley 2/2025, de 11 de junio, por el que se modifica la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Ordenación de los Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor.

Organismo: Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda (Boletín número 113 de 16/06/2025). Orden de 9 de abril de 2025, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas a la inclusión laboral de las personas pertenecientes a colectivos en riesgo o situación de exclusión social en empresas de inserción y en el mercado ordinario de trabajo en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 72 de 15/04/2025).

Acuerdo de 26 de marzo de 2025, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación del Plan de Igualdad de Mujeres y Hombres en Andalucía en el ámbito sectorial de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo 2025-2028. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 62 de 01/04/2025 Sección: Disposiciones generales).

Acuerdo de 30 de abril de 2025, del Consejo de Gobierno, por el que se amplían los plazos en los procedimientos administrativos tramitados por la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Interior, Diálogo Social y Simplificación Administrativa (Boletín número 507 de 30/04/2025).

Acuerdo de 6 de mayo de 2025, del Consejo de Gobierno, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación común del personal

funcionario, estatutario y laboral de la Administración de la Junta de Andalucía de 10 de febrero de 2025, por el que se acuerda la constitución de la Comisión de Negociación y Consulta del Sector Público Instrumental. Organismo: Consejería de Justicia, Administración Local y Función Pública (Boletín número 88 de 12/05/2025).

ESTUDIOS

Concurrencia de convenios colectivos y preferencia aplicativa: dificultades prácticas en la determinación de la norma laboral aplicable

Luis Gordo González

Transformaciones laborales, inteligencia artificial y justicia social: el caso de las familias monoparentales

Mariola Serrano Argüeso

El permiso parental: de su reconocimiento a las dificultades para su completa transposición en el ordenamiento jurídico español

María Luisa De La Flor Fernández

Hacia el nuevo modelo de la incapacidad temporal flexible

José María Quílez Moreno

Fiscalidad y Seguridad Social en el empleo marítimo: retos y oportunidades para la formalización y la sostenibilidad laboral

Asunción López Arranz e Ignacio Picatoste-Novo

El ámbito personal de los derechos de información y consulta en el acervo de la Unión Europea: ¿fronteras abiertas a los trabajadores autónomos?

Lidia Gil Otero

INFORMES Y DOCUMENTOS

Informe de la Negociación Colectiva Andaluza (año 2025, 1º Semestre)

DERECHOS HUMANOS

Universidad de Almería

Límites al derecho de libertad de reunión pacífica y de asociación en el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Alba Villanueva Fernández

DERECHO DE HUELGA

Universidad de Sevilla

Esquirolaje tecnológico y discrecionalidad empresarial en el uso de medios técnicos: cuando lo "habitual" desactiva la huelga

Víctor Barros Tornay

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

Parejas de hecho no formalizadas y pensión de viudedad: una controversia abierta en sede judicial

María José Caballero Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía