

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

165/2022

Cuarto Trimestre

165

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

165

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

Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

BEATRIZ BARRANCO MONTES	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN 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
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
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

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
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
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide

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

Suscripciones y distribución

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

Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 165/2022

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La reforma de los contratos de trabajo del sistema español de ciencia, tecnología e innovación: el nuevo contrato de actividades científico-técnicas 11
ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas? 47
JOSEP MORENO GENÉ

La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución 87
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

La inembargabilidad del salario mínimo interprofesional 121
AMPARO ESTEBAN GÓMEZ

La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación 151
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda.. 183
ZHOUJIE MA ZHOU

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2021 217

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba

La carga de la prueba en la sucesión de empresa..... 237

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Los trabajadores indefinidos no fijos son trabajadores temporales desde la perspectiva de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada..... 251

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

Videovigilancia encubierta, protección de datos y derecho de información de las personas empleadas del hogar familiar 265

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 289

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": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o sderio@upo.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación -que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

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

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

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

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

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

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

3. ÍNDICE

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

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo 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

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 exposición en su primer uso a través de paréntesis.

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

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 entrecuadrados, 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. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

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

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.

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/empleo/carl/portal/web/guest/documentacioninvestigacion/revistas-y-monografias>

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
N° 165/2022**

Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

The reform of employment contracts in the Spanish science, technology and innovation system: the new contract for scientific-technical activities ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO	11
The labour contracting of teaching and research staff in the organic law project of the university system. The end of the culture of temporality in public universities? JOSEP MORENO GENÉ	47
The (Spanish) equality comprehensive act: a fragile bridge between The EU Law and the Constitution..... ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	87
The non-seizure of the minimum interprofessional wage..... AMPARO ESTEBAN GÓMEZ	121
Illness as a cause of discrimination after the comprehensive law for equal treatment and non-discrimination..... MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO	151
The problem of transnational teleworking and reflections de lege ferenda... ZHOUJIE MA ZHOU	183

2. REPORTS AND DOCUMENTS

Collective bargaining in Andalusia in 2021.....	217
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

LABOUR CONTRACTS

University of Córdoba

The burden of proof in business succession..... 237

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ

ADMINISTRATIVE LABOUR LAW

University of Huelva

Non-permanent permanent workers are temporary workers from the perspective of Directive 1999/70/EC on fixed-term work..... 251

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

TERMINATION OF THE CONTRACT

University Pablo de Olavide

Covert video surveillance, data protection and right to information of family domestic employees

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA 265

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 289

LA REFORMA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DEL SISTEMA ESPAÑOL DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN: EL NUEVO CONTRATO DE ACTIVIDADES CIENTÍFICO-TÉCNICAS

ANTONIO JOSÉ VALVERDE ASENCIO

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

EXTRACTO

Palabras clave: Actividades científico técnicas; contrato indefinido; Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación; sector público.

La modificación de la Ley de la Ciencia introduce el denominado “contrato de actividades científico-técnicas”. Este contrato se enmarca en una reforma pretendidamente más profunda del régimen de recursos humanos y de carrera profesional del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI) y pretende ser coherente con la reciente reforma del sistema de contratación laboral. Sin embargo, las particularidades derivadas de la contratación vinculada a proyectos, como forma general de gestión, desarrollo y promoción de la actividad investigadora, presenta importantes incongruencias con la opción de la norma laboral en favor de la contratación indefinida. En el presente trabajo, se ponen de manifiesto estos problemas y se analiza la necesaria adecuación de la forma de gestión de la actividad investigadora y los cambios estructurales que suponen la nueva opción legislativa.

ABSTRACT

Key words: Technical and scientific activities; indefinite contract; Spanish System of Science, Technology and Innovation; public sector.

The modification of the Science Law introduces the so-called “scientific-technical activities contract”. This contract is part of a deeper reform of the human resources of the Spanish System of Science, Technology and Innovation (SECTI) and pretends to be consistent with the recent reform of the labour contracting system. However, the peculiarities derived from contracting linked to projects, as a general form of management, development and promotion of research activity, present important inconsistencies with the option of the labour regulation in favor of permanent contracting. In the present work, these problems are revealed. The necessary adaptation of the form of management of the research activity and the structural changes that the new legislative option supposes are analyzed.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UN NUEVO CONTRATO PARA ATENDER UN PROBLEMA COYUNTURAL, PERO CON IMPLICACIONES ESTRUCTURALES
3. CARACTERES RECURRENTES EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL SISTEMA DE CIENCIA. EN PARTICULAR, RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL VINCULADO A PROYECTOS
 - 3.1. Una dualidad de carreras profesionales
 - 3.2. Vinculación entre contratación de personal en investigación y fuente de financiación asociada a proyectos
 - 3.3. Gestión de la contratación y distintos sujetos intervinientes
 - 3.4. La opción del legislador por la contratación indefinida y la posible utilización de otras modalidades de contratación
4. RASGOS DE LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN EL SECTI
 - 4.1. Sujetos
 - 4.2. Régimen jurídico de personal aplicable
 - 4.3. El objeto del contrato
 - 4.4. Las particularidades de esta “modalidad de contratación”

1. INTRODUCCIÓN

La reforma la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia la Tecnología y la Innovación, inicialmente operada por el RDL 8/2022, de 5 de abril, y confirmada por la Ley 17/2022, de 5 de septiembre, introduce el denominado “contrato de actividades científico-técnicas” (art. 23.bis). La previsión de esta modalidad contractual, que realmente no es tal en el sentido que veremos a continuación, se enmarca en una reforma pretendidamente más profunda del régimen de recursos humanos y de carrera profesional del denominado Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (SECTI), aspecto clave y estratégico de país si atendemos a las primeras palabras de la exposición de motivos del real decreto ley y, tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, de la ley de la que derivan la citada modificación¹.

El diagnóstico sobre la situación actual del SECTI en materia de personal no es muy halagüeño. La referida exposición de motivos recoge una serie de reflexiones, que comparte con las medidas propuestas en el Componente 17 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia². Según la misma, son problemas

¹ Tal como refiere la misma, “el conocimiento y la innovación son factores críticos para garantizar el crecimiento económico e impulsar la competitividad y la productividad de un país y afrontar la transición ecológica justa y la digitalización”, lo que redundaría en la importancia de una adecuada definición y gestión de los recursos humanos.

² Según el mismo, dentro de “los principales retos abordados por el componente” se encuentra, en segundo lugar, “el desarrollo de una nueva carrera científica para retener y atraer el talento y mejorar la carrera investigadora”, para lo que se plantea “la reforma de la Ley de

recurrentes que afectan al Sistema de Ciencia, en relación con la situación laboral de los investigadores, la escasez de personas dispuestas a iniciar una carrera científica y la falta de atractivo de la misma; carencias en su definición y de expectativas de estabilidad en un tiempo adecuado; envejecimiento del personal en una actividad que requiere una formación constante y permanente en el tiempo; entre otros. Todo ello, a lo que podría sumarse la baja remuneración, aboca, si no se corrigen estos defectos, a una falta de atractivo de la carrera investigadora (y académica) que redundará en una pérdida del talento y en una carencia de desarrollo, como país, de una actividad que se define como estratégica³. Independientemente del juicio de oportunidad que merecen estas reflexiones -que hace el propio Gobierno-, parece claro que se parte de un diagnóstico duro, seguramente ajustado a la realidad, pero que, por tal, requiere una actuación integral.

En paralelo a la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario, con quien debería guardar elementos de interconexión que tendrían que comprenderse como ineludibles, la reforma de la Ley de la Ciencia incorpora una nueva figura contractual o, como decimos, una nueva forma de contratación de la actividad científico técnica. Esta figura o esta forma de contratación fue anticipada por el RDL 8/2022, de 5 de abril, dada la urgencia que planteaba la necesidad de dar respuesta a un problema también específico de falta de concordancia entre las formas tradicionales a través de las cuales se canalizaba la contratación del personal investigador de apoyo con cargo a proyectos, el contrato para obra y servicio determinado, y la derogación de esta modalidad contractual por parte del RDL 32/2021, de 28 de diciembre⁴.

Desde la perspectiva estrictamente jurídico-laboral, se plantea un análisis necesario sobre el encuadre que supone el nuevo art. 23.bis de la Ley de la

la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, el desarrollo avanzado del Sistema de Información de Ciencia, Tecnología e Innovación, que facilite la toma de decisiones basadas en la evidencia, y la reorganización de los Organismos Públicos de Investigación”. Específicamente, la acción prevista en el Componente 17.14 determina lo siguiente: “Nueva carrera científica. El objetivo es apoyar el talento y su conexión con el sector privado, a través de la figura de la *tenure track*, con el objeto de dar estabilidad temprana al personal investigador, a la vez que se incide en la evaluación externa objetiva del desempeño científico”.

³ Así, se señala que el personal “desempeña trabajos para los que está sobrecualificado, o está desempleado, o establece su carrera en el extranjero”; el progresivo envejecimiento del personal investigador y técnico; “las discontinuidades” en la entrada al sistema para las personas jóvenes o las “oportunidades limitadas para el talento disponible” que presenta la actual “carrera científica”. El retraso en la estabilidad en la profesión y la tendencia de nuestros investigadores a establecer “sus carreras en el extranjero para evitar la inseguridad y la precariedad” es otro de los aspectos que incide en el análisis de la situación.

⁴ La Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE), en su comunicado de 18 de febrero de 2022, afirmaba lo siguiente: “Crue insiste en que la puesta en marcha de los nuevos contratos para actividades científico técnicas es de máxima urgencia, ya que la entrada en vigor de la reforma laboral puede dejar fuera del sistema a los miles de investigadores con contrato por obra y servicio y llevar al sistema al colapso. La nueva figura contractual acabaría con la inseguridad

Ciencia en el régimen específico de contratación aplicable al Sistema de Ciencia, considerando las particularidades a que responde esta contratación. En este sentido, la aproximación a esta figura plantea cuestiones que en cierta medida desbordan su ámbito y sirven para plantear algunas consideraciones interesantes en relación con el modelo de gestión de la actividad científica, sobre todo en materia de personal.

Cualquier análisis general sobre la carrera investigadora exigiría entrar a valorar la necesidad de determinar con claridad y previsión las modalidades de entrada, de forma que permitiera el conocimiento de una reglas del juego de inicio que fueran capaces de captar y retener el talento; la exigencia de llevar a cabo una planificación en materia de personal que mire al futuro y tenga en cuenta no solo las necesidades sino los retos como país si realmente comprendemos esta actividad como principal y estratégica; la consideración efectiva de los agentes principales de ciencia, comenzando por las propias universidades como tales, donde cualquier reforma en materia de personal presenta una especial significación; la integración o, al menos, interconexión, de las carreras científicas y universitarias, planteando la extensión adecuada y la oportunidad de la diferenciación y diversificación de perfiles; la oportunidad de reconocer el protagonismo de los citados agentes como empleadores a los que se debe otorgar la capacidad de planificación en materia de personal; resolver los problemas que supone la concepción de la actividad ligada a proyectos, sin perjuicio del necesario carácter competitivo de los mismos, y los

jurídica del colectivo investigador, pero para ello es necesario que el Gobierno coordine las dos reformas legales en todos sus términos y condiciones para evitar que la incertidumbre que se está generando en los investigadores e investigadoras universitarias termine bloqueando el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación”. Por su parte, en el comunicado de 22 de mayo de 2022, Crue “celebra la aprobación del Real Decreto-ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, y agradece que se hayan atendido gran parte de las peticiones de esta entidad”. Para Crue, con la nueva norma “... se dota de mayor seguridad jurídica a las universidades públicas, se despeja la incertidumbre en la que se encontraban más de 25.000 investigadores e investigadoras y se evita el riesgo real de colapso en el que se encontraba el sistema de I+D+I”. y seguía diciendo: “El Real Decreto ley contempla la singularidad del ámbito científico y facilita a las universidades públicas los procedimientos para actuar con la agilidad que requiere un entorno internacional tan competitivo como es el de los proyectos y contratos de investigación e innovación. Gracias a esta norma ya se puede aplicar en las universidades públicas la nueva figura contractual para actividades científico-técnicas, prevista en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de la Ciencia, aún en proceso de tramitación parlamentaria. Igualmente, permite a estas instituciones la contratación inmediata de personal de apoyo a la investigación de manera indefinida”. Sin embargo, planteaba dos observaciones. Por una parte, “Crue espera que durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley de la Ciencia o en la convalidación del decreto ley se incluya claramente en el texto que estas dos figuras contractuales, además de todas las demás, puedan ser empleadas tanto por las universidades privadas como por las públicas, como ya solicitó esta asociación en la formulación de sus propuestas de enmiendas del proyecto normativo”; y, por otra, quizá con mayor enjundia -y dificultad de relación con una figura indefinida y el contenido de la disposición cuya aplicación se demanda- afirma que “igualmente, espera que la duración de los contratos quede vinculada a la financiación de la línea de investigación, como recoge la actual ley de la Ciencia en la disposición adicional vigesimotercera”.

condicionantes que derivan de la vinculación de la actividad de ciencia y tecnología con las fuentes y formas de financiación. Son cuestiones para un debate más profundo, sin duda. Pero es necesario mantenerlas como referencias en la medida en que trasciende cualquier aproximación, también necesaria, a una modalidad de contratación como la que se incorpora en la modificación de la Ley de la Ciencia y a cuyo contenido dedicaremos estas páginas. Quedan, estas reflexiones, como aspectos recurrentes a los que es necesario atender. En estas páginas entraremos a valorar y a intentar analizar la novedad que supone la opción del legislador por una modalidad indefinida asociada a una actividad vinculada tradicionalmente a una determinada forma de gestión y financiación. Los problemas son muchos. Las necesidades de actuación y de concordancia también.

2. UN NUEVO CONTRATO PARA ATENDER UN PROBLEMA COYUNTURAL, PERO CON IMPLICACIONES ESTRUCTURALES

La Ley de la Ciencia recoge, en materia de contratación del personal investigador del SECTI, una serie de figuras contractuales específicas (art. 20): el contrato predoctoral; el denominado contrato de acceso al Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (postdoctoral); y, el contrato de investigador distinguido. Se trata de contratos que sólo podrían ser formalizados por los Organismos Públicos de Investigación, tanto de la Administración General del Estado como de otras Administraciones Públicas, así como por las universidades públicas⁵.

A estas modalidades realmente específicas se incorpora el denominado “contrato para actividades científico-técnicas”. Con él nos encontramos ante una pretendida adaptación del SECTI -incluyendo las universidades públicas y otros organismos de investigación- al nuevo modelo de contratación laboral una vez

⁵ El denominado “contrato de actividades científico-técnicas” (art. 23.bis) es aplicable, además de a los organismos públicos de investigación, tanto a las universidades públicas conforme el nuevo art. 32.bis que se incorpora, como a otros organismos públicos y consorcios, según lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 de la disposición adicional primera de la Ley, que también se modifica. También es de aplicación a los centros de investigación del Sistema Nacional de Salud, sus fundaciones y consorcios, a tenor de lo dispuesto en el nuevo apartado 5 del art. 85 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica. El citado art. 20 restringía la posibilidad de formalizar los contratos situados dentro de la ubicación sistemática de dicha norma por parte de las Universidades Públicas, “únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I+D+i”. Esta restricción desaparece en la Ley 17/2022, de 5 de septiembre. No obstante parece implícitamente presente en el art. 89.4 del Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario, cuando dispone que “Las universidades podrán contratar otro personal con cargo a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad para la gestión científico-técnica rigiéndose por lo previsto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 23 bis de la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

derogado el contrato para obra o servicio determinado, que había sido la modalidad principalmente utilizada para dichas actividades por los organismos del Sistema, tanto por la remisión genérica de la Ley de la Ciencia a las modalidades de contratación previstas en el Estatuto de los Trabajadores, como la más específica contenida en dicha norma (art. 30) o en la Ley Orgánica de Universidades (art. 48), que remitían expresamente a la misma⁶.

La reforma incorporada inicialmente por el RDL 8/2022 y confirmada por la Ley 17/2022 intenta dar una respuesta que haga concordar las particularidades derivadas de la contratación vinculada a proyectos (como forma general de gestión, desarrollo y promoción de la actividad investigadora) y la opción declarada por el Gobierno de adoptar medidas para evitar la precariedad laboral⁷. Para el Gobierno, resulta “imprescindible dotar a los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación de los instrumentos precisos para dar lugar a una decidida apuesta por la atracción y retención del talento científico, tecnológico e innovador”. Y lo pretende, “permitiendo la contratación, de manera estable, de los mejores candidatos y fomentando de manera decidida el carácter indefinido de las relaciones laborales que les vinculan con las entidades contratantes”.

El nuevo art. 23.bis, empero, no contempla realmente una nueva modalidad contractual. Alude a un contrato común, indefinido, acorde a la previsión del actual art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, pero con especificidades relacionadas principalmente con una serie de excepciones a las limitaciones o restricciones de contratación previstas para el sector público y derivadas de las normas presupuestarias y de estabilidad con las que se pretende aportar celeridad en la gestión de la contratación sin someterse a las referidas exigencias normativas.

No supone una definición de la carrera del personal investigador en sentido estricto. Pese a lo argumentado inicialmente en la exposición de motivos del RDL

⁶ Como afirmaba inicialmente la exposición de motivos del RDL 8/2022, “se establece así una modalidad general de contratación laboral indefinida en el ámbito del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación que entronca de manera clara con el reciente 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, que ha abordado la debida modificación de las relaciones laborales mediante la generalización de la contratación indefinida en todos los sectores, simplificando los tipos de contratos y devolviendo al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada del mismo”.

⁷ Ya antes se había puesto de manifiesto la oportunidad de plantear una nueva cultura de la contratación en materia de investigación que concluyera con un contrato indefinido con cargo a proyectos. Sobre el tema, destacando las iniciales reticencias a esta posibilidad en el ámbito científico más cualificado, Molina Navarrete, C.; “Razón de excelencia universitaria y razón precaria del personal temporal (investigador) a la luz del derecho comunitario: la especificidad ¿ley especial o privilegio?”. En AA.VV. (Caro Muñoz, A. coord.); *XV Curso sobre régimen jurídico de universidades y V encuentro RIDU*; Oviedo, 2019; pág. 190.

8/2022⁸, y pese a ser considerada como la primera de las carencias del Sistema de Ciencia⁹, el nuevo modelo de carrera profesional, objetivo principal del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y de la Estrategia Española de Ciencia, Tecnología e Innovación (EECTI) para el período 2021-2027¹⁰, se sigue centrando en el denominado contrato de acceso (postdoctoral). A éste se asimila la figura *tenure track* cuyos rasgos generales se presentan en el citado Componente 17¹¹

⁸ Además de lo referido, la citada exposición de motivos decía: “Resulta por tanto imprescindible dotar a los agentes del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación de los instrumentos precisos para dar lugar a una decidida apuesta por la atracción y retención del talento científico, tecnológico e innovador, permitiendo la contratación, de manera estable, de los mejores candidatos y fomentando de manera decidida el carácter indefinido de las relaciones laborales que les vinculan con las entidades contratantes. Esto supone el reto de realizar una profunda reforma de la carrera científica, que ha sido abordado a través del Proyecto de Ley por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, en ejecución del componente 17, relativo a la Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, que fue objeto de aprobación por el Consejo de Ministros en su reunión del día 18 de febrero de 2022 y que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria”. En este contexto, sitúa como “uno de los principales hitos de dicha reforma”, “la creación del nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas, cuyo objeto será la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, contruidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I”.

⁹ La exposición de motivos de la Ley 17/2022 afirma: “Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la aprobación de la vigente Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, resulta imprescindible proceder a su actualización a la vista de las grandes tendencias nacionales e internacionales en el ámbito de la política científica y de la innovación, incidiendo en aquellas cuestiones que han de ser modificadas para mejorar la competitividad del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación y para situar estas políticas públicas en el centro del debate social. Para ello, esta ley se enfoca a resolver las carencias detectadas en el Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación: a) En primer lugar, poniendo el acento en las carencias relativas a la carrera y desarrollo profesional del personal investigador. b) En segundo lugar, abordando la necesidad de actualizar la normativa reguladora de la transferencia de conocimiento y de resultados de la actividad investigadora, con énfasis tanto en el régimen jurídico aplicable a la misma como en el personal investigador que, con el ejercicio propio de su actividad laboral, da lugar a la obtención de dichos resultados. c) Y en tercer lugar, mejorando los mecanismos de gobernanza del Sistema y la coordinación y colaboración entre agentes tanto públicos como privados”.

¹⁰ Ésta recoge, como eje sexto de la misma, las medidas necesarias para “establecer un itinerario científico y tecnológico de entrada al sistema de I+D+I para facilitar la promoción y seguridad laboral, que contemple las necesidades de personal de nuestro país en materia de investigación e innovación, en universidades, organismos públicos, institutos de investigación sanitaria, centros públicos y privados de I+D+I y empresas” (a lo que suma “...considerar la salida al sector privado, de acuerdo con las propias necesidades del sector productivo y de servicios”).

¹¹ Como hemos citado, de conformidad con el Componente 17.15 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, en lo relativo a la Reforma institucional y fortalecimiento de las capacidades del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, se plantea la creación de “una nueva carrera científica” que se apoya en la introducción de “una figura tipo *tenure track*

y en cuyo modelo insiste la exposición de motivos de la Ley 17/2022¹², situando ahí la consecución de los objetivos de previsibilidad, estabilidad y certidumbres que se plantean como necesarios en la definición de la carrera científica¹³, pese a que la forma de acceso regular al Sistema se lleve a cabo a través de los contratos predoctorales (becas FPU/FPI) recogidos en la Ley de la Ciencia (y no mencionados en la Ley Orgánica de Universidades)¹⁴.

El nuevo contrato para actividades científico técnicas, por tanto, no está concebido como una solución al modelo de carrera. No es éste su objeto. Como decimos, pretende dar solución a los problemas de concordancia derivados de la preferencia general por la contratación indefinida frente a los criterios y modalidades tradicionalmente utilizados en estos casos. Viene a cubrir una actividad propia, llevada a cabo por un personal también concreto, cuya función es, en principio, complementaria de la carrera investigadora llamémosla principal. Este personal es esencial en el desarrollo de la actividad científica, tanto desde el punto de vista de servicios como de gestión. Su tarea es muy cualificada. Pero la contratación de sus servicios no se contempla como parte de la carrera científica, sino como personal de apoyo, técnico o de gestión. No se trata de un contrato de inicio de la carrera. O, al menos, no es esta la previsión de la norma, sin perjuicio de que, en algún caso

sujeta a la evaluación externa objetiva del desempeño científico en dos momentos clave: en el de la selección y en el del mantenimiento del contrato”.

¹² Según la misma, “la introducción de un itinerario postdoctoral de incorporación estable al sistema está inspirada en el modelo anglosajón denominado «tenure track», y está diseñado para facilitar la reducción de la edad de incorporación al sistema y de la endogamia, y para mejorar la predictibilidad y estabilidad en cuanto a las condiciones de entrada y los tiempos empleados para ello”.

¹³ La UPF, por ejemplo, prevé la celebración, previa convocatoria, de contratos de profesores “tenure-track” con difícil encuadre en alguna de las figuras legales vigentes, con duración entre cinco y siete años y donde expresamente se prevé que se “asegura al profesor la posibilidad de presentarse a una plaza permanente si el año anterior a la finalización de su contrato cumple una serie de criterios de evaluación definidos previamente, pero no garantiza su permanencia en la universidad”. Tal como se afirma en el anuncio de convocatoria, “en este modelo de carrera académica, la estabilización solo es posible como finalización con éxito de un período de tenure-track”. Confr. en este sentido, <https://www.upf.edu/es/web/personal/professor-tenure-track>. Esta modalidad parece extenderse a otras universidades catalanas dentro del programa de lectores Serra Hünter donde se parte de una preselección de los candidatos y la ulterior opción a su selección dentro de esta forma de contratación.

¹⁴ Otras formas posibles de acceso son, llamémosla, no regulares y pueden darse a través de figuras o modalidades contractuales no contempladas con esta pretensión, y han dado lugar a importantes problemas. Nos referimos, por ejemplo, a los supuestos de profesores asociados, sustitutos interinos, etc. Así, en relación con la conflictividad judicial derivada de la consideración del profesorado asociado y el carácter justificado o no desde la perspectiva puramente laboral, vid., por todas, la STS 6 de octubre de 2021 (R.2510/2020. ECLI:ES:TS:2021:3831); también la STS 28 enero de 2019 (R. 1193/2017. ECLI:ES:TS:2019:539). En sentido contrario, pero que denota la existencia de un conflicto derivado de la utilización posiblemente fraudulenta o abusiva de determinadas modalidades contractuales, la STS 15 de febrero de 2018 (R. 1089/2016. ECLI:ES:TS:2018:669).

se haya podido considerar como vía indirecta de vinculación a los organismos de investigación¹⁵.

Tampoco recoge una nueva modalidad de contratación en sentido propio tal como decimos. Nos encontramos ante una determinación legal de que los contratos de actividades científico-técnicas deben ser indefinidos, sin perjuicio de las posibles excepciones aplicables, que se basan en la procedencia de los fondos de financiación más que en la definición del objeto del contrato, y que el trámite parlamentario ha restringido (disposición adicional décima de la Ley 17/2022). La reforma legal, pues, opta por un contrato indefinido común para atender a una actividad sostenida con fondos generalmente finalistas, lo que justificaba el carácter temporal de su formalización conforme los criterios precedentes. La peculiaridad de su régimen jurídico se sitúa, pues, en la concreción de reglas especiales respecto al régimen general de limitaciones y control de la contratación por parte del sector público. Éstas, que derivan de las previsiones contenidas en la normativa presupuestaria, se relajan precisamente por la especificidad de los fondos que financian la actividad de la que deriva la contratación, planteando nuevos problemas de concordancia.

Por ello, esta solución coyuntural trasciende su pretensión inicial y sugiere cuando menos un cambio necesario en la forma en que se concibe la actividad y la forma de contratación de la misma. Afecta potencialmente a la concepción de cómo debe gestionarse y de cómo debe financiarse la investigación y la innovación. De ser un cambio aparentemente coyuntural, los propios problemas de conexión con la tradición en la comprensión de este personal, los rasgos que han venido caracterizando su actividad, y los elementos que definen su gestión, que aún no han cambiado, implican la necesidad de abordar una transformación sobre la propia dinámica de la gestión de la actividad científica en materia de recursos humanos. En ello están también muchos de los problemas recurrentes de encuadre que refleja la propia normativa reguladora que se modifica.

¹⁵ Por ejemplo, antes de la reforma operada por el RDL 8/2022, la Universidad de Alicante distingue entre colaboradores junior y colaboradores senior dentro de la figura “contrato para obra o servicio determinado”, antecedente del contrato para actividades científico técnicos. Los colaboradores senior tienen como funciones “Realizar tareas de investigación con plena autonomía y responsabilidad. Coordinar una parte del proyecto de investigación. Colaborar en las tareas de difusión de los resultados de investigación”. Frente a las mismas, los colaboradores juniors tienen asignadas como funciones específicas las de “Realizar tareas de investigación de carácter básico y elemental bajo la supervisión directa de la investigadora o del investigador principal o de una investigadora doctora o un investigador doctor integrante del proyecto”. Normativa de la Universidad de Alicante reguladora de las convocatorias para la selección de personal investigador contratado en régimen laboral temporal y su contratación. Boletín Oficial Universidad de Alicante de 30 de junio de 2021.

3. CARACTERES RECURRENTE EN LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL EN EL SISTEMA DE CIENCIA. EN PARTICULAR, RESPECTO DE LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL VINCULADO A PROYECTOS

Con el nuevo contrato de actividades científico técnicas y su definición como contratación indefinida se ponen de manifiesto muchas de las cuestiones y caracteres complejos que concurren en la definición del modelo de recursos humanos del Sistema de Ciencia. Algunos de estos rasgos son aplicables con carácter general a cualquier modalidad contractual de las definidas en la Ley de la Ciencia o, en paralelo, a las contempladas en la Ley Orgánica de Universidades. Particularmente nos referimos a aquellas figuras sobre la que se pretende hacer descansar la definición de la carrera científica (contrato de acceso y contrato de ayudantes doctores, respectivamente¹⁶). Pero otros aspectos se dan con especial incidencia en la contratación de personal de apoyo a la investigación, de tareas científico técnicas o de gestión, tradicionalmente asociado a proyectos, donde, hasta ahora ha sido ineludible la vinculación entre financiación y gestión con la vigencia del contrato. También se plantean en la modalidad real de entrada (el contrato predoctoral), solo regulada en la Ley de la Ciencia y donde concurren muchos de los rasgos que se pueden plantear respecto de la figura que analizamos (financiación e iniciativa externa al ámbito universitario en muchos casos; vinculación a proyectos; falta, por ello, de previsión desde la perspectiva de la planificación de las necesidades de personal docente e investigador, etc.).

Ante el análisis de cualquier figura contractual vinculada al Sistema de Ciencia nos encontramos, pues, con una serie de aspectos previos y recurrentes. Parten de la existencia de una dualidad de carreras definidas, la científica y la universitaria, y, por tanto, también de una dualidad de organismos públicos de investigación que presentan caracteres bien diferenciados en muchos casos. La propia existencia de esta dualidad de vías profesionales, tiene una especial significación en el ámbito universitario, dado que, a través de la posibilidad de acudir a los contratos previstos en la Ley de la Ciencia, concurren en el mismo dos vías de vinculación de su personal.

¹⁶ Estas modalidades, inicialmente con elementos diferenciales muy destacados (donde destaca no solo la distinta vigencia de los contratos sino particularmente la necesidad de acreditación previa para acceder a la figura universitaria), presentan rasgos comunes (precisamente en los dos aspectos destacados) en el tratamiento actual de la Ley de la Ciencia y en el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario. En ambos casos, la vigencia de los dos contratos se asimila a un máximo de seis años (con algún matiz sobre la vigencia inicial de tres en el contrato de acceso de la Ley de la Ciencia), es para postdoctorados, se contempla como contrato de inicio de las carreras científicas y universitarias (sin perjuicio de otros contratos como el contrato predoctoral), y no requieren acreditación previa.

Más allá de este aspecto previo, hay rasgos característicos que afectan directamente a la concepción de la contratación en el Sistema de Ciencia y que se reflejan con particular incidencia en este contrato de actividades científico técnicas. Tradicionalmente, han sido aspectos caracterizadores de su contratación la vinculación a la fuente de financiación y, en particular, al proyecto. También la pluralidad de sujetos concurrentes en la iniciativa y gestión de la misma. Sin embargo, el carácter indefinido de la relación ahora dispuesto, que implica también una concepción estable de los servicios requeridos; la novedad que supone la vinculación a líneas de investigación, cuya definición corresponde a los organismos de investigación y a las universidades, dentro de cuya delimitación se incluyen a los proyectos, son, por el contrario, aspectos novedosos que incorpora el nuevo régimen jurídico. Las incongruencias de este nuevo modelo serán proporcionales a la intensidad con que se mantengan los presupuestos precedentes y las soluciones planteadas por los distintos organismos empleadores insistan en los mismos. El problema es que la propia regulación ya contempla implícitamente algunos aspectos que muestran problemas de concordancia, sobre todo los que derivan de la vinculación entre el régimen jurídico aplicable y la distinta fuente de financiación que, por definición, es temporal, cuando la opción legal ha sido por una contratación indefinida.

3.1. Una dualidad de carreras profesionales

Como hemos avanzado, si tuviéramos que destacar algunos de los caracteres comunes que afectan a la contratación laboral en el SECTI, estos comienzan, en primer lugar, por la diversidad de agentes que concurren en el mismo y por la dualidad de ámbitos donde puede desarrollarse la citada carrera profesional.

Sin perjuicio de la importancia que puede y debiera tener la iniciativa privada, en nuestro país, los agentes principales en la generación de conocimiento son, sin duda, los organismos públicos, tanto estatales como de las comunidades autónomas, y, en particular, las universidades. En estos se centra, además, las distintas figuras contractuales específicamente reguladas en la Ley de la Ciencia.

Partiendo de esta dualidad de agentes públicos, el legislador no ha optado por definir un único modelo de carrera profesional. Antes al contrario, desde la aprobación de la Ley 14/2011, de 1 de junio, ha planteado tradicionalmente una doble carrera (o una doble vía), una científica y otra puramente académica o universitaria, que solo encontraba puntos de interconexión inevitables que intentaba resolver a través del establecimiento de mecanismos de pasarela, a veces obligados, como la reserva de plazas para quienes obtengan el certificado R3 o la evaluación del Programa I3¹⁷.

¹⁷ Artículo 20.3.I de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2022. La reserva de plazas se consagra como previsión en el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario

Por ello, en muchos de los aspectos que originalmente recogía la Ley de la Ciencia o la propia Ley Orgánica de Universidades se extraña una mayor conexión entre ambos sistemas. Sobre todo, en aquello que tiene que ver con la definición de los modelos de acceso y de carrera profesional en los ámbitos científicos y universitario, que, como decimos, lejos de ser excluyentes o paralelos, tienen elementos de intersección, cuando no de identificación, obvios. Y es que, sin perjuicio de las especificidades que fueran necesarias, las carreras científica y universitaria deberían estar íntimamente conectadas, cuando no reguladas conjuntamente. Al menos, cuando estemos hablando de agentes “públicos” de investigación y, por supuesto, cuando éstos sean las universidades públicas.

Posiblemente, esta tradicional falta de identificación entre ambas carreras tiene que ver con la diferenciación de perfiles profesionales, docentes o investigadores. Esta distinción puede conllevar distorsiones en el sistema de conocimiento como las que estamos viendo: una concepción diferenciada de carreras profesionales -y de vías de acceso- que pronto se ve necesitada de corrección a través de las normas sobre movilidad y reconocimientos de méritos en pruebas de acceso a en uno y otro ámbito; y mecanismos que adolecen de la necesaria correspondencia y, por tanto, plantean problemas de aplicación y reconocimiento efectivos.

Sin embargo, los elementos de vinculación entre ambas carreras son obviamente estrechos. Y no solo porque la distinción de organismos se sitúa realmente entre el protagonismo que en materia de generación y gestión del conocimiento tiene realmente en nuestro país el sistema universitario (fundamentalmente público)¹⁸ y los organismos estatales de investigación (el CSIC y el Instituto Carlos III -este en el ámbito sanitario-), sino por los elementos de interconexión inevitables e ineludibles que hay entre ambas “carreras”. En este sentido, algunas divergencias

(art. 71). En relación con la evaluación para obtener dicha certificación, hay que tener en cuenta que la Ley de la Ciencia, en su actual art. 22.2, prevé con carácter general que, si el contrato de acceso “se realiza en el marco de programas de incorporación postdoctoral financiados por los organismos financiadores del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, la evaluación será realizada por el organismo financiador correspondiente”. En caso contrario, y específicamente en el ámbito universitario, correspondería a ANECA o las correspondientes agencias autonómicas.

¹⁸ “Por sectores institucionales, en el periodo 2015-2019, la universidad ha continuado siendo el principal sector productor de publicaciones científicas en España (casi el 60% de los documentos totales publicados en el periodo). A ella le siguen los centros pertenecientes al sector sanitario (19,7%) y al gobierno (17,9%)”. Así lo afirma la Fundación CYD, en su informe “¿Cuál es la situación de la investigación y transferencia de la universidad española?” (<https://www.fundacioncyd.org/investigacion-y-transferencia-de-la-universidad-espanola/>). Por su parte, el informe de la CRUE, “La Universidad en cifras 2017/2018” (pág. 133), afirma: “Las universidades españolas produjeron en 2007 el 67,5% de la producción científica del país y en 2017 producían el 82%, con un avance del 22% en su participación. El crecimiento de la producción científica de las universidades españolas ha sido en el periodo 2007 a 2017, del 89,9% y las publicaciones en revistas del primer cuartil (el 25% de las más citadas) han pasado de representar el 47,8% en 2007, al 52,5% en 2017. Está fuera de duda que esos avances de la producción científica total y de las universidades no se han llevado a cabo disponiendo de más recursos para I+D, sino de menos”.

iniciales pretenden corregirse en cierta forma con las propuestas de renovación normativa en curso. En este sentido, el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario parece insistir en este aspecto, siendo lo más destacado el tratamiento de las respectivas figuras que se definen como de acceso a la carrera universitaria (la nueva configuración de la modalidad “ayudante doctor”) y la prevista como *tenure track* en el sistema de ciencia (contrato de acceso postdoctoral).

Por su parte, la contratación de personal vinculado a actividades científico técnicas tiene una especial significación en el Sistema Universitario¹⁹. En primer lugar, por la concurrencia de personal de administración y servicios de estructura, en el sentido más tradicional del término (vinculados al capítulo I del Presupuesto), cuyas funciones pueden estar asociadas a los servicios generales de investigación y deben constar en la relación de puestos de trabajo que debe acompañar al estado de cuenta de gastos de los correspondientes presupuestos de la universidad, así como formar parte de la autorización de gasto en materia de personal que debe asumir la correspondiente comunidad autónoma en el marco de la oferta de empleo, de la que está excluido, precisamente, el personal con contrato de actividades científico técnicas (art. 81.4 de la Ley Orgánica de Universidades). En segundo lugar, y derivado de lo anterior, por la diferencia de tratamiento que, por ejemplo, a nivel de negociación colectiva, ha tenido el personal vinculado a proyectos. Según el convenio colectivo (generalmente de ámbito autonómico), este personal ha sido incluido o excluido del ámbito subjetivo del mismo (nos referimos a los convenios colectivos del personal de administración y servicio de las universidades públicos al nivel correspondiente)²⁰.

¹⁹ El Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario recoge la posibilidad de formalizar contratos de los previstos en la Ley de la Ciencia y, en particular, el contrato de actividades científico técnicas, incorporando aspectos que, al menos en el ámbito universitario, sirven para definirlo y situarlo. Se ubica sistemáticamente, dentro del tratamiento del personal de administración y servicios (personal técnico, de gestión y de administración y servicios en términos del Proyecto) y se insiste en la vinculación a la financiación externa (confr. los arts. 77, que remite al art. 23.bis de la Ley de la Ciencia, y 89.4 del citado Proyecto).

²⁰ Baste comprobar, a estos efectos, convenios como los de Andalucía (BOJA 23 de febrero de 2004) o Madrid (BOCM 10 de enero de 2006), que o bien incluyen exclusivamente al personal “que perciba sus retribuciones con cargo a las correspondientes consignaciones del Capítulo I de los Presupuestos de las respectivas Universidades” (art. 3 del convenio andaluz) o bien excluye directamente a dicho personal (el Convenio de Madrid, dispone en su art. 3.2: “Exclusiones del Convenio. Quedan excluidos del ámbito de aplicación del presente Convenio: ... c) El personal contratado temporal con cargo a Proyectos de Investigación o a subvenciones finalistas”). En similar sentido, el convenio del personal de administración y servicios de la Universidad de Vigo (DOG 27 de julio de 2007). Por otro lado, el convenio de las universidades de la Comunidad Valenciana los incluye, pero incorpora una regulación específica sobre las condiciones a aplicar. Así, el art. 17, relativo a la contratación temporal, dispone: “2) Los contratos “por obra o servicio” tendrán como objeto la realización de un trabajo relacionado con un servicio o actividad determinada cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo es, en principio, de duración incierta. Podrán ser objeto

Por consiguiente, la fuente de financiación ha venido a diferenciar el tratamiento jurídico aplicable a los empleados ligados a esta actividad, algo que asimismo ha condicionado la vigencia del contrato y la gestión del mismo. Por ello, el cambio de figura contractual implica un cambio de concepción. Al menos potencialmente. Sin embargo, la distinta procedencia de la financiación o la consideración accesoria o complementaria de este personal respecto al que lo es estrictamente de estructura (cuyos puestos deben estar determinados en las correspondientes relaciones de puesto de trabajo), casa mal con una pretensión real de considerar esta relación de trabajo bajo un contrato indefinido.

3.2. Vinculación entre contratación de personal en investigación y fuente de financiación asociada a proyectos

Ligada directamente a la forma y gestión de la actividad de investigación, se plantea como cuestión referente la relación entre contratación y fuente de financiación. Esta vinculación va a mostrar uno de los problemas de comprensión recurrente en el tratamiento de este contrato, dado que el personal investigador está tradicionalmente asociado a proyectos y las particularidades de la figura vienen determinadas por su financiación externa.

Las distintas convocatorias suelen comprender como gasto financiable el de personal y prevén necesariamente, de manera reiterada, la sujeción de la persona contratada al proyecto en cuestión. Con la derogación del contrato para obra o servicio determinados, pasa a mostrarse, con claridad, la divergencia entre la referida vinculación a proyectos y la opción legal por la contratación indefinida. Esta opción, concordante con el sistema que dispone el Estatuto de los Trabajadores, casa mal si se pretende mantener la vinculación necesaria entre contratación y proyecto y fuente de financiación, necesariamente de carácter temporal. Por ello, el referido enlace entre contrato y su financiación afecta potencialmente a la relación de trabajo de esta actividad, sobre todo en lo que hace a su vigencia. La propia mención a la “indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral” en el último inciso del art. 23.bis.4 es indicativa de lo que

de este contrato las actividades que a continuación se detallan: a) Aquellas que se deriven de una aplicación presupuestaria finalista, sea cual sea su procedencia (Convenios, contratos, proyectos de investigación, cursos, masters, congresos, conferencias, etc.). b) Aquellas actividades que, aun no teniendo un crédito finalista, por el periodo en que se realizan y lo específico de la función, tienen conferida sustantividad propia dentro de la actividad de la Universidad. El incumplimiento de las obligaciones formales recogidas en el artículo 2 del RD 2.546/1994, así como la asignación de personal contratado para funciones distintas de las que se determinen en los contratos, de los que pudieran derivarse derechos de fijeza o de indemnización, según proceda, para el personal contratado, podrán ser objeto de deducción de responsabilidades. Las retribuciones y demás gastos sociales que correspondan a estos contratos serán satisfechas con cargo al presupuesto del proyecto, contrato de investigación, o partida presupuestaria correspondiente. El régimen retributivo aplicable a los contratos derivados de proyectos, contratos o convenios de investigación, según sus titulaciones, será el que a continuación se establece: ...”.

decimos²¹, lo que parece reflejar que el legislador es consciente de esta realidad que no resuelve bien.

Pero antes de referirnos a este aspecto, en el que nos detendremos más adelante, es necesario mostrar cómo en la normativa en vigor -además de en la propuesta- la fuente de financiación de la que deriva la actividad surge como un condicionante directo del régimen jurídico aplicable a la contratación. De ello encontramos varias referencias.

Inicialmente, conforme lo dispuesto en el texto originario del art. 20.2.b) de la Ley de la Ciencia, los contratos previstos en la sección segunda del capítulo I de la misma (dentro de cuya sistemática se ubicaría el nuevo art. 23.bis) podían ser concertados por las universidades públicas, “únicamente cuando sean receptoras de fondos cuyo destino incluya la contratación de personal investigador o para el desarrollo de sus programas propios de I + D + i”. Esta limitación desaparece con la Ley 17/2022, pero representaba un ejemplo de la relación necesaria entre la fuente de financiación y la posibilidad de contratación, algo que por otra parte surge de nuevo en el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario. Cuando éste alude específicamente a este contrato (como novedad respecto de la normativa en vigor), parece partir del régimen de financiación del mismo, precisamente para diferenciarlo del personal de estructura. Así, dentro de la regulación propuesta para el que se denomina “personal técnico, de gestión y de administración y servicios de las universidades públicas”, el ya referido art. 89.4 del Proyecto prevé la posibilidad de que las universidades contraten a otro personal “para la gestión científico-técnica rigiéndose por lo previsto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 23 bis de la Ley 14/2011, de 1 de junio”. Pero, precisa, que será un personal “con cargo a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad”.

Además de ello, en el régimen jurídico vigente nos encontramos con otro ejemplo importante. Nos referimos a que una de las peculiaridades del nuevo contrato es la posible evitación de la autorización previa para la contratación (conforme la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021), que se dará “cuando los contratos estén vinculados a financiación externa o financiación procedente de convocatorias de ayudas públicas en concurrencia competitiva en su totalidad”. Esta previsión normativa refleja dos aspectos. Por una parte, es un ejemplo paradigmático de la referida conexión entre financiación y contratación de la actividad de investigación. Pero, por otra, muestra la referida incoherencia del tratamiento pretendido. De nuevo se plantea cómo es posible hablar de contratos vinculados a financiación externa o a convocatorias de ayudas públicas “en su totalidad” con contratación

²¹ Según el mismo, “En lo no previsto en este artículo, con especial referencia a sus derechos y obligaciones, serán de aplicación el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, correspondiendo al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral”.

indefinida, si este tipo de financiación es, de por sí, necesariamente temporal y generalmente asociada a proyectos. Dicho de otra forma, cómo puede referirse la financiación externa o derivada de convocatorias públicas “en su totalidad” a una contratación de vigencia indefinida.

Es más, junto a las anteriores, había otra referencia normativa que también asociaba, quizá con mayor claridad, modalidad y vigencia de la contratación con la fuente de financiación. Nos referimos a la aplicación a este ámbito de lo establecido en la disposición adicional quinta del RDL 32/2022. Según la misma, se permite suscribir contratos de duración determinada, “solo por el tiempo necesario”, para la ejecución de proyectos que se encuentren “asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia”. También se permite “la suscripción de contratos de duración determinada que resulten necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación provenga de fondos de la Unión Europea”. Dentro de estos programas podrían estar algunos relacionados con la investigación, dada la posible vinculación al Plan de Recuperación, la asociación de determinados proyectos a fondos europeos (principalmente FEDER) y la tradicional utilización de dichos fondos como fuente de financiación de los programas de investigación universitaria. Sin embargo, la disposición adicional décima de la Ley 17/2022 restringe esta posibilidad. Según la misma, introducida en el trámite parlamentario, en el ámbito de aplicación de dicha ley (debe entenderse que los organismos de investigación), “solo será de aplicación la disposición adicional quinta del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, ..., en relación con la reforma de las modalidades de contratación temporal, cuando se trate de contratos de duración determinada por parte de las entidades que integran el sector público...”; pero “siempre que dichos contratos se encuentren asociados a la estricta ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia y solo por el tiempo necesario para la ejecución de los citados proyectos, así como para contratos necesarios para la ejecución de programas de carácter temporal cuya financiación dependa de fondos europeos no competitivos”. El legislador, por tanto, consciente de la posibilidad que abría la aplicación de la disposición adicional de la reforma laboral de 2021, ha querido limitar la misma en el ámbito científico. Se limita a los fondos del Plan de Recuperación o a fondos no competitivos. Pero, incluso así, estos mismos fondos bien pueden servir para financiar determinados programas asociados a la investigación.

Los aspectos destacados son clave para mostrar los problemas de coherencia y concordancia entre la regulación del régimen de contratación dispuesto, la normativa aplicable en materia de gestión presupuestaria y la propia dinámica seguida en el ámbito universitario. La exigencia o, al menos, la descripción de la figura por su financiación externa total (y ello implica por toda su vigencia) afecta a su consideración como un contrato indefinido (salvo que este carácter se vincule a dicha financiación, lo que exigirá un cambio en la concepción del término y causas de extinción del mismo). Este aspecto evita la aplicación de

las normas generales sobre contenido presupuestario y justifica la exclusión de este personal en las relaciones de puestos de trabajo; pero, como decíamos, casa mal con la consideración indefinida de la contratación que prevé la norma para concordar con la preferencia del Estatuto de los Trabajadores. Dicho de otra forma, la constatación de que su financiación es externa en la totalidad implica que la vigencia del contrato se vincula a la duración de dicha financiación, con lo que se relativizaría su carácter indefinido. Por el contrario, si el legislador, con esta referencia al contrato indefinido, ha querido crear una nueva figura más allá de la relación no fija derivada de una irregularidad en la contratación, vinculada a la financiación externa y con un régimen de extinción que remite al Estatuto de los Trabajadores (solo en materia de indemnización), pero que no concluye, es otra cuestión. Las dificultades de comprensión, integración y de interpretación normativas están evidenciados.

3.3. Gestión de la contratación y distintos sujetos intervinientes

Finalmente, otro aspecto que ha venido caracterizando la contratación en el SECTI tiene que ver con la forma de gestión de los proyectos y los sujetos intervinientes. La tradición asentada sobre este tema incide, también, de forma determinante en la comprensión de la misma, principalmente porque redundando en los aspectos destacados.

Pese a que la norma amplíe su referencia a “líneas de investigación”, la contratación de personal de apoyo a la investigación se ha vinculado generalmente a proyectos. Estos vienen definidos por personas que los lideran en su cualidad de investigadores principales (IP), a quienes corresponde la iniciativa de solicitud, y que definen su propio desarrollo, así como la inicial justificación de la financiación concedida, dentro de cuyos gastos elegibles están los de personal. El hecho de que la investigación se financie a través de la subvención incide en los aspectos que destacamos, dado que la justificación de gastos y la gestión de la misma afecta a su propia dinámica.

Los IP son empleados de los organismos públicos de investigación o universidades y actúan como tales, aunque la norma les ceda la iniciativa y liderazgo del proyecto. Actúan como delegados de una posición jurídica que solo puede corresponder a las instituciones. Éstas son los empleadores formales del personal de investigación, en cuya cualidad son responsables del proceso de contratación y del cumplimiento de las obligaciones y deberes contractuales de que son garantes. A la entidad pública corresponde la necesaria convocatoria y la garantía del cumplimiento de los principios que ordenan el acceso al sector público, así como la responsabilidad derivada de la propia relación laboral y de los posibles incumplimientos que devengan de su formalización y desarrollo.

Pero el protagonismo cedido a los investigadores principales, que mantienen la iniciativa no solo de la solicitud del proyecto sino de la propia contratación

que deriva del mismo, implica una incongruencia de tratamiento en el sistema que diseña la ley y que mantienen las convocatorias. Como veíamos en relación con la financiación externa, la forma en que se mantiene la dinámica de gestión (que, por otro lado, sigue asociada a aquélla) plantea los mismos problemas de concordancia a que aludíamos cuando, pese a su dinámica tradicional, el personal de apoyo se sujeta a una relación laboral indefinida y, al tiempo, se pretende su vinculación al proyecto de investigación y a la financiación del mismo (dentro de cuyos gastos subvencionables se encuentran los de personal). Si la vía de financiación determinaba el régimen aplicable a los contratos, la dinámica de gestión y acceso a los proyectos, comenzando por a quién se atribuye su iniciativa, condiciona su gestión. Por ello, si la actividad objeto del contrato para actividades científico técnicas es estable o es, al menos, susceptible de serlo, si se vincula a un concepto más amplio como el de línea de investigación, y si, por ello, el legislador opta por la contratación indefinida, es incongruente la cesión de la iniciativa de contratación al IP si no se vincula la vigencia del contrato a la duración del proyecto. El cambio de comprensión que debiera conllevar la opción legal, debiera afectar también al rol atribuido a las personas investigadoras principales.

De fondo, además de lo ya referido, se plantea un problema de base relacionado con a quién corresponde la capacidad de planificación, no ya de la actividad científica o de innovación -incluso de transferencia-, sino de la gestión de recursos humanos en materia de investigación. Este aspecto es general a cualquier ámbito de la contratación en el Sistema de Ciencia, pero, como hemos venido reiterando, presenta una especial incidencia o significación en el Sistema Universitario. Afecta a cualquier vía de entrada, particularmente respecto de aquellos contratos que pueden determinar el inicio de la carrera científica o universitaria (y principalmente en la contratación predoctoral). Pero también tiene un particular reflejo en la contratación para actividades científico técnicas porque del mismo se infiere la vinculación al proyecto, a la forma o fuente de financiación y, por tanto, a la iniciativa de la persona que es investigadora principal que dirige el proyecto.

3.4. La opción del legislador por la contratación indefinida y la posible utilización de otras modalidades de contratación

La introducción del nuevo contrato de actividades científico técnicas de carácter indefinido, no evita la discusión que puede plantearse en relación con la posibilidad de acudir, o no, a otras modalidades contractuales. En algún caso, como ocurre en relación con la aplicación de la disposición adicional quinta del RDL 32/2021, esta posibilidad parecía clara (hasta la Ley 17/2022, con la introducción de su disposición adicional décima, que restringe los supuestos a contratos vinculados a fondos del Plan de Recuperación o no competitivos). Pero más allá del esto, la propia Ley de la Ciencia no contempla en el art. 23.bis la exclusión de poder acudir a otras modalidades contractuales. Mantiene una remisión general

a otras figuras posibles contempladas en el Estatuto de los Trabajadores. Así, de conformidad con el penúltimo párrafo del art. 20.2 de la citada ley, “además, las entidades citadas podrán contratar personal investigador a través de las modalidades de contrato de trabajo establecidas por el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. Es más, tal como dispone el último párrafo del apartado en cuestión, lo dispuesto en el mismo “...se entenderá sin perjuicio de que corresponde a las Comunidades Autónomas que hayan asumido estatutariamente la competencia exclusiva para la regulación de sus propios centros y estructuras de investigación la definición y regulación del régimen de contratación de personal investigador de sus propios centros y estructuras de investigación, en el marco de la legislación laboral vigente”. Finalmente, de conformidad con el apartado 3 del art. 20 de la misma (no modificado por la Ley 17/2022), se reconoce implícitamente la posible celebración de contratos laborales de duración determinada. Según el mismo, “en los Organismos Públicos de Investigación, los contratos laborales de duración determinada, en cualquiera de sus modalidades, estarán supeditados a las previsiones que las leyes anuales presupuestarias correspondientes determinen en relación con las autorizaciones para realizar este tipo de contratos. Los contratos fijos estarán supeditados a las previsiones de la Oferta de Empleo Público”.

Por tanto, la nueva “figura”, de contratación indefinida, no restringe formalmente la posibilidad de acudir a cualquier otra modalidad de régimen común. La Ley de la Ciencia mantiene vigente la remisión al Estatuto de los Trabajadores más allá de la nueva “modalidad” del art. 23.bis y contempla, en unas ocasiones de manera explícita, pero también implícitamente, la eventualidad de poder acudir, en los supuestos legalmente previstos, a otras modalidades contractuales.

Ahora bien, la opción legal por la contratación indefinida, ante una actividad para la que, con anterioridad, se contemplaba expresamente la contratación a través de un contrato temporal, no es aséptica. Si el legislador (el Gobierno inicialmente en este caso, por vía de urgencia) entiende que la cobertura de esta actividad puede hacerse con contratos indefinidos es que está, cuando menos, aceptando el carácter permanente de la misma. Está cambiando no solo la modalidad de referencia para la cobertura de esta actividad sino la propia configuración de la misma. Es más, legalmente se redefine su objeto, incorporando el concepto de líneas de investigación frente al más estricto de proyecto (aunque se incluye de una u otra forma en aquél). Por consiguiente, nominalmente al menos parece estar “dificultando” o “cuestionando” una realidad previa que exigía la estricta vinculación entre actividad (el proyecto y su financiación) y vigencia del contrato de apoyo a la misma (originalmente, el contrato para obra o servicio). La propia disposición adicional décima de la Ley 17/2022 reafirma la opción del legislador en este aspecto.

En definitiva, es cierto que la citada remisión no prohíbe acudir a otras modalidades contractuales comunes, pero es lógico entender que el legislador ha pretendido optar por una contratación indefinida, al menos de manera nominal (y

sin perjuicio de los defectos de congruencia señalados), para una actividad que, por tanto, considera que puede ser estable en el tiempo. Ello implica dificultades a la hora de ubicar las actividades vinculadas a la investigación dentro de los supuestos en que se permite la contratación causal en el Estatuto de los Trabajadores, sobre todo porque se incide, y así lo declara la exposición de motivos del RDL 8/2022 (justificando, precisamente, su urgencia), en el necesario principio de causalidad que fundamenta la contratación temporal y refuerza el RDL 32/2021. Solo la aplicación de la disposición adicional quinta del RDL 32/2021 podría relativizar este argumento, dado que, si la financiación del proyecto en cuestión proviene de fondos europeos, sí se admitiría la conexión entre la vigencia del mismo y la del contrato para actividades científico técnicas. Pero ya hemos referido que la opción legal ha sido evitar expresamente, salvo en los casos enunciados, la aplicación de la misma.

Por tanto, con la relativizada excepción de los contratos vinculados a determinados fondos europeos (Plan de Recuperación y fondos no competitivos), la opción del legislador parece clara por la contratación indefinida para atender estas actividades. Es cierto que no se excluye la posibilidad de acudir a otras modalidades de contratación de régimen común. Así debe entenderse de la remisión general que dispone el art. 20.2 de la Ley de la Ciencia en su segundo párrafo. Pero, pese a esta previsión, es evidente que hay que considerar dos aspectos claves: de nuevo, la preferencia de la norma laboral, elevada a la categoría de presunción, por la contratación indefinida (que fundamenta la propia modificación de la Ley de la Ciencia) y la necesaria concurrencia de causas justificativas en la contratación temporal o fija discontinua especificando “con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista” (art. 15.1 segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores). Sólo se excluye de esta relación de causalidad la contratación a tiempo parcial por la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad en este caso (que debe asociarse a las condiciones preestablecidas de contratación cuando se trata de organismos públicos).

Resumidamente, en el contrato por circunstancias de la producción, la causa justificativa es “el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere” (excluyendo los supuestos previstos para el contrato fijo discontinuo). En este caso, la dificultad de ubicar esta modalidad de contratación en una actividad que se entiende implícitamente estable es evidente. Sin embargo, formalmente al menos, no puede excluirse la posible concurrencia de causas de esta naturaleza en actividades de naturaleza diversa como pueden ser las derivadas de la investigación (por ejemplo, picos de actividad no previstos derivadas de ensayos). También es difícil admitir, de principio y con carácter recurrente, la posibilidad contemplada en el propio art. 15.2 del Estatuto de los Trabajadores de cubrir con esta modalidad contractual

las “situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración reducida y delimitada” a que se refiere el párrafo cuarto de la norma citada, que permite utilizar este contrato “un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato”. Sin embargo, de nuevo, atendiendo la naturaleza diversa de la actividad investigadora -y, aquí, incluso, la previsibilidad de actividades de picos de gestión en fechas determinadas- no debe descartarse la posibilidad de admitir esta contratación. Obviamente, la posibilidad expresamente contemplada en la ley de cubrir con esta modalidad de contratación las oscilaciones de mano de obra derivada de las vacaciones hace de ésta la forma prevista legalmente para atender estas necesidades de cobertura.

Otra cosa sea, en estos casos, y dada la reiterada vinculación entre la contratación para estas actividades científico técnicas y su financiación, que los gastos derivados de contratos de esta naturaleza puedan ser elegibles a los efectos de la misma.

Por otra parte, nada impide de principio, antes al contrario, la posibilidad de acudir al contrato de sustitución. Principalmente en caso de sustitución -permítasenos la reiteración- de una persona con reserva de puesto de trabajo. El caso de contratación para cobertura de vacantes puede presentar, empero, matices distintos. Es formalmente posible. Lo sería en los propios términos que contempla el último párrafo de la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, según el cual, “...se podrán suscribir contratos de sustitución para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”. Pero, sin embargo, habría que considerar una precisión importante. De nuevo, la particularidad a que responde la contratación para esta actividad y la consideración de estos puestos como ajenos al personal de estructura (concretados en la correspondiente relación de puestos de trabajo), vinculados a financiación externa, evita, en principio, uno de los presupuestos en que se fundamenta esta contratación para la cobertura de vacante que es, precisamente, la existencia de ésta sobre la base de un puesto de trabajo definido previamente.

Por su lado, el renovado carácter referente del contrato fijo discontinuo dentro del sistema de contratación laboral hace que se plantee su posible utilización en estos casos. Obviamente, requiere que la actividad para la que acudiera a estos contratos respondiera a una necesidad de carácter cíclico o, en su caso, intermitente. De nuevo, atendiendo a la pluralidad de supuestos que pueden darse en relación con la investigación -por ejemplo, en actividades de apoyo y gestión o en ensayos o encuestas necesarias para el desarrollo de la misma-, no es descartable esta posibilidad. Podríamos identificar no solo actividades cíclicas sino también

intermitentes. Es más, la vinculación a sucesivos proyectos no tiene por qué obviar esta opción, sobre todo si relativizamos, como puede deducirse de la nueva regulación del art. 16 del Estatuto de los Trabajadores, la exigencia homogeneidad que, con carácter general, se había venido exigiendo en los servicios a atender por trabajadores fijos discontinuos. Sí sería necesario, cuando menos, la identificación de las actividades cíclicas o intermitentes objeto de posible cobertura con esta modalidad de contratación. Asimismo, sería necesario determinar los criterios de llamamiento (que es tanto como definir las referidas actividades a cubrir con trabajadores fijos discontinuos).

De conformidad con la citada disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, nada impide la celebración de contratos fijos discontinuos por parte de la administración, aunque requiera expresa acreditación de sean esenciales (junto a los contratos indefinidos) para el cumplimiento de sus fines. Es la diferencia principal con respecto al contrato indefinido del art. 23.bis de la Ley de la Ciencia, que no exige, por los motivos reiterados, ni la citada acreditación expresa, ni la autorización del ministerio con competencias en materia de Función Pública en caso de que para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica.

4. RASGOS DE LA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN INDEFINIDA EN EL SECTI

4.1. Sujetos

El contrato está dirigido a “personal con título de Licenciado, Ingeniero, Arquitecto, Diplomado, Arquitecto Técnico, Ingeniero Técnico, Grado, Máster Universitario, Técnico/a Superior o Técnico/a, o con personal investigador con título de Doctor o Doctora”. La titulación parece contemplarse como un requisito de acceso. No tiene, pues, en principio, carácter indicativo pese a la pluralidad de actividades o funciones que cabría entender dentro del objeto del contrato.

No obstante, tras la tramitación parlamentaria, la Ley de modificación de la Ley de la Ciencia, amplía este ámbito subjetivo incluyendo un último inciso a lo previsto en la letra a) del apartado 2 del art. 23.bis, según el cual “asimismo, se podrá celebrar con personal cuya formación, experiencia y competencias sean acordes con los requisitos y tareas a desempeñar en la posición que se vaya a cubrir”. Por tanto, independientemente de los requisitos que deben especificarse por parte del organismo convocante para acreditarlas, la Ley admite la contratación de personal con “formación, experiencia y competencias”, que lo serán, simplemente, “acordes con los requisitos y tareas a desempeñar en la posición que se vaya a cubrir”. Es evidente, pues, que se amplía el ámbito subjetivo de las personas que podrían participar en el correspondiente concurso de acceso. Las referencias a titulaciones

previas tendrían mero carácter indicativo o supletorio, pero se tendrían que establecer criterios para fundamentar la concurrencia de las referidas formación, experiencia y competencias.

Esta “posibilidad” abre, quizá excesivamente, la discrecionalidad de la administración a la hora de determinar los requisitos subjetivos de acceso. Tanto en lo que se refiere a la posibilidad de admitir o no estos supuestos como a la hora de especificar cómo se acredita esta capacitación. Las referidas formación, experiencia y competencias parecen, además, cualificaciones necesariamente concurrentes o acumulativas. No son alternativas o disyuntivas (la previsión no es formación “o” experiencia “o” competencias). Y tendrá como argumento principal previsible o recurrente la experiencia previa. De nuevo, la gestión de estas contrataciones y su tradicional vinculación a los proyectos (ahora, a las líneas de investigación), y, por tanto, a la iniciativa de los investigadores principales, incorpora un amplio ámbito de la referida discrecionalidad. Téngase en cuenta que dicha formación, experiencia y competencia se va a requerir a las tareas a desempeñar y, en particular, a la posición que se vaya a cubrir, que, de nuevo, puede quedar asociada a la determinación de la persona a quien corresponde la iniciativa del desarrollo del proyecto.

La solución podría haber sido otra. Se podrían haber incorporado otras titulaciones (de formación profesional). Si se quiere, a través de los mecanismos de reconocimiento de cualificaciones profesionales previstas legalmente. Es más, si implícitamente se estuviera planteando esta solución debería haber sido explicitada. Pero en el trámite parlamentario se optó por esta referencia más genérica que, como decimos, amplía la decisión discrecional de la administración y dificulta el establecimiento de criterios objetivos a través de los cuales se acrediten las referidas formación, experiencia y competencias.

4.2. Régimen jurídico de personal aplicable

Una cuestión distinta, a la que hemos hecho referencia tangencial antes, tiene que ver con la ubicación de este personal. Nos referimos a su tratamiento como personal investigador o como personal técnico y al régimen jurídico aplicable (fundamentalmente en relación con la determinación de las condiciones de trabajo).

La Ley de la Ciencia distingue entre personal investigador y personal técnico. De igual forma, la Ley Orgánica de Universidades distingue entre PDI y PAS. Sin embargo, esta última, en su versión actualmente vigente, no hace referencia al contrato para actividades científico técnicas. Sí alude al mismo el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario, tanto cuando contempla la enumeración de los contratos de la Ley de la Ciencia que expresamente prevé que pueden suscribir las universidades (algo que no está contemplado ahora pero que viene de suyo por aplicación de ésta última -en particular, el referido art. 20-), como, y sobre todo, cuando contiene, dentro del art. 89, una mención expresa a este contrato dentro de

la regulación del denominado, en el Proyecto, Personal Técnico, de Gestión y de Administración y Servicios.

Pero más allá de este aspecto, y de la posibilidad que contempla la Ley de la Ciencia, tras su modificación, de que puedan concertarse contratos de investigadores distinguidos también a personal técnico (lo que dice de la potencial cualificación profesional de este personal), la cuestión trasciende la mera ubicación sistemática o de calificación de la figura. Implica aspectos sustantivos de su régimen jurídico y, derivado de ello, de la gestión de los organismos públicos.

Tanto desde la perspectiva del personal de organismos públicos de investigación conforme la Ley de la Ciencia como del personal de las universidades públicas, el tratamiento de este personal -asociado a fuentes de investigación específicas y, generalmente finalista, en el sentido que hemos destacado- es complementario del personal que podríamos denominar de estructura.

Así se puede comprobar tanto en la regulación del personal en la Ley de la Ciencia como en la previsión de regulación prevista en el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (la actual LOU no contempla esta figura, tal como referimos). De conformidad con el art. 13 de la Ley de la Ciencia, a los efectos de la misma, “se considera personal investigador el que, estando en posesión de la titulación exigida en cada caso, lleva a cabo una actividad investigadora, entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación” (asimismo se considera como tal, “el personal docente e investigador definido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, entre cuyas funciones se encuentre la de llevar a cabo actividades investigadoras”). Según el apartado 2 del citado artículo, el personal investigador puede estar vinculado con “una relación sujeta al derecho administrativo o al derecho laboral, y podrá ser funcionario de carrera, funcionario interino o personal laboral fijo o temporal”. El régimen jurídico aplicable será el general para el personal funcionario (EBEP); y para el personal laboral el Estatuto de los Trabajadores, “y sus normas de desarrollo, y en las normas convencionales”, además de por los preceptos del EBEP que sean de aplicación. En particular, el personal investigador al servicio de las Universidades públicas se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica de Universidades.

En la sección segunda del capítulo I del Título II de la Ley de la Ciencia se regula “la contratación del personal investigador de carácter laboral”, previendo las modalidades específicas en el sentido que hemos indicado con anterioridad. La modificación introducida por la Ley 17/2022, recoge el establecimiento de una carrera profesional del personal de estructura. Según el art. 25.1 de la Ley de la Ciencia, en la redacción contenida tras su modificación, “el personal investigador y el personal técnico al servicio de los Organismos Públicos de Investigación de

la Administración General del Estado o de los Organismos Agentes Ejecutores del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación tendrán derecho a la carrera profesional, entendida como el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional, conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

En el ámbito universitario, las normas específicas en materia de personal se refieren fundamentalmente al sometimiento a los límites que impone la denominada cota de personal. De conformidad con lo previsto en el art. 81.4 en su segundo y tercer incisos, “los costes del personal docente e investigador, así como de administración y servicios, deberán ser autorizados por la Comunidad Autónoma, en el marco de la normativa básica sobre Oferta de Empleo Público. Asimismo, el nombramiento de personal funcionario interino y la contratación de personal laboral temporal por las universidades deberá respetar la normativa básica estatal en la materia”. De igual forma, este mismo párrafo del art. 81.4 -esta vez en su primer inciso-, dispone la obligación de incorporar una relación de puestos de trabajo al estado de gastos de los presupuestos de las universidades. Tal como dispone la norma referida, “al estado de gastos corrientes, se acompañará la relación de puestos de trabajo del personal de todas las categorías de la Universidad especificando la totalidad de los costes de la misma e incluyendo un anexo en el que figuren los puestos de nuevo ingreso que se proponen”.

Los contratos de actividades científico técnicas -como otros posibles de la Ley de la Ciencia y, particularmente, los predoctorales- se definen precisamente, como venimos reiterando, por vincularse a una financiación externa. Gran parte de la especialidad que contempla su regulación, si no toda, se asienta precisamente en este aspecto, que justificaba, en su momento la contratación temporal de este personal.

Ello implicaba que no estuvieran incluidos -cuando no, expresamente excluidos- del ámbito de aplicación subjetiva de determinados convenios colectivos²²; que no estuvieran incluidos dentro de las relaciones de puestos de trabajo de los distintos organismos, dada su exclusión como personal de estructura, lo que justifica, por otra parte, que dentro del régimen jurídico actual la especialidad de estos contratos consista particularmente en que no se computan a efectos de los límites de masa salarial del personal laboral del organismo público ni se apliquen los límites presupuestarios sobre ofertas públicas de empleo (que, precisamente, derivan de la propia relación de puestos de trabajo tal como dispone la Ley Orgánica de Universidades vigente). Incluso, como vemos, no requiere para su formalización autorización previa si la financiación externa es total (en consonancia con lo previsto en la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, respecto a la autorización de una tasa de reposición específica -aquí no requerida- y

²² Vid. nota infra.

pese a que, a nivel de las leyes de presupuestos estatales, esta autorización previa solo se prevé para la contratación temporal).

Estos aspectos afectan a la forma en que se determinan las condiciones de trabajo de este personal, que, cuando no están incluidos en los convenios colectivos aplicables (para el personal de estructura del CSIC, el convenio aplicable es el de la AGE, previéndose expresamente una subcomisión paritaria para el organismo investigador; dentro de las universidades públicas ya hemos referido el distinto tratamiento de la cuestión según los diferentes convenios de comunidad autónoma), vienen determinados por normas o resoluciones internas de cada organismo -o, en su caso, por las previsiones contenidas en las convocatorias de plazas-.

Todos estos aspectos, derivados de su exclusión del presupuesto general de gastos de personal e incluidos dentro del capítulo VI, presentan nuevas perspectivas con el cambio de régimen y la opción por la contratación indefinida. Ésta, necesariamente asociada a una necesidad estable, por otra parte real, debiera implicar una necesaria revisión de estos presupuestos. De lo contrario, incidiría en la imposibilidad de contemplar este personal como indefinido, dado que la evitación de los mecanismos e instrumentos de gestión del personal aplicables a las instituciones públicas chocarían con las normas de control presupuestario y sostenibilidad financiera. Es más, la contratación indefinida de este tipo de actividades se muestra como una especificidad concreta de los contratos mencionados en el art. 20 de la Ley de la Ciencia o ubicados dentro de su sistemática.

Es un tema añadido a las cuestiones que venimos planteando, donde se pone de manifiesto un cambio evidente de tratamiento, que trasciende cualquier mera intención declarativa del carácter indefinido de una contratación antes solo contemplada con carácter temporal, que implica una decisión del legislador pero que, al tiempo, requiere para que sea realmente efectiva cambios profundos en la forma de gestión y en la comprensión de este tipo de personal.

4.3. El objeto del contrato

Aunque a lo largo de este trabajo se han puesto de manifiesto distintas incongruencias en el tratamiento por parte de la norma de la actividad investigadora, principalmente en relación con la vinculación de la misma con una financiación externa (como si la actividad de investigación no fuera esencial de los organismos públicos que se dedican a la misma), y derivada de la misma, con el tratamiento del personal técnico, es cierto que el legislador apuesta por un contrato indefinido para atender lo que denomina actividades científico técnicas, lo que implica que comprende la actividad de apoyo a la investigación como una actividad estable (sin perjuicio de las oscilaciones que puedan plantearse respecto la concesión de proyectos), y, sobre todo, previsible.

En favor de este aspecto -insistimos, sin perjuicio de las evidentes incongruencias destacadas- la norma da un paso interesante que implica un primer elemento de cambio no solo en la concepción sino en la forma de gestión de esta actividad en materia de personal. Nos referimos a que eleva, si se nos permite la expresión, el objeto del contrato. Este ya no es al proyecto en sentido estricto, sino a un concepto indeterminado, pero necesariamente más amplio, como es el de “línea de investigación”.

Tal como decimos, el primer apartado del art. 23.bis que el objeto del contrato será “la realización de actividades vinculadas a líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas que se definen como un conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos, construidos de manera sistemática alrededor de un eje temático en el que confluyan actividades realizadas por uno o más grupos de investigación y requerirá su desarrollo siguiendo las pautas metodológicas adecuadas en forma de proyectos de I+D+I”²³.

De esta forma, el legislador urgente intenta superar la tradicional conexión entre la actividad y el proyecto o los proyectos a los que generalmente se ha venido asociando la misma. La derogación del contrato para obra o servicio determinado empuja a esta solución. Es cierto que el legislador podría haber escogido otra. Por ejemplo, podría haber previsto un modelo específico de contratación temporal ligada al proyecto, como lo hace en la referida disposición adicional quinta del RDL 32/2021. También podría haber acudido a una modalidad específica de contratación que partiera, como en el caso señalado, de la vinculación entre proyecto y duración o vigencia del contrato para atender al mismo. O fijar, como se ha planteado por la doctrina, si no un régimen específico de despido vinculado a la conclusión de la actividad subvencionada, sí la adaptación de la normativa del despido objetivo²⁴. Ello implicaría admitir como elemento determinante del objeto de la contratación -y de los elementos definitorios de su vigencia- la existencia de un proyecto de investigación. Sin embargo, no mantiene, al menos nominalmente, esta vinculación al proyecto. Amplía la referencia de la definición de las actividades que pueden ser objeto de contratación, dejando la vinculación legal de las referidas actividades “a líneas de investigación o de servicios científico técnicos”, lo que debe presuponer un posible cambio estructural en la comprensión del modelo de gestión de este tipo

²³ Moreno Gené, J. define la delimitación del objeto del contrato -particularmente necesaria en estas actividades en su acertada opinión- directamente como “kafkiana”. “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: por fin, una clara apuesta por la contratación indefinida del personal investigador”. AEDTSS. <https://www.aedtss.com/el-nuevo-contrato-de-actividades-cientifico-tecnicas-por-fin-una-clara-apuesta-por-la-contratacion-indefinida-del-personal-investigador/>

²⁴ Cairós Barreto, D.M.; “El nuevo contrato de trabajo indefinido en el ámbito de la investigación: el contrato de actividades científico técnicas”. AEDTSS. <https://www.aedtss.com/el-nuevo-contrato-de-trabajo-indefinido-en-el-ambito-de-la-investigacion-el-contrato-de-actividades-cientifico-tecnicas/>

de personal, y, además, restringe la posibilidad de acudir a la citada disposición adicional del RDL 32/2021.

La cuestión es qué debe entenderse por líneas de investigación a estos efectos y qué ámbito de decisión les queda a los organismos para su concreción.

Si atendemos a una primera aproximación puramente literal del contenido del art. 23.bis.1, tenemos que las actividades se vinculan a líneas de investigación o de servicios científico técnicos, incluyendo la gestión científico técnica. Luego, estas líneas pueden ir asociados a tres aspectos: a) investigación puramente; b) servicios científico técnicos; y, c) gestión científico técnica. De estas tres posibles actividades, la de investigación es la que generalmente más ha venido estando asociada a proyectos; mientras que la actividad de servicios científico técnicos o de gestión ha estado vinculada de forma más cercana a servicios generales del propio organismo receptor de fondos. A partir de estos tres contenidos posibles, la norma pretende precisar qué entiende por “línea” a estos efectos. Así, define la misma como el “conjunto de conocimientos, inquietudes, productos y proyectos”, que se refieren a un “eje temático” sobre el que construyen de manera sistemática los anteriores. Este eje temático se caracteriza por confluir en el mismo “actividades realizadas por uno o más grupos de investigación”, lo que implica la posibilidad de vincular dicho eje temático a uno o varios grupos -dependerá del área de conocimiento o de la propia materia objeto de investigación-, pero también supone la realización por parte de estos de las referidas (y varias) actividades realizadas. La actividad en todo caso se mantiene vinculada a los proyectos (varios), aunque sea cuando menos a efectos de las que denomina “pautas metodológicas”.

Esta definición, compleja, amplía en su concepción, conlleva cuando menos algunos aspectos interesantes. El concepto de línea de investigación pretende superar el vínculo exclusivo al proyecto. La propia exposición de motivos de la Ley 17/2022, aun cuando, a lo sumo, solo pueda considerarse como mero criterio interpretativo, habla de “línea de investigación definida”. Sin embargo, cuando la norma asocia determinados aspectos de la particularidad del régimen jurídico aplicable a la contratación indefinida para actividades científico técnicas a su total financiación externa, es difícil encontrar supuestos en que esta financiación se dirija, por completo, a una línea de investigación más o menos definida dado que generalmente se asocia a proyectos.

Por tanto, se exige un cambio en la concepción de la actividad de investigación financiada a través de convocatorias. La línea de investigación gira en torno a ejes temáticos conforme define la propia norma. Es cierto que los ejes temáticos pueden venir determinados por la entidad convocante (y su programa de apoyo a la investigación), pero, en relación con la previsión del art. 23.bis, y, en particular, la delimitación de qué sea “línea de investigación” a la que pueda asociarse el personal de actividades científico técnicas, debe corresponder al organismo público

o universidad su definición en virtud de su facultad organizativa y de planificación de la actividad investigadora.

En este sentido, la definición de qué se entienda por línea de investigación implica un ejercicio de concreción discrecional por parte del organismo en el ámbito de la referida capacidad auto-organizativa. El margen es relativamente amplio. Puede estar referida a uno o a varios grupos de investigación, incluirá distintos “conocimientos, inquietudes, productos y proyectos” y serán estos quienes definan las pautas metodológicas. Siendo así, la amplitud o constricción de la línea dependerá de la decisión del organismo y sobre esta base conformará el objeto de referencia de la actividad científico técnica a que se asocia la contratación de personal.

Con estas premisas, la norma parece optar por un personal estable asociado a líneas de investigación con vocación de permanencia (sin perjuicio de las adaptaciones necesarias), que exige una nueva concepción en la organización y regulación de este tipo de personal (y que deberían estar previamente definidas o determinadas). Este cambio de comprensión requiere resolver los problemas de concordancia que hemos venido poniendo de manifiesto. También requiere la adopción de cambios metodológicos en la concepción y gestión de este personal. Incluyendo aquellos que derivan de la propia regulación normativa y que se reflejan en las convocatorias y, desde éstas, en las referidas vinculaciones entre proyectos, financiación y el personal que puede ser asociado a los mismos. Una asociación que exige el concurso y la determinación y gestión de la entidad formal (y ahora realmente) contratante. De la misma forma, se plantea un problema a resolver en relación con la imputación de gastos a la entidad subvencionada (en última instancia, el organismo público de investigación o universidad).

La atribución de los gastos de personal dentro de los costes subvencionables del proyecto exige también una reconfiguración formal, a través de una nueva contabilidad, dado que debe permitir la imputación de los costes de personal asociado independientemente de su vinculación permanente -y, muy posiblemente previa- a la universidad u organismo de investigación. Es más, debe contemplar que la capacidad de organización de este personal debe corresponder en exclusiva a estos.

En este sentido, se plantea una cuestión también interesante que tiene que ver con la titularidad efectiva de las facultades directivas y de organización en entidades tan particulares como los organismos públicos de investigación y las propias universidades. Éstos deben corresponder a las referidas entidades contratantes, que deben acomodar la forma de organización del personal contratado como indefinido bajo esta “modalidad” a las particularidades de la actividad, a las posibles fluctuaciones derivadas de los distintos proyectos y a la configuración de los mismos en torno a “líneas de investigación o de servicios científico-técnicos, incluyendo la gestión científico-técnica de estas líneas”.

Por todo ello, como decimos, se tiene que reconfigurar la forma de gestión y de financiación. El carácter competitivo de los proyectos y la necesaria rendición de cuentas de los resultados de la investigación debe ser compatible con una forma de financiación que permita la gestión adecuada por parte de los organismos públicos y universidades, que ejerzan sus facultades de dirección en materia de recursos humanos dentro de los márgenes adecuados de seguridad jurídica y estabilidad presupuestaria sin perjuicio de la iniciativa que pueda corresponder al personal investigador en el desarrollo de su carrera. Pero es evidente que es a los organismos públicos de investigación y, por supuesto, a las universidades a quienes debe corresponder la iniciativa de cuáles son sus ámbitos apropiados de investigación y transferencia, sin que las entidades financiadoras (administraciones territoriales) pretendan asumir en exclusiva esta función. La actividad de investigación debe ser un ejemplo de concierto de las distintas administraciones, organismos públicos, universidades, y agentes privados para llevar a cabo una actividad que tiene un carácter claramente estratégico.

4.4. Las particularidades de esta “modalidad de contratación”

Las peculiaridades de esta “modalidad de contratación” contenidas en el art. 23.bis de la Ley de la Ciencia aluden, por una parte, a la remoción de los requisitos generalmente establecidos por las normas presupuestarias para admitir la contratación de personal por parte de los organismos públicos; y, por otra, a una mención expresa, cuyo sentido nos hace albergar algunas dudas, al régimen de extinción de los contratos aunque centrados en el derecho a indemnización del personal contratado bajo esta fórmula.

En ambos casos se ponen de manifiesto dudas razonables sobre la corrección técnica de estas alusiones legales, manteniendo como rasgo común a ambas la latente dependencia de estas formas de contratación a la financiación externa que sostiene la actividad de investigación.

Vayamos por partes.

En relación con el régimen de autorización previa o aplicación de las normas para admitir la contratación de personal por parte del sector público, la norma contempla dos particularidades iniciales para este tipo de contratos. Por una parte, dispone que, pese a su carácter indefinido, las contrataciones de este personal por parte de los organismos públicos “no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el artículo 70 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”; y, por otra parte, su convocatoria tampoco estará limitada por la masa salarial del personal laboral (art. 23.bis.2).

Se trata, pues, de especialidades importantes que parten, como hemos reseñado, de la consideración particular de estos contratos y, sobre todo, de su

vinculación a la forma de financiación a la que van asociados. En este sentido, de un lado, los límites previstos en relación con la masa salarial del personal laboral en las correspondientes leyes de presupuestos no considerarán los gastos derivados de este personal (como dispone con carácter general para cualquier contratación de personal laboral, por ejemplo, el art. 19 LPGE para 2022). De otro, la exclusión de estas contrataciones de la Oferta de Empleo supone la inaplicación de los topes derivados de la tasa de reposición (previstos asimismo en las correspondientes leyes de presupuesto como dispone, en este sentido, el art. 20 LPGE para 2022). Téngase en cuenta, a estos efectos, que, como regla general, “la validez de la tasa autorizada estará condicionada, de acuerdo con el artículo 70 del EBEP”, entre otros motivos, a que éstas se incluyan en una Oferta de Empleo Público aprobada.

El fundamento de estas especialidades se debe conectar, asimismo, en el sentido que ya hemos indicado, con la necesidad de remover los obstáculos que pudieran retrasar la contratación de este personal y, por tanto, el desarrollo ágil de la actividad investigadora a que se vinculan los mismos. Pero denota ciertamente la reiterada vinculación entre la fuente de financiación, la dinámica de los propios proyectos que generan la actividad y la contratación del personal, que, por un lado, exige cierto dinamismo en su formalización y, por otro, justifica la ausencia de controles presupuestarios previos en que la financiación es externa y no afectaría a los principios de estabilidad presupuestaria.

Además de los aspectos anteriores, la norma suprime la exigencia de autorización previa para formalizar estos contratos. El fundamento es el mismo, pero plantea algunas dudas de origen dado que este régimen de autorización previa está previsto, al menos en las leyes de presupuestos nacionales²⁵, a la contratación temporal, y estos contratos son de carácter indefinido.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado exige autorización previa en los supuestos previstos en el art. 20.6 LPGE para 2022, dentro de los cuales solo se contempla la contratación de personal laboral temporal o nombramiento de funcionarios interinos o personal estatutario temporal²⁶. El propio art. 20.3 de la Ley

²⁵ La Ley de Presupuestos de la Junta de Andalucía para 2021 (art. 13.3) prevé la exige autorización previa para “la contratación de personal laboral propio con carácter fijo o indefinido o temporal en las agencias de régimen especial, agencias públicas empresariales, sociedades mercantiles del sector público andaluz, consorcios, fundaciones y demás entidades a que se refiere el artículo 5 del texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía requerirá autorización de la Consejería competente en materia de Regeneración” (así como autorización con carácter previo a la aplicación del porcentaje correspondiente de la tasa de reposición). Las universidades no están incluidas dentro de las entidades referidas. Sí podrían incluirse, en su caso, algunos centros de investigación que revistan de alguna forma jurídica entre las citadas.

²⁶ De conformidad con el mismo, “en el sector público estatal están sujetos a la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública, a través de las Secretarías de Estado de Presupuestos y Gastos y de Función Pública: a) La contratación de personal laboral temporal y el

de la Ciencia distingue a este respecto entre autorización de contratos temporales y aplicación de las previsiones de la Oferta Pública, que sería lo previsto para la contratación indefinida²⁷.

Por tanto, considerando el carácter indefinido de estos contratos, la referencia a la autorización previa no es concordante con la previsión presupuestaria (insistimos, en la norma estatal). La única remisión normativa, por tanto, debería haber sido a la Oferta Pública de Empleo o instrumento de planificación previsto en el art. 70 del EBEP, que sí se refieren a la contratación indefinida. En este mismo sentido, basta recordar que las normas recogidas en el apartado 1 del citado art. 20 de la Ley de Presupuestos aluden a “la incorporación de personal de nuevo ingreso con una relación indefinida en el sector público”.

La autorización previa podría conectarse con la disposición adicional cuarta del RDL 32/2021, cuyo segundo párrafo, al que aludíamos antes, prevé expresamente para los contratos indefinidos y fijos discontinuos la necesaria acreditación de que son esenciales “para el cumplimiento de los fines que las administraciones públicas y las entidades que conforman el sector público institucional tenga encomendados” y la autorización previa del Ministerio de Hacienda y Función Pública “si para la cobertura de estas plazas se precisara de una tasa de reposición específica”. Sin embargo, aun en estos casos, esta autorización previa no es necesaria porque, entre otras razones, no es de aplicación el régimen de tasa de reposición -dado que no se toman en cuenta a efectos de los límites de la correspondiente oferta pública de empleo-, ni se toman en cuenta a efectos de los topes de masa salarial aplicables al personal laboral del sector público.

Se trata, pues, de una relativa incongruencia normativa que, si la destacamos, es porque parece reflejar la reiterada comprensión de esta figura como si atendiera a una necesidad de carácter temporal vinculada a la forma en que se desarrolla -y financia- la actividad a que va necesariamente unida.

En otro orden de cosas, puede presentar un mayor interés, al menos desde una perspectiva previa, y desde el punto de vista jurídico laboral, la mención que hace la norma a la extinción de estos contratos y al derecho de sus titulares a la correspondiente indemnización.

nombramiento de funcionarios interinos y de personal estatutario temporal. b) La contratación de personal fijo o temporal en el extranjero con arreglo a la legislación local o, en su caso, legislación española. Los contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal requerirán autorización previa de la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos”

²⁷ Según dispone el mismo, “en los Organismos Públicos de Investigación, los contratos laborales de duración determinada, en cualquiera de sus modalidades, estarán supeditados a las previsiones que las leyes anuales presupuestarias correspondientes determinen en relación con las autorizaciones para realizar este tipo de contratos. Los contratos fijos estarán supeditados a las previsiones de la Oferta de Empleo Público”.

El apartado 4 del art. 23.bis recoge una previsión que, partiendo de la remisión supletoria al Estatuto de los Trabajadores, y como cláusula de cierre, contiene una referencia a los derechos de indemnización en caso de extinción de los contratos. Esta mención resulta un tanto extraña, bien por innecesaria o por redundante en la medida en que es de obligada aplicación la normativa laboral, o bien porque nos quiera plantear o sugerir una solución que el legislador no se atreva a proponer o plantear con claridad. Según el referido apartado, “en lo no previsto en este artículo, con especial referencia a sus derechos y obligaciones, serán de aplicación el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público y el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, correspondiendo al personal contratado la indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral”.

¿Cuál es el sentido de esta alusión a la “indemnización que resulte procedente tras la finalización de la relación laboral”?

De partida, y como no podría ser de otra forma, la remisión general contenida en la norma al Estatuto de los Trabajadores y, en lo que fuera de aplicación, al Estatuto Básico del Empleado Público conlleva necesariamente la aplicación del régimen de extinción del contrato previsto legalmente. Las causas de extinción del contrato indefinido deben ser, pues, las previstas normativamente. Es evidente el sometimiento ineludible al principio de legalidad por parte, al menos, de los agentes públicos del conocimiento y la dificultad de conformar una decisión que pudiera abrir la vía de cualquier forma de extinción del contrato no contemplada, como tal, en las normas de aplicación [por ejemplo, tal como ha podido sugerirse en algún ámbito de decisión universitario, fundamentada en la autonomía individual conforme lo previsto en el art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores en sus apartados a) o b)].

Por ello, la mención a la indemnización que corresponda puede resultar extraña o, como decíamos, cuando menos, redundante o innecesaria, dada la natural aplicación de la referida normativa laboral y las dificultades de admitir cualquier fórmula que atemperara, si se nos permite la expresión, la misma o los criterios y supuestos de extinción. Por tanto, tal referencia debe entenderse como una remisión a las previsiones legales sobre las posibles causas de despido y, por consiguiente, y en su caso, a la indemnización que corresponde a éstas.

Sin embargo, la conexión entre proyecto, fuente de financiación y línea de investigación que justifica o fundamenta la contratación bajo esta “modalidad” hace pensar que el legislador pueda estar contemplando, implícitamente, el despido objetivo cuando finalice la financiación asociada a estos contratos. Ello puede tener que ver con la vinculación entre fuente y forma de desarrollo y financiación de la actividad de investigación. Superados los supuestos de contratación temporal asociados a proyectos, en el sentido que hemos venido destacando, la consideración como indefinida de una relación laboral de una actividad que se somete a la

financiación externa, cuyo desarrollo como proyecto tiene una connatural duración temporal, y que justifica en dicho aspecto los rasgos fundamentales de su régimen jurídico especial -frente a otras formas de vinculación con la administración pública o con instituciones del sector público-, puede conllevar que se plantee como idea recurrente que en el fondo lo que pretende la norma es posibilitar la extinción del contrato cuando concluya dicha financiación.

La fórmula podría ser la previsión del art. 52.d), que contempla como causa de despido objetivo precisamente “la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”. Pero esta previsión solo es aplicable a los supuestos contemplados: “en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados por las Administraciones Públicas mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”. La reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió explícitamente la mención a las administraciones públicas que contenía esta norma en su redacción precedente, al tiempo que contemplaba de manera expresa en la que sería actualmente la disposición adicional 16ª del Estatuto de los Trabajadores la posibilidad de que éstas pudieran acudir al procedimiento de despido colectivo, una mención que, tras el RDL 32/2021, por cierto, desaparece. Ello ha hecho que algún sector de la doctrina, en el sentido que ya hemos destacado, se pronuncie a favor de recuperar esta previsión, al menos para las actividades científicas²⁸.

Por otra parte, se puede también plantear si la solución a esta cuestión se encuentra en el art. 52.c). Sin embargo, si el número de trabajadores susceptibles de ser afectados por una decisión extintiva ligada a la conclusión de la finalización externa supera los límites previstos en el art. 51, se exigiría la tramitación del despido como despido colectivo, surgiendo la duda derivada de la derogación de la disposición adicional 16ª del Estatuto de los Trabajadores y su auténtica significación.

Por consiguiente, no parece adecuada una solución que plantee o parta de la extinción de los contratos (aun de forma indemnizada) cuando finalice la financiación de los proyectos que sostienen las posibles líneas de investigación (como concepto nuevo a que deben asociarse los mismos). El legislador ha optado conscientemente por una figura indefinida, aun conociendo la dinámica tradicional de estos contratos y las limitaciones de la propia normativa laboral común. Y los vincula a un concepto como el de línea de investigación que, aunque impregnado de una gran dosis de discrecionalidad, parece tener carácter estructural. Otra cosa

²⁸ Cairós Barreto, M.D.; op. loc. cit. También, con mayor concreción en relación con este tema, Moreno Gené, J.; op. loc. cit.

sea que se muestren los problemas de concordancia y de congruencia que hemos destacado en este trabajo y que derivan de los aspectos que definen tradicionalmente la propia actividad investigadora.

Por ello, en segundo lugar, parece una explicación más razonable -que no excluye las dudas y planteamientos anteriores-, que la norma simplemente pretende reiterar la solución que plantea respecto de otras figuras contractuales asociadas al Sistema de Ciencia y donde expresamente se contempla el derecho, previamente cuestionado por la jurisprudencia, a obtener una indemnización igual a la prevista para la finalización de contratos temporales cuando se llegara al término de los contratos en cuestión. Se había planteado un conflicto jurídico en relación con la naturaleza de los contratos predoctorales de la Ley de la Ciencia -sobre su naturaleza formativa o no- y el derecho, en su caso, a la indemnización prevista en el art. 49.d) del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como decimos, este tema, aunque recurrente en contratos específicos de los previstos en el art. 20 de la Ley de la Ciencia, no tiene aplicación real a los contratos del art. 23.bis dado el carácter indefinido de los mismos.

Ello nos lleva a plantear otra tercera cuestión o aproximación que podría ser de calado. ¿Pretende el legislador crear una figura estrictamente indefinida -a diferencia de fija- con un régimen específico de indemnización tasado al modo en que recoge la Ley 20/2021 para los supuestos de exceso de duración de los nombramientos de interinos? Es decir, ¿ha pretendido crear una figura indefinida con posibilidad de despido objetivo y con la indemnización correspondiente al mismo?

La respuesta no parece simple, pero debe estar en la misma línea de la planteada anteriormente. Si es así, debería haberlo dispuesto expresamente. Al igual que debería haber establecido los mecanismos para resolver las incongruencias de una figura que pretende fundamentar su especialidad en la financiación externa y en su modo de gestión -y son rasgos de connatural carácter temporal- con un carácter indefinido que implica la naturaleza estable y permanente de la actividad para cuyo objeto se prevé la referida contratación. La propia pretensión posible de los organismos contratantes -y la necesaria definición de las líneas de investigación a las que vincular estos contratos- puede derivar en esta tentación. Sin embargo, como hemos reiterado, el legislador, aun con las incongruencias y faltas de concordancias puestas de manifiesto, ha optado por una figura indefinida para una actividad que necesariamente ha de comprenderse como permanente.

En definitiva, y sirva como reflexión final, nos encontramos ante un cambio realmente estructural no solo del régimen jurídico de la contratación del personal de apoyo científico técnico para tareas de investigación, sino de la forma de gestión del mismo, que debiera adaptarse a las nuevas previsiones legales. La norma refleja una discusión intrínseca de la que no ha sido ajeno el propio trámite parlamentario. La vinculación entre la actividad de investigación, su forma de gestión y de

financiación, la concurrencia de actores y el relativo alejamiento de los auténticos empleadores en la gestión de la política de personal en este ámbito han dado lugar a una tradición en la comprensión de la dinámica de la contratación de este personal que ahora se corrige. El objetivo inicial parece haber sido adecuar el régimen de contratación de personal para actividades científico técnicas al nuevo régimen laboral pretendido tras el RDL 32/2021, pero su trascendencia, en este ámbito, debe ir más allá, porque afecta a la propia comprensión de la actividad que justifica la contratación de este personal. No se trata solo de una actividad coyuntural sujeta a financiación externa y ligada a sucesivos proyectos. Sin perjuicio de que algunos de estos aspectos continúan (y debieran también estar sujetos a revisión), la norma contempla la actividad de este personal como estructural y exige que los organismos públicos de investigación, y, particularmente, las universidades, reconsideren la gestión de este personal, que no siendo contemplado generalmente como personal de estructura ahora cambia su carácter. Es un cambio sustancial. No son pocas las incongruencias normativas y las carencias de concordancia que se ponen de manifiesto. Veremos su desarrollo.

LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO ¿EL FIN DE LA CULTURA DE LA TEMPORALIDAD EN LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS?*

JOSEP MORENO GENÉ**

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Lleida

EXTRACTO

Palabras clave: contratación temporal, profesorado universitario, universidades públicas

El tsunami normativo que de forma directa o indirecta está afectando o va a afectar en el futuro inmediato a la contratación laboral del personal docente e investigador de las universidades públicas no podía dejar intacta a la norma central que regula el régimen jurídico de este colectivo, a saber, la Ley Orgánica de Universidades (LOU), habiéndose aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022 el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU), que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria y que, tras su definitiva aprobación, pasará a sustituir a la LOU, a la que deroga de forma expresa. Esta nueva reforma universitaria se encuentra directamente alineada con los objetivos de la reforma laboral de 2021 en materia de contratación, potenciándose en el ámbito universitario la contratación por tiempo indefinido y la mejora de la calidad de la contratación temporal del personal dedicado a la docencia e investigación. Es precisamente desde la previsión de estos ambiciosos objetivos que en este estudio se procederá a analizar los cambios introducidos por la LOSU en la contratación laboral del personal docente e investigador al servicio de las universidades públicas y, por tanto, se procederá a valorar en qué medida dicha norma va a afectar al diseño de carrera universitaria, a la reducción de la temporalidad y a la mejora de las condiciones de trabajo que corresponden a este colectivo.

ABSTRACT

Key words: temporary hiring, job insecurity, university professors, public universities

The normative tsunami that directly or indirectly is affecting or will affect in the immediate future the labor contracting of teaching and research staff of public universities could not leave intact the central norm that regulates the legal regime of this group, namely, the Organic Law of Universities (LOU), having approved by the Council of Ministers on June 21, 2022 the Organic Law Project of the University System (LOSU), which is currently undergoing parliamentary processing and that, after its final approval, It will replace the LOU, which it expressly repeals. This new university reform is directly aligned with the objectives of the 2021 labor reform in terms of hiring, promoting indefinite-term hiring at the university level and improving the quality of temporary hiring of staff dedicated to teaching and research. It is precisely from the foresight of these ambitious objectives that this study will proceed to analyze the changes introduced by the LOSU in the hiring of teaching and research staff at the service of public universities and, therefore, will proceed to assess to what extent This rule will affect the design of university careers, the reduction of temporary employment and the improvement of working conditions that correspond to this group.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación en el que colaboro, PID2020-113929GB-I00, sobre los límites de la autonomía de las universidades públicas.

** El autor es miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya "Social and Business Research Laboratory" (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD LABORAL DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO
2. LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO
 - 2.1. Aspectos generales
 - 2.2. Modalidades contractuales laborales específicas del ámbito universitario que conforman la carrera universitaria
 - 2.2.1. La supresión de la figura del Ayudante
 - 2.2.2. El Profesor Ayudante Doctor como primer eslabón de la carrera
 - 2.2.3. El Profesor Permanente Laboral como vía de acceso a la estabilidad laboral
 - 2.3. Modalidades contractuales del personal docente e investigador contratado dirigidas a satisfacer necesidades específicas
 - 2.3.1. El Profesor Asociado
 - 2.3.2. El Profesor Sustituto
 - 2.3.3. El Profesor Visitante
 - 2.3.4. El Profesor Distinguido
 - 2.3.5. El Profesor Emérito
 - 2.4. Los mecanismos de adaptación previstos por la LOSU para determinadas figuras de personal docente e investigador
3. ¿SERVIRÁN LAS RECIENTES Y LAS PRÓXIMAS REFORMAS NORMATIVAS PARA PONER FIN A LA TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD LABORAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO?

1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD LABORAL DEL PROFESORADO UNIVERSITARIO

La laboralización del personal docente e investigador de las universidades públicas llevada a cabo en un primer momento por la Ley 6/2001, de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades (en adelante, LOU) y, posteriormente, consagrada por la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (en adelante, LOMLOU), mereció inicialmente una valoración positiva, no en vano, supuso la sustitución del recurso a la contratación administrativa a la que hasta ese momento se había acudido para vincular a gran parte del colectivo de profesores con las universidades públicas por la contratación laboral. Esta valoración debía ser aún más favorable, si cabe, si la misma venía aparentemente acompañada del establecimiento de una verdadera carrera profesional del personal docente e investigador al servicio de las universidades públicas, según la cual, tras transitarse por diversas figuras contractuales de carácter formativo y temporal -Ayudante y Profesor Ayudante Doctor-, se podía alcanzar la tan anhelada estabilidad laboral mediante el acceso a una figura permanente de profesorado -Profesor Contratado Doctor-. Asimismo, junto a estas figuras que configuraban la carrera profesional del profesorado universitario, se regulaban otras tantas con las que se pretendían satisfacer distintas finalidades específicas, todas ellas *a priori* legítimas -Profesor Asociado, Profesor

Visitante, Profesor Emérito y profesores y/o investigadores contratados por obra o servicio determinados para la realización de un proyecto, convenio o contrato de investigación-.

El desarrollo posterior de todas estas previsiones normativas en el día a día de las universidades públicas, sin embargo, no ha sido todo lo satisfactorio que cabía esperar¹. A tal efecto y como consecuencia de la propia idiosincrasia de la universidad pública, que sigue manteniendo un peculiar sistema de formación/selección de los futuros profesores e investigadores, que requiere largos y sucesivos períodos formativos que se cubren mediante contratos temporales, la carrera profesional del personal docente e investigador contratado se ha convertido en un penoso *vía crucis* por el que inexorablemente se debe transitar antes de poder obtener unos razonables niveles de estabilidad laboral. A ello ha contribuido muy negativamente que en el devenir cotidiano de las universidades públicas se hayan entrelazado y/o entremezclado las diferentes figuras contractuales previstas inicialmente por separado en la LOU y en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley de la Ciencia), de manera que no es de extrañar que una misma persona pase alternativamente y sucesivamente por las diferentes figuras contractuales de carácter temporal previstas en ambas normas².

Pero además, por si todo esto no fuera suficiente, las sucesivas crisis económicas vividas en los últimos años se han cebado muy especialmente con los ya paupérrimos presupuestos de las universidades públicas³, lo que, junto con la imposición de estrictas tasas de reposición, ha provocado que, ante las insalvables dificultades de estabilización del profesorado y de los investigadores por las vías ya extremadamente precarias previstas al efecto, se haya producido un uso torticero y, en no pocas ocasiones, fraudulento, de diferentes modalidades contractuales temporales previstas en la LOU con la finalidad de poder retener en las ya muy mermadas plantillas universitarias a un número importante de profesores y de investigadores que de otro modo hubieran sido expulsados del ámbito universitario. A tal efecto, los tribunales laborales han venido declarando con más asiduidad de la que cabría esperar el carácter fraudulento de las contrataciones temporales de profesores universitarios efectuadas por las universidades públicas, especialmente de los Profesores Asociados.

¹ Una visión general sobre la precariedad en la universidad en Castillo, J.J. y Moré, P., *Universidad precaria, universidad sin futuro*, FUHEM, Madrid, 2017. Vid. también, López Anierte, M.C. y Ferrando García, F.M. (Dras.), *Precariedad laboral del Personal Docente e Investigador. Una visión con perspectiva de género*, Laborum, Murcia, 2020.

² Sobre esta problemática vid. Rivera Sánchez, J.R., “Los contratos de trabajo del personal docente e investigador en la vigente Ley Orgánica de Universidades”, en Ballester Laguna, F., *El Estatuto profesional del personal investigador contratado en régimen laboral*, Innap Investiga, Madrid, 2016, pp. 69 y ss.

³ Sobre los efectos en el empleo universitario de las políticas de austeridad vid. Baylos Grau, A., “El trabajo universitario como terreno de disputa entre la precariedad y el itinerario formativo permanente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020, pp. 7 y ss.

A todo ello cabe añadir que durante los últimos años las universidades públicas han venido haciendo un uso a todas luces excesivo del anterior contrato para obra o servicio determinados para la contratación de personal docente e investigador vinculada a proyectos, convenios y contratos de investigación. Recuérdese en este punto el trato tan “privilegiado” que habían recibido las universidades públicas, al no serles de aplicación las reglas sobre duración máxima de tres años previstas con carácter general para esta modalidad contractual ni las reglas dirigidas a limitar el encadenamiento de contratos para obra o servicio determinados, lo que les permitía vincular a profesores e investigadores a través de esta modalidad contractual prácticamente de forma perpetua, sin perspectivas reales de estabilización laboral⁴.

En este contexto, desde finales del año 2021 se ha puesto en marcha lo que podría definirse como un auténtico tsunami normativo que de forma directa o indirecta está afectando o va a afectar en el futuro inmediato a la contratación laboral del personal docente e investigador de las universidades públicas y que, sin lugar a dudas, puede enmarcarse en una clara voluntad de suprimir o, cuanto menos, de reducir las inaceptables cotas de temporalidad y de precariedad laboral que actualmente definen a este colectivo.

La primera afectación normativa en la contratación laboral del personal docente e investigador se produjo con la aprobación del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, Real Decreto-Ley 32/2021) que, sin lugar a dudas, está teniendo un impacto trascendental en el ámbito universitario, por cuanto que, entre otras medidas adoptadas por dicha norma, se procedió a la eliminación del contrato para obra o servicio determinados que, como ya se ha anticipado, había constituido hasta la actualidad uno de los principales instrumentos de contratación temporal de los investigadores por parte de las universidades públicas y otros centros de investigación⁵.

El impacto que ha supuesto la supresión del contrato para obra o servicio determinados en el sector de la investigación ha comportado que, encontrándose

⁴ Sobre el privilegiado recurso al contrato para obra o servicio determinado por parte de las universidades públicas vid. Ballester Laguna, F., “El contrato de trabajo de obra o servicio determinado para la realización de proyectos específicos de investigación”, en Ballester Laguna, F. (Coord.), *El Estatuto profesional...* cit. y Moreno Gené, J., “La contratación por obra o servicio determinado para la realización de un proyecto de investigación tras la reforma laboral de 2010”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2011.

⁵ Sobre el impacto que ha tenido la supresión del contrato para obra o servicio determinados en el ámbito de la investigación, vid. Ballester Laguna, F., “¿Qué ha hecho la reforma laboral de diciembre de 2021 con la contratación laboral con cargo a proyectos de investigación?”, 2022. En <https://www.aedtss.com/que-ha-hecho-la-reforma-laboral-de-diciembre-de-2021-con-la-contratacion-laboral-a-cargo-a-proyectos-de-investigacion/> y Cairós Barreto, D.M., “Implicaciones de la derogación del contrato para obra o servicio determinado del art. 15.1.a) LET sobre los

aún en tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de la Ciencia, una parte del mismo, en particular, la que regulaba el contrato indefinido de actividades científico-técnicas, fuera aprobada mediante el Real Decreto-Ley 8/2022, de 5 de abril, por el que se adoptan medidas urgentes en el ámbito de la contratación laboral del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación (en adelante, Real Decreto-Ley 8/2022)⁶.

La aprobación de esta norma, sin embargo, no impidió que el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de la Ciencia continuara su tramitación parlamentaria hasta su definitiva aprobación como Ley 17/2022, de 5 de septiembre, por la que se modifica la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (en adelante, Ley 17/2022)⁷. Entre las finalidades declaradas por esta norma se encuentran las de mejorar las condiciones de trabajo y la carrera profesional de los investigadores que prestan sus servicios, entre otras entidades, en las universidades públicas. En este contexto, para combatir la actual situación de temporalidad y precariedad en el ámbito de la investigación, la Exposición de Motivos de la Ley 17/2022 hace hincapié en la adopción de dos medidas fundamentales: en primer lugar, el diseño de un itinerario postdoctoral que conduzca a la incorporación estable de investigadores e investigadoras al sistema, y en segundo lugar, la introducción de una nueva modalidad contractual laboral indefinida vinculada al desarrollo de actividades científico-técnicas para todo tipo de personal de investigación en el marco de líneas de investigación definidas, en la línea ya anticipada poco tiempo antes por el Real Decreto-Ley 8/2022.

Este tsunami normativo que de forma directa o indirecta está afectando o va a afectar íntegramente en el futuro inmediato a la contratación laboral del personal docente e investigador de las universidades públicas no podía dejar intacta a la norma central que regula el régimen jurídico de este colectivo, a saber la LOU, habiéndose aprobado por el Consejo de Ministros de 21 de junio de 2022 el Proyecto de Ley Orgánica del Sistema Universitario (en adelante, LOSU), que actualmente se encuentra en tramitación parlamentaria y que, tras su definitiva aprobación, pasará a sustituir a la LOU, a la que deroga de forma expresa⁸.

contratos de obra o servicios derivados de proyectos de investigación”, 2022. En <https://www.net21.org/implicaciones-de-la-derogacion-del-contrato-de-obra-o-servicio-determinado-del-art-15-1-a-let-sobre-los-contratos-de-obra-o-servicio-derivados-de-proyectos-de-investigacion/>.

⁶ Un análisis de esta norma en Moreno Gené, J., “El nuevo contrato de actividades científico-técnicas: una apuesta decidida por la contratación indefinida de los investigadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 98, 2022 y Romero Burillo, A.M., “El nuevo contrato indefinido de actividades científico-técnicas. Una primera aproximación a su régimen jurídico”, *Revista de Derecho Laboral VLex*, núm. 6, 2022.

⁷ Sobre el alcance de esta norma vid. Moreno Gené, J., “Una primera aproximación a la contratación del personal investigador tras la reforma de la Ley de la Ciencia”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022.

⁸ Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, de 1 de julio de 2022 (núm. 111-1).

La necesidad de un nuevo marco normativo para el personal docente e investigador contratado que introduce la LOSU se justifica en su propia Exposición de Motivos por la situación en la que se encuentra actualmente la universidad pública española y que, por lo que respecta a este colectivo, viene a coincidir en lo esencial con la situación que se acaba de exponer. Para revertir esta situación, la Exposición de Motivos de la LOSU parte del “reconocimiento de los recursos humanos del sistema universitario como núcleo de su fortaleza”. En particular, respecto al personal docente e investigador, se identifica como uno de los objetivos prioritarios de la norma “la eliminación de la precariedad en el empleo universitario y la implantación de una carrera académica estable y predecible”⁹.

Pues bien, es precisamente desde la previsión de estos ambiciosos objetivos que se acaban de indicar que en los próximos apartados se analizarán los cambios introducidos por la LOSU en la contratación laboral del personal docente e investigador al servicio de las universidades públicas y, por tanto, se procederá a valorar en qué medida dicha norma va a afectar al diseño de carrera universitaria, a la reducción de la temporalidad y a la mejora de las condiciones de trabajo correspondientes a este colectivo.

2. LA CONTRATACIÓN LABORAL DEL PERSONAL DOCENTE E INVESTIGADOR DE LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA UNIVERSITARIO

2.1. Aspectos generales

Como es bien conocido, la aprobación de la LOU comportó una modificación radical del régimen jurídico del personal docente e investigador de las universidades públicas existente con anterioridad a su aprobación, siendo una de las principales novedades introducidas el carácter laboral de la contratación de una parte de este personal. La LOSU no afecta a este carácter laboral del régimen del personal

⁹ Para la consecución de estos objetivos, la Exposición de Motivos de la LOSU enumera las siguientes medidas: “Se establecen tres niveles de progresión frente a los cuatro vigentes hasta ahora. Así, la carrera académica seguirá las etapas de incorporación, consolidación y promoción. Por otra parte, se reduce del 40 al 8 por ciento el máximo de contratos de carácter temporal del personal docente e investigador que pueden estar vigentes en las universidades públicas. Esta norma persigue poner fin a la precariedad asociada a determinadas figuras del profesorado laboral, ofreciendo a quienes se encuentran en dicha situación vías de entrada adecuadas para que continúen la carrera académica si cumplen determinados requisitos. Asimismo, se incentivan programas de estabilización y promoción de forma transitoria y se garantiza la equiparación de derechos y deberes académicos del profesorado funcionario y laboral permanente. Finalmente, en materia de personal investigador esta norma configura pasarelas entre la carrera investigadora y la universidad. Entre otras cuestiones, se incentiva la atracción del personal investigador de programas de excelencia mediante la reserva de un porcentaje de determinadas plazas universitarias”.

docente e investigador contratado por las universidades, limitándose únicamente a intentar resolver algunas de las principales deficiencias que el mismo plantea.

En consecuencia, la LOSU mantiene el modelo o sistema mixto, en el que coexisten dos regímenes jurídicos diversos en relación con el personal docente e investigador de las universidades públicas, con las consecuentes dificultades de gestión que ello comporta: el funcional o estatutario, por el que se rigen los docentes e investigadores integrados en los cuerpos docentes y el laboral aplicable sobre todos los contratados. Así, el art. 64 LOSU prevé que “el personal docente e investigador de las universidades públicas estará compuesto por el profesorado de los cuerpos docentes universitarios y por el profesorado laboral”.

Entre los primeros, el art. 68.1 LOSU incluye a los Catedráticos y a los Profesores Titulares de universidad. Respecto a los segundos, el art. 77 LOSU establece que “las universidades públicas podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley. Asimismo, podrán contratar personal investigador en las modalidades de contrato predoctoral, bien sea con financiación interna de la universidad o con financiación externa, contrato de acceso de personal investigador doctor, contrato de investigador/a distinguido/a y contrato de actividades científico-técnicas, en los términos previstos por la Ley 14/2011, de 1 de junio”.

Como puede observarse, se prevé de forma expresa que las universidades públicas puedan acudir a las modalidades de contratación laboral específicas previstas de personal docente e investigador en la propia LOSU, así como a las modalidades de contratación específicas de personal investigador previstas en la Ley de la Ciencia. Ello supone, *a priori*, una aparente clarificación de las modalidades de contratación a las que pueden acudir las universidades públicas, puesto que el actual art. 48.1 LOU establece que “las universidades podrán contratar personal docente e investigador en régimen laboral, a través de las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario que se regulan en esta Ley o mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo. También podrán contratar personal investigador, técnico u otro personal, a través del contrato de trabajo por obra o servicio determinado, para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica. Asimismo, las universidades podrán nombrar profesoras y profesores eméritos en las condiciones previstas en esta Ley”¹⁰. A lo que se añade, por el art. 48.3 bis) LOU que las universidades pueden contratar personal investigador conforme a lo previsto en la Ley de la Ciencia.

¹⁰ Un análisis de este precepto en Moreno Gené, J., “Los contratos laborales de los profesores y de los investigadores en las universidades públicas”, *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, núm. 36, 2017.

Como puede observarse, la LOU optó por introducir modalidades contractuales nuevas y distintas a las previstas en el ET, con la única excepción de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado para el desarrollo de proyectos de investigación científica o técnica y del contrato para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo que sí se corresponden respectivamente con el contrato para obra o servicio determinado y con el contrato de interinidad previstos en aquel momento en el art. 15.1 a) y c) ET. La LOSU, por el contrario, omite cualquier referencia expresa a las modalidades contractuales previstas en el ET, lo cual parece coherente con la supresión del contrato para obra o servicio determinados del art. 15.1 ET a la que ya se ha hecho referencia y con la previsión de la figura del Profesor Sustituto a la que más adelante nos referiremos y que parece querer ocupar el espacio hasta ahora reservado al contrato de interinidad o por sustitución en su denominación actual.

El art. 77 LOSU no enumera de forma expresa cuáles son las concretas modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario, sino que debe acudir a los preceptos siguientes para identificarlas, a saber: Profesores Ayudantes Doctores, Profesores Asociados, Profesores Sustitutos, Profesores Eméritos, Profesores Permanentes Laborales, Profesores Visitantes y Profesores Distinguidos.

Se observan diferentes novedades respecto a las modalidades específicas de contratación laboral del ámbito universitario previstas en el art. 48.2 LOU, que incluye las figuras de los Ayudantes, los Profesores Ayudantes Doctores, los Profesores Contratados Doctores, los Profesores Asociados y los Profesores Visitantes, a las que cabe sumar la figura de los Profesores Eméritos. Entre estas diferencias cabe destacar la eliminación del Ayudante, el cambio de nombre del Profesor Contratado Doctor por el de Profesor Permanente Laboral y la incorporación de las nuevas figuras de los Profesores Sustitutos y de los Profesores Distinguidos. Por lo demás, la LOSU mantiene las figuras de los Profesores Ayudantes Doctores, Asociados y Visitantes ya previstas en la LOU, si bien, introduciendo importantes modificaciones en su régimen jurídico.

La LOU no se limita a enumerar las distintas figuras de personal docente e investigador contratado, sino que también contempla el régimen jurídico por el que deben regularse dichas figuras. A tal efecto, el citado art. 48.2 LOU indica que “el régimen de las indicadas modalidades de contratación laboral será el que se establece en esta Ley y en sus normas de desarrollo, supletoriamente, será de aplicación lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (...), y en sus normas de desarrollo”. El art. 77.2 LOSU perfecciona la delimitación del régimen jurídico aplicable a las modalidades de contratación laboral, puesto que, además de mantenerse la referencia a la propia ley y a sus normas de desarrollo y prever que supletoriamente sea de aplicación lo previsto en el ET y en sus normas de desarrollo, se incorporan como normas supletorias los convenios colectivos que sean de aplicación, así como también, en su caso, el Estatuto Básico del Empleado

Público -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-

Como puede observarse, la previsión por parte de la LOSU de modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario no impide la función supletoria en este punto del ET, que deberá ser aplicado en lo que no contradiga la regulación específica prevista en dicha norma. En otros términos, como ya se había mantenido en relación con la LOU, con la previsión de estas modalidades contractuales específicas del ámbito universitario únicamente se pretende conformar para el personal docente e investigador contratado un régimen laboral dotado de ciertas particularidades o especialidades, pero en modo alguno “excluir la introyección o integración del régimen de PDI contratado en el ámbito del ordenamiento laboral, cuya supletoriedad para corregir contradicciones o anomias y cubrir lagunas resultará incuestionable en lo teórico y utilísimo en lo práctico”¹¹.

Para concluir con la delimitación del régimen jurídico aplicable a las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario, cabe recordar que el art. 48.6 LOU establece que “en los términos de la presente ley y en el marco de sus competencias, las Comunidades Autónomas establecerán el régimen del personal docente e investigador contratado de las universidades”, lo cual posibilita la intervención de las Comunidades Autónomas en este ámbito, siempre claro está, dentro de sus competencias de ejecución de la legislación laboral previstas en el art. 149.1.7 CE. El art. 77.3 LOSU parece mantener en este punto el papel que corresponde desarrollar a las Comunidades Autónomas en esta materia, al establecer que “en relación con este personal, corresponde a las Comunidades Autónomas la regulación de las materias expresamente remitidas por esta Ley y aquellas otras que pueden corresponderle en el ámbito de sus competencias”.

En este contexto expansivo del recurso a la contratación laboral en el ámbito universitario introducido en su momento por la LOU, deben tomarse en cuenta, sin embargo, las limitaciones introducidas en los apartados 4 y 5 del art. 48 de dicha norma. De acuerdo con la primera, “el personal docente e investigador contratado, computado en equivalencias a tiempo completo, no podrá superar el 49 por ciento del total de personal docente e investigador de la universidad. No se computará como profesorado contratado a quienes no impartan docencia en las enseñanzas conducentes a la obtención de los Títulos oficiales así como el personal propio de los institutos de investigación adscritos a la universidad y de las escuelas de doctorado”; y, de acuerdo con la segunda, “el personal docente e investigador con contrato laboral temporal no podrá superar el 40 por 100 de la plantilla

¹¹ Vid. Molina Navarrete, C., “Improvisación” de la LOU, “perversión” de la práctica ¿sabemos quién fija el régimen del PDI contratado?”, *Revista de Derecho Social*, núm. 25, 2004, p. 100. En la misma dirección, Baylos Grau, A., “El personal docente e investigador contratado en régimen laboral después de la reforma de la LOU en 2007”, *Revista de Derecho Social*, núm. 44, 2008, p. 51.

docente”. *A priori*, ambas previsiones deberían haber supuesto un cierto freno al recurso indiscriminado a la contratación laboral de profesores e investigadores, especialmente la de carácter temporal, si bien, en la práctica, estas limitaciones no siempre se han acabado respetando.

De conformidad con la voluntad de reducir la temporalidad y precariedad laboral en el ámbito universitario, la LOSU aborda ambas previsiones, si bien, con diferentes grados de afectación. En primer lugar, su art. 64.3 prevé que “el profesorado funcionario será mayoritario, computado en equivalencias a tiempo completo, sobre el total del personal docente e investigador de la Universidad”. A tal efecto, se especifica que “no se computará como profesorado laboral a quienes no tengan responsabilidades docentes en las enseñanzas conducentes a la obtención de los títulos universitarios oficiales, ni al personal propio de los institutos de investigación adscritos a la universidad y de las escuelas de doctorado”. En el fondo, esta previsión no supone una variación significativa respecto a la ya existente que, como se acaba de indicar, contempla que el personal docente e investigador contratado no podrá superar el 49 por ciento. Con ello, la versión actual de la LOSU se distancia de borradores anteriores en los que se habían previsto porcentajes de profesorado funcionario superiores, de hasta el 55 por ciento del total.

Para la consecución de este objetivo, la Disposición Transitoria Sexta LOSU establece que “la mayoría de profesorado funcionario establecida en el art. 64.3 de esta Ley deberá cumplirse dentro del periodo previsto en el artículo 155.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, relativo al plan de incremento de gasto público en educación”. A tal efecto, este precepto establece que “el Estado y las Comunidades Autónomas acordarán un plan de incremento del gasto público en educación para los próximos diez años, que permita el cumplimiento de los objetivos establecidos en la presente Ley y la equiparación progresiva a la media de los países de la Unión Europea”.

En segundo lugar, ahora sí de manera muy relevante, se refuerza de forma contundente la segunda previsión ya recogida en la LOU sobre el nivel contratación temporal, al establecer el art. 64.3 LOSU que “el profesorado con contrato laboral temporal no podrá superar el 8 por ciento en efectivos de la plantilla de personal docente e investigador”. A tal efecto, se especifica que “no se computará a tal efecto el profesorado asociado de Ciencias de la Salud y el profesorado ayudante doctor”. No cabe duda que se trata de un objetivo muy ambicioso y plenamente acorde con los objetivos generales de reducción de la temporalidad en las Administraciones Públicas y que, en última instancia, determinará gran parte del éxito o del fracaso de la LOSU.

Más allá de la preferencia declarada por la LOSU por el profesorado funcionario *versus* el profesorado laboral y por el profesorado permanente *versus* el temporal, con el que se pretende que el profesorado universitario disfrute de un empleo de mayor calidad y con esta misma finalidad, el art. 77.4 de dicha

norma también muestra su predilección por la dedicación a tiempo completo del profesorado universitario, con excepción, claro está, de la figura de los Profesores Asociados que se configura con dedicación a tiempo parcial. Ello no obsta a que el art. 79.1 LOSU, tras indicar que el profesorado de las universidades ejercerá sus funciones preferentemente en régimen de dedicación a tiempo completo, prevea que pueda ser a tiempo parcial a petición de la persona interesada con los requisitos, condiciones y efectos que se establezcan reglamentariamente.

A partir de estas premisas, en los próximos apartados vamos a analizar las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario. A tal efecto, se analizarán por separado aquellas modalidades contractuales que integran la carrera universitaria diseñada por la LOSU y aquellas otras modalidades contractuales con las que se pretenden satisfacer necesidades específicas de la actividad universitaria.

2.2. Modalidades contractuales laborales específicas del ámbito universitario que conforman la carrera universitaria

2.2.1. La supresión de la figura del Ayudante

En la actualidad, la figura del Ayudante se configura en la LOU como el primer peldaño o eslabón de la carrera universitaria, ya que supone la primera contratación laboral de aquellos que pretenden dedicarse a la actividad universitaria en su doble vertiente docente e investigadora. En consecuencia, este primer estadio de la carrera del profesor universitario tiene como finalidad básica la obtención de la necesaria formación docente e investigadora del ayudante, que ineludiblemente debe traducirse en la elaboración y defensa de la tesis doctoral.

Pues bien, la LOSU procede a eliminar de la carrera universitaria la figura del Ayudante¹². Es cierto que el recurso a esta figura se había visto *de facto* muy reducido en los últimos años, en favor del empleo del contrato predoctoral, a través del que se canalizan las múltiples y variadas ayudas predoctorales existentes en la actualidad, dirigidas a financiar la elaboración y defensa de la tesis doctoral, pero con la LOSU, la eliminación de la figura de los Ayudantes se torna definitiva¹³.

No cabe duda que con esta opción se eliminan los agravios comparativos que podían derivarse del hecho de que mientras que en algunos casos la carrera universitaria se inicia mediante la figura del Ayudante en otros se hace a través del

¹² Vid. Meañes Melón, E., “Novedades en el régimen del personal docente e investigador”, en Caro, A., Ruíz-Alejos, A.R., Gómez, C., Molina, D. y Del Castillo, P. (Coords.), *Valoración jurídico-práctica de las últimas reformas legislativas y su impacto en el sistema universitario*, Editorial Amarante, Salamanca, 2022, p. 168.

¹³ Sobre esta dualidad, vid. San Martín Rodríguez, J., *El carácter laboral del profesor universitario*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2012, p. 22.

contrato predoctoral, que lleva aparejadas condiciones laborales menos favorables. Por ello, lo criticable de la opción adoptada por la LOSU no es que se haya procedido a unificar la vía para la obtención del Título de Doctor, sino que esta equiparación se haya hecho atendiendo a la figura del personal investigador predoctoral en formación, que ofrece peores condiciones laborales que las ofertadas por la figura de los Ayudantes¹⁴.

Por lo demás, con la supresión de la figura del Ayudante también se evita que con la combinación del contrato predoctoral y la ayudantía, la fase predoctoral pueda alargarse en demasía, puesto que podría transitarse hasta cuatro años a través del contrato predoctoral y, en el caso de no haberse concluido con la tesis doctoral en este periodo, hasta un máximo de cinco años más como Ayudante, desvirtuándose de este modo el carácter formativo de esta última modalidad contractual¹⁵.

2.2.2. El Profesor Ayudante Doctor como primer eslabón de la carrera

En el diseño de carrera universitaria instaurado por la LOU, el segundo eslabón de la hipotética carrera universitaria lo constituye la figura del Profesor Ayudante Doctor, prevista y regulada en el art. 50 de dicha norma. Al eliminar la LOSU el primer eslabón, es decir, la figura del Ayudante, la figura del Profesor Ayudante Doctor pasa a configurarse ahora como el primer eslabón de la referida carrera universitaria.

Los requisitos exigidos para la formalización de un contrato de Profesor Ayudante Doctor se han ido flexibilizando a lo largo del tiempo. Tras la LOMLOU, el reformado art. 50 LOU alteró las reglas por las que debe ajustarse la contratación de Profesores Ayudantes Doctores, pasando a exigirse únicamente que el contrato se formalice con quienes se encuentren en posesión del Título de Doctor y hayan obtenido con carácter previo la evaluación positiva de su actividad por parte de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación o del órgano de evaluación externa que la ley de la comunidad autónoma determine (en adelante, ANECA). El art. 78.1 a) LOSU flexibiliza al máximo los requisitos exigidos para

¹⁴ Sobre el contrato predoctoral vid. Ballester Laguna, F., “El nuevo Estatuto del personal investigador predoctoral en formación: un “traje a medida” del contrato predoctoral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 220, 2019, Moreno Gené, J., *El Estatuto del Personal Investigador Predoctoral en Formación: aspectos jurídico-laborales y de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2020 y Requena Montes, O., “Aproximación crítica al estatuto del personal investigador predoctoral en formación”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019.

¹⁵ Sobre los usos fraudulentos de esta modalidad contractual vid. Moreno Gené, J., “Ayudantes de universidad: ¿contrato formativo o de inserción profesional : A propósito de la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2018”, *IUSlabor*, núm. 3, 2018 y Moreno Gené, J., “Usos y abusos del recurso a las figuras de Profesores Ayudantes y Visitantes por parte de las universidades públicas”, en Dueñas Castrillo, A.I (Dir.), *La precariedad en la universidad española: un estudio en primera persona*, Fundación Manuel Giménez Abad, Madrid, 2022.

la contratación de los Profesores Ayudantes Doctores, puesto que establece de forma expresa que “las universidades podrán contratar bajo esta modalidad a las personas que ostenten el título de doctora o doctor sin necesidad de acreditación”. En consecuencia, con la nueva regulación se exige como único requisito para la contratación como Profesor Ayudante Doctor estar en posesión del Doctorado, eliminándose la obligación de disponer de acreditación alguna.

No cabe duda que con esta previsión se flexibiliza al máximo la entrada en la carrera universitaria, lo cual puede contribuir a favorecer las vocaciones universitarias, pero se corre el riesgo de dejar demasiado margen de discrecionalidad a las correspondientes comisiones a la hora de seleccionar a los Profesores Ayudantes Doctores que finalmente vayan a ser contratados. Tal vez, la mejor opción sería mantener la exigencia de algún tipo de acreditación para poder acceder a esta figura de profesorado, siempre que los requisitos para su obtención sean razonables, teniendo en cuenta el estadio de la carrera universitaria en el que se encuentran los candidatos a dichas plazas.

En este punto, sin embargo, debe tenerse en cuenta lo previsto en la Disposición Transitoria Tercera LOSU que prevé que “la acreditación vigente de Profesor/a Ayudante Doctor/a se considerará como un mérito preferente durante los dos años posteriores a la aprobación de esta ley, a efectos del acceso a la figura de Profesor/a Ayudante Doctor/a”. En consecuencia, durante los dos años siguientes a la aprobación de la LOSU, aunque no se exigirá acreditación para acceder al contrato de Profesor Ayudante Doctor, el tenerla se considerará como un mérito preferente¹⁶.

La finalidad del contrato de Profesor Ayudante Doctor queda definida en el art. 78 b) LOSU y consistirá en el desarrollo de las capacidades docentes y de investigación y, en su caso, de transferencia e intercambio de conocimiento, y de desempeño de funciones de gobierno de la universidad. Esta delimitación de la finalidad del contrato plantea ciertas dudas a la hora de garantizar la finalidad formativa de esta modalidad contractual, puesto que, a la tradicional finalidad del contrato de Profesor Ayudante Doctor de desarrollar tareas docentes y de investigación, a las que ahora se refiere la LOSU como “desarrollar las capacidades docentes y de investigación”, se añaden ahora de forma expresa “la transferencia e intercambio de conocimiento” y el “desempeño de funciones de gobierno de la universidad”. Si bien es cierto que esta previsión se ajusta a las tareas habituales del profesorado universitario, resulta cuanto menos discutible que una figura de profesorado que aún debería tener un claro componente formativo incorpore tareas de transferencia e intercambio de conocimiento y desempeño de funciones de

¹⁶ Vid. Meaños Melón, E., “Novedades...” cit.

gobierno de la universidad, que, tal vez, deberían ser más propias del profesorado permanente de la universidad que ya ha concluido su periodo formativo¹⁷.

Con la voluntad de mantener la finalidad formativa que corresponde a la figura del Profesor Ayudante Doctor, se prevé en el art. 78 b) LOSU que “para el desarrollo de su capacidad docente, las Profesoras y Profesores Ayudantes Doctores deberán realizar, en el primer año de contrato, un curso de formación docente inicial cuyas características serán establecidas por las universidades, de acuerdo con sus unidades responsables de la formación e innovación docente del profesorado”. Aunque debe valorarse positivamente el interés por que el profesorado universitario mejore sus competencias docentes, tal vez, esta formación debería impartirse un poco antes, en la fase predoctoral, no en vano, en la misma ya se acostumbran a realizar colaboraciones docentes¹⁸.

Aunque nada prevé al respecto la LOU, con la finalidad de garantizar la doble formación docente e investigadora del Profesor Ayudante Doctor, diferentes normas autonómicas y convenios colectivos han procedido a limitar las obligaciones docentes de este colectivo. A tal efecto, se había mantenido que era muy conveniente y recomendable que la negociación colectiva fijara límites a las tareas u “obligaciones docentes” de este colectivo en aras a permitirle una dedicación más intensa a la investigación que le permita obtener las acreditaciones necesarias para transitar hacia figuras estables, ya sean laborales o funcionariales¹⁹. Pues bien, la LOSU eleva esta garantía a rango legal al prever en su art. 78 c) que “las Profesoras y Profesores Ayudantes Doctores desarrollarán tareas docentes hasta un máximo de 180 horas lectivas por curso académico, de forma que la actividad docente resulte compatible con el desarrollo de tareas de investigación para atender a los requerimientos para su futura acreditación”. Se trata de una previsión que, aunque razonable, por cuanto que rebaja de un máximo de 240 a 180 las horas lectivas por curso académico que corresponde impartir a este colectivo de profesores, todavía podría considerarse una cifra excesivamente elevada, teniendo en cuenta la fase de la carrera universitaria en la que los mismos se encuentran y, también, si la comparamos, por ejemplo, con las 100 horas lectivas previstas por la Ley de la Ciencia para el contrato de acceso de personal investigador doctor.

¹⁷ Sobre los usos abusivos de la figura de los Profesores Ayudantes Doctores vid. Moreno Gené, J., “A vueltas con la contratación irregular del profesorado universitario: el turno de los profesores ayudantes doctores de universidad. Comentario de la STS de 1 de julio de 2020”, *Revista de Derecho Social*, núm. 91, 2020. Vid. también, Moreno Gené, J., “Usos y abusos...” cit.

¹⁸ Vid. algunas críticas al respecto en Meañes Melón, E., “Novedades...” cit. p. 169.

¹⁹ Baylos Grau, A., “El personal docente e investigador contratado...” cit. p. 59, en relación con la regulación de la LOU ya defendía la fijación de estas limitaciones, al considerar que la limitación de su dedicación docente parece una garantía de progreso en su promoción profesional. Vid. también, González Ortega, S., “El personal adscrito a proyectos de investigación”, en Sempere Navarro, A.V. (Dir.), *El personal docente e investigador (PDI) laboral de centros universitarios*, Ediciones Laborum, Murcia, 2006, p. 139.

Dado el componente formativo del contrato de Profesor Ayudante Doctor, la contratación de estos profesores se formaliza con dedicación a tiempo completo, no siendo admisible su celebración a tiempo parcial, sin perjuicio, claro está, de los supuestos en que se proceda a reducir la jornada de trabajo en los supuestos legalmente admitidos²⁰.

Por el mismo carácter formativo de la figura del Profesor Ayudante Doctor esta modalidad contractual siempre ha tenido una duración temporal, la cual se concretaba en la redacción inicial de la LOU en una duración máxima de cuatro años, que se vio ampliada hasta cinco años tras la reforma operada por la LOMLOU. La fijación de esta duración máxima del contrato de cinco años, sin embargo, queda inmediatamente matizada por la previsión de que “el tiempo total de duración conjunta entre esta figura contractual y la figura de ayudante, en la misma o distinta universidad, no podrá exceder de ocho años”.

La LOSU mantiene este carácter temporal del contrato de Profesor Ayudante Doctor, pero procede a ampliar su duración máxima hasta los seis años (art. 78 e) LOSU). A tal efecto, no parece muy acorde con el carácter formativo de esta figura de profesorado la ampliación de la duración de este contrato hasta un máximo de seis años, uno más de los cinco previstos hasta el momento. Por lo demás, el art. 78 e) LOSU prevé que cuando este contrato se formalice con una persona con discapacidad, el mismo pueda alcanzar una duración máxima de ocho años teniendo en cuenta la finalidad y el grado de las limitaciones en la actividad.

No cabe duda que la suma de cuatro años de contrato predoctoral más seis años de contrato de Profesor Ayudante Doctor, aún supone un periodo excesivamente extenso del periodo formativo de los profesores universitarios, que parece responder más que a una finalidad formativa a la voluntad de alargar lo máximo posible la contratación temporal de este colectivo ya plenamente capacitado, antes de que pueda alcanzar una cierta estabilidad laboral. Recuérdese que, como se acaba de indicar, en la actualidad la suma de la duración de los contratos de Ayudante y Profesor Ayudante Doctor no puede exceder de ocho años.

Tal como prevé el art. 78 b) LOSU, transcurrida la duración máxima de dicha contratación de seis años, el Profesor Ayudante Doctor no podrá ser contratado nuevamente, ni en la misma ni en distinta universidad mediante la misma modalidad contractual, no en vano, cabe entender que agotada la duración máxima del contrato debe presumirse que ha terminado el período de formación. Para el cómputo de la duración máxima de este contrato, por tanto, deben tenerse en cuenta todos los

²⁰ Ya en relación con la regulación contenida en la LOU, Del Rey Guanter, S. y Martínez Fons, D., “El régimen jurídico del personal docente e investigador no funcionario tras la nueva legislación universitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2005, tras recordar que la causa formativa justifica la imposibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial bajo esta modalidad contractual, indicaban que ello no debe impedir la reducción de la jornada en los supuestos legalmente admitidos.

períodos de contratación como Profesor Ayudante Doctor en la misma o en otras universidades.

A pesar de que el apartado primero de la Disposición Transitoria Quinta LOSU establece con carácter general que “el personal docente e investigador con contrato de carácter temporal a la entrada en vigor de esta Ley permanecerá en su misma situación hasta la extinción del contrato y continuará siéndole de aplicación las normas específicas que correspondan a cada una de las modalidades contractuales vigentes en el momento en que se concertó su contrato”, en relación con los Profesores Ayudantes Doctores se prevé una importante salvedad, consistente en que aquellos que a la entrada en vigor de la LOSU estén contratados como Ayudantes Doctores y que, al finalizar su contrato, no hayan obtenido la acreditación para la figura de Profesor Permanente Laboral, se les prorrogará su contrato un año adicional. En consecuencia, estos profesores se beneficiarán de la duración de hasta un máximo de seis años que la LOSU contempla para los Profesores Ayudante Doctores, con lo que se dota a esta norma de ciertos efectos retroactivos en relación con la duración del contrato.

Transcurridos los tres primeros años del contrato de Profesor Ayudante Doctor, se prevé que la universidad realice una evaluación del desempeño de los Profesores Ayudantes Doctores. El objetivo de esta evaluación no será otro que el de valorar el progreso y la calidad de la actividad docente e investigadora y, en su caso, la transferencia e intercambio del conocimiento del profesorado, que deberán conducirlo a alcanzar los méritos requeridos para obtener la acreditación necesaria para concursar a una plaza de profesorado permanente una vez finalizado el contrato. En todo caso, se prevé de forma expresa que dicha causa no podrá ser causa de extinción del contrato. No cabe duda que esta evaluación prevista ahora por la LOSU a los tres años de vigencia del contrato, debe permitir valorar el progreso y calidad de la actividad desarrollada por estos profesores, de cara a alcanzar los méritos necesarios requeridos para obtener las acreditaciones que les permitan concursar a una plaza de profesorado permanente y, por tanto, para evaluar si se está cumpliendo la finalidad formativa última de esta figura de profesorado.

También, en relación con la duración de la contratación de los Profesores Ayudantes Doctores, el art. 78 e) LOSU contempla que el cómputo del plazo límite de duración del contrato y de su evaluación se interrumpirá en las situaciones de incapacidad temporal y en los periodos de tiempo dedicados al disfrute de permisos, licencias, flexibilidades horarias y excedencias por gestación, embarazo, nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, lactancia, riesgo durante la gestación, embarazo o lactancia, violencia de género y otras formas de violencia contra la mujer, así como por razones de conciliación o cuidado de familiares o personas dependientes”. Asimismo, se prevé que cuando dichas situaciones dieran lugar a la reducción de la jornada, el contrato se prorrogará por el tiempo equivalente a la jornada que se hubiera reducido.

La previsión de este amplio abanico de situaciones que comportan la interrupción del cómputo del plazo límite de duración del contrato y de su evaluación, así como de situaciones que justifican la prórroga del mismo deben valorarse de forma muy positiva, puesto que con estas previsiones se consigue que todas estas situaciones resulten inocuas para la carrera profesional del personal docente e investigador de las universidades y, muy especialmente, de las profesoras universitarias.

Finalmente, la LOSU sigue sin reconocer que, a la finalización del contrato de Profesor Ayudante Doctor por su cumplimiento, éstos tengan derecho a percibir indemnización alguna²¹. La ausencia de previsión al respecto resulta muy criticable, especialmente, si se tiene en cuenta que la reciente reforma de la Ley de la Ciencia sí ha previsto el derecho al percibo de indemnización en estos supuestos para el contrato de acceso de personal investigador doctor, con el que el contrato de Profesor Ayudante Doctor mantiene indudables paralelismos.

2.2.3. El Profesor Permanente Laboral como vía de acceso a la estabilidad laboral

La figura del Profesor Contratado Doctor constituyó, en su momento, una de las principales novedades introducidas por la LOU en la delimitación y en la propia conceptualización del profesorado universitario contratado, puesto que con la previsión de esta figura se incorporaba por primera vez una contratación laboral permanente o indefinida en la definición de la carrera universitaria²². Pese a ello, nunca ha resultado sencilla la determinación del lugar que debe ocupar el profesor contratado indefinido -Profesor Contratado Doctor- dentro del modelo de empleo público diseñado en la LOU para las universidades públicas y, en concreto, si con la aparición de esta figura se pretende incentivar o no una alternativa al modelo de empleo basado preferentemente en los cuerpos docentes universitarios.

Las mismas dudas se plantean ahora en relación con la figura que introduce el art. 82 de la LOSU de los Profesores Permanentes Laborales, no en vano, nos encontramos ante una regulación muy parca que impide conocer cuál será el papel

²¹ Sobre esta ausencia de indemnización vid. Moreno Gené, J., “La ausencia de indemnización a la finalización de los contratos de los investigadores y profesores universitarios: Fin del debate jurisprudencial, necesidad de nuevas soluciones: Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2019”, *Temas Laborales*, núm. 149, 2019.

²² En esta dirección, Nogueira López, A., *Régimen jurídico de la selección del profesorado universitario*, Madrid, Atelier, 2004, p. 78, indicaba que “quizás la novedad más significativa que introduce la LOU en cuanto a las categorías de profesorado es la creación de la figura del profesor contratado doctor (...) El profesorado contratado doctor es el claro exponente del giro que supone la LOU al crear, por primera vez, una figura de profesorado con vocación de estabilidad y plena capacidad docente e investigadora, no funcional”. En parecidos términos, Baylos Grau, A., “El personal docente e investigador...” cit. p. 52, sostenía que “se trata de la figura central en el modelo contractual del personal docente e investigador de las universidades”.

que está llamada a desempeñar esta modalidad contractual, más allá de ser la vía diseñada para alcanzar una cierta estabilidad laboral tras el paso por la figura de Profesor Ayudante Doctor. A tal efecto, cabe plantearse si esta figura se diseña como un destino final o, en cualquier caso, a largo plazo del profesor universitario paralelo a los cuerpos docentes o si, por el contrario, se trata de un eslabón más por el que habrá que transitar durante algún tiempo antes de acceder a la condición funcional como profesor de los cuerpos docentes²³.

En todo caso, lo que sí parece pretender la LOSU es equiparar lo máximo posible la figura del Profesor Permanente Laboral con el profesorado funcionario de los cuerpos docentes, fundamentalmente, con los Profesores Titulares de Universidad. A tal efecto, el art. 82 c) LOSU prevé de forma expresa que dicha figura dispondrá de “los derechos y deberes de carácter académico y categorías comparables a los del personal docente e investigador funcionario”²⁴. Pese a ello, esta equiparación no es plena y, por ejemplo, los Profesores Permanentes Laborales no pueden acceder a la condición de Rector (art. 51.1 LOSU).

Tras la reforma introducida por la LOMLOU se procedió a flexibilizar los requisitos exigidos inicialmente por la LOU para la contratación como Profesores Contratados Doctores, exigiéndose únicamente el Título de Doctor y la acreditación correspondiente. Estos requisitos se mantienen inalterados respecto a la figura del Profesor Permanente Laboral introducida por la LOSU, puesto que el art. 82 a) se limita a prever que “las universidades podrán contratar bajo esta modalidad a las personas que ostenten el título de doctora o doctor y que cuenten con la acreditación correspondiente”.

A tal efecto, la configuración que deba tener esta acreditación se encuentra regulada en el art. 85 LOSU, que a su vez se remite a los arts. 69.1, 69.2 a), b), c) y d) de la misma norma, reguladores de la acreditación estatal de acceso a los cuerpos docentes. En todo caso, la Disposición Transitoria Cuarta LOSU establece que la ANECA y las agencias de calidad autonómicas dispondrán de un período de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley para adaptar los criterios de la acreditación a la figura de Profesor Permanente Laboral, a la duración de la etapa inicial de la carrera académica que viene a establecer la LOSU. Hasta que no se articule este procedimiento de acreditación de Profesor Laboral Permanente, sin embargo, el apartado tercero de la Disposición Transitoria Tercera LOSU establece

²³ Rivera Sánchez, J.R., “Los contratos de trabajo...” cit. p. 42, constata que, con carácter general, la obtención de una plaza de los cuerpos docentes por parte del profesorado laboral se aprecia como una especie de “promoción” en su carrera profesional.

²⁴ Sobre las diferencias actualmente existentes entre Profesores Contratados Doctores -Profesores Agregados en la normativa catalana- y Profesores Titulares de Universidad vid. Burriel-Diosdado, P., “La figura del profesor/a agregado/a en las universidades catalanas: desigualdades y ¿discriminaciones?: La perpetuación de los roles de género”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 61, 2022.

que el procedimiento de acreditación para la figura de Profesorado Contratado Doctor continuará siendo aplicable. Asimismo, dada la proximidad entre la figura del Profesor Contratado Doctor y el Profesor Permanente Laboral, la Disposición Transitoria Tercera LOSU prevé que la acreditación vigente de Profesor Contratado Doctor será válida para la figura de Profesor Permanente Laboral.

Los Profesores Contratados Doctores previstos en la LOU son contratados para el desarrollo de tareas de docencia e investigación. Sin embargo, en este punto adquiere especial significación el énfasis que se hace en el art. 52 LOU respecto a la función investigadora de esta figura, cuando se indica que los Profesores Contratados Doctores lo serán para el desarrollo de tareas “prioritariamente de investigación”. El art. 82 b) LOSU, sin embargo, contiene una redacción muy parca respecto a las funciones que corresponden al Profesor Permanente Laboral, limitándose a prever que “la finalidad del contrato será desarrollar tareas docentes, de investigación, de transferencia e intercambio del conocimiento y, en su caso, el desempeño de funciones de gobierno de la universidad”. Como puede observarse, además de extenderse sus funciones a las que actualmente se esperan del profesorado universitario, se elimina cualquier referencia a la preferencia de la actividad investigadora, situándose todas las funciones en un cierto plano de igualdad. No hubiera estado de más que en esta fase de la carrera universitaria aún se hubieran priorizado de algún modo las tareas investigadoras frente a las docentes, de transferencia o de gestión. No cabe duda que se ha priorizado el interés de las universidades de que el profesorado atienda con mayor intensidad a estas últimas tareas.

La reforma de la figura del Profesorado Contratado Doctor contribuyó a solventar algunas de las lagunas normativas que planteaba la redacción inicial de la misma, estableciéndose de un modo expreso que este contrato debía formalizarse con carácter indefinido y con dedicación a tiempo completo, poniéndose fin de este modo a las heterogéneas regulaciones autonómicas existentes sobre estas materias, las cuales, a su vez, se reflejaban ineludiblemente en la negociación colectiva. El art. 82 c) LOSU mantiene estos caracteres respecto al contrato de Profesor Permanente Laboral, estableciéndose al respecto que dicho contrato será “fijo e indefinido” y conllevará una “dedicación a tiempo completo”. Si bien, en línea con lo que prevé el art. 75 LOSU respecto al profesorado de los cuerpos docentes, se prevé la posibilidad de que el contrato de Profesor Permanente Laboral pueda formalizarse a tiempo parcial a petición del interesado con los requisitos, condiciones y efectos establecidos reglamentariamente²⁵.

Diferentes normativas autonómicas se han esforzado en regular otros aspectos esenciales del régimen jurídico aplicable al Profesor Contratado Doctor y,

²⁵ Meaños Melón, E., “Novedades...” cit. p. 170, constata que esta previsión es fruto de la aproximación de las figuras funcionariales y laborales.

fundamentalmente, el diseño de su carrera profesional, estableciendo al efecto un verdadero derecho de promoción profesional de los mismos. De este modo, bajo distintas denominaciones, se han creado diferentes categorías o niveles profesionales por las que puede transitar el Profesorado Contratado Doctor, previa obtención de las correspondientes acreditaciones, que tienen indudables repercusiones en el plano retributivo. A tal efecto, nada impide esta diversificación interna de la figura por parte de las normas autonómicas si se respetan las exigencias de la LOU, habiéndose considerado al respecto que la “razonabilidad de las figuras y el hecho de que tengan en consideración los méritos y la antigüedad como factores a tener en cuenta en la progresión de una carrera profesional que se articula, pueden ser razones materiales suficientes para avalar su legalidad”²⁶. Nada lleva a pensar que la misma situación no se pueda reproducir respecto al Profesor Permanente Laboral y, en consecuencia, en relación con esta figura de profesorado, también las normativas autonómicas procedan a diseñar su carrera profesional, estableciendo al efecto un verdadero derecho de promoción profesional.

Habiendo venido la figura del Profesor Permanente Laboral a sustituir a la figura del Profesor Contratado Doctor, la LOSU ha tenido que prever el régimen jurídico aplicable a quienes en el momento de su entrada en vigor ostenten dicha condición. A tal efecto, la Disposición Transitoria Quinta de dicha norma establece que “los profesores y profesoras que, a la entrada en vigor de esta Ley, dispongan de un contrato de Profesor/a Contratado/a Doctor mantendrán los derechos y deberes recogidos en el contrato mencionado”. Asimismo, se prevé que “previa solicitud, los Profesores/as Contratados/as Doctores podrán integrarse en la modalidad de Profesores/as Permanentes Laborales, en las mismas plazas que ocupen, y computándose como fecha de ingreso la que tuvieran en la modalidad de origen”. A estas previsiones cabe añadir la recogida en el apartado quinto de la Disposición Transitoria Quinta LOSU, según la cual, “las universidades públicas promoverán concursos a plazas de Profesores/as Titulares de Universidad para el acceso a los Profesores/as Contratados/as Doctores/as que hayan conseguido la correspondiente acreditación a Profesor/a Titular de Universidad. Esta misma disposición será aplicable a los Profesores/as Contratados/as Doctores/as interinos/as”.

2.3. Modalidades contractuales del personal docente e investigador contratado dirigidas a satisfacer necesidades específicas

2.3.1. El Profesor Asociado

No cabe duda que nos encontramos ante la figura de profesorado que se ve más profundamente afectada por la LOSU y que, sin lugar a dudas, constituye la principal apuesta del legislador por reducir la temporalidad en las universidades

²⁶ Vid. González Ortega, S., “El régimen jurídico del personal...” cit. pp 141 y 142.

públicas en favor de la contratación indefinida del profesorado, al tiempo que se pretende combatir el uso abusivo que se viene haciendo de esta figura. A tal efecto, la nueva regulación parece querer incorporar los criterios que la doctrina del Tribunal Supremo había empleado para diferenciar entre los usos legítimos e ilegítimos de esta figura de profesorado²⁷.

Como es bien conocido, nos encontramos ante una figura ya clásica en el ámbito universitario, que constituye el puente entre la universidad, en especial la docencia y la investigación que en la misma se realiza, y el mundo profesional que se desenvuelve de forma preferente fuera de la misma. Con esta finalidad, el art. 53 LOU prevé que los Profesores Asociados deberán ser contratados entre especialistas de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad profesional fuera del ámbito académico universitario. En esta misma línea, el art. 79 a) LOSU reitera la previsión de que las universidades podrán contratar bajo esta modalidad a especialistas y profesionales de reconocida competencia que acrediten ejercer su actividad principal fuera del ámbito académico universitario. En este punto, se mantiene el alcance de este requisito fijado en su momento por la LOMLOU que vino a matizar la redacción inicial de la LOU, que exigía que se acreditara el ejercicio de la actividad profesional fuera de la universidad. Con esta previsión se da cabida dentro de esta figura de profesorado a profesionales que pese a desarrollar su actividad en la universidad, lo hacen en funciones ajenas al ámbito académico universitario.

Como novedad, el art. 79 a) LOSU vincula la contratación de Profesores Asociados a “cuando existan necesidades docentes específicas relacionadas con su ámbito profesional”. De este modo, se viene a recoger la doctrina del Tribunal Supremo elaborada al respecto que había considerado que no era suficiente con que el Profesor Asociado ejerciera una actividad profesional ajena al ámbito universitario, sino que, además, era totalmente necesario que la actividad docente encomendada al Profesor Asociado se encontrara relacionada con la actividad profesional que el mismo desempeñaba fuera del ámbito universitario.

²⁷ Sobre esta doctrina del Tribunal Supremo vid., entre otros, Luján Alcaraz, J., “La temporalidad “permanente” del profesorado universitario en régimen laboral”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017, Menéndez Sebastián, P., “El falso profesor universitario asociado. Por fin el gato tiene cascabel”, *Trabajo y Derecho*, núm. 33, 2017 y Moreno Gené, J., “El uso y abuso de la contratación temporal del profesorado universitario: ¿el fin del “estado de excepción laboral” en las universidades públicas? A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2017”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 46, 2017, Moreno Gené, J., “Los profesores asociados “permanentes” de universidad y su peculiar encaje en la normativa laboral. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2018”, *Temas Laborales*, núm. 143, 2018, Moreno Gené, J., “Un nuevo paso en la delimitación de la figura de los profesores asociados de universidad (STS de 28 de enero de 2019)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019 y Rodríguez Escanciano, S., “Despido improcedente de un profesor asociado universitario que ha venido actuando como “comodín-corretornos” en la impartición de la docencia”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4, 2022.

La necesaria relación que debe existir entre la actividad principal del Profesor Asociado y las necesidades docentes específicas a satisfacer por el mismo se ve potenciada con la delimitación tanto positiva como negativa de las tareas que corresponde desarrollar e estos profesores y que refuerza la regulación contenida ahora en la LOSU. A tal efecto, el art. 79 b) LOSU sigue fijando como finalidad de la figura de Profesor Asociado la de desarrollar tareas docentes a través de las que aporten sus conocimientos y experiencias profesionales a la universidad, pero la refuerza al establecer que esta docencia deberá impartirse en aquellas materias en las que esta experiencia resulte relevante, lo que sin lugar a dudas comporta un plus en la exigencia de una relación directa entre la actividad principal del Profesor Asociado y las concretas necesidades docentes a satisfacer por el mismo. En esta misma dirección, el citado precepto excluye de forma expresa la posibilidad de que los profesores puedan desarrollar funciones estructurales de gestión y coordinación. Pese a la indudable mejora normativa que introduce la LOSU en este punto, aún se plantea una gran dificultad a la hora de discernir si la contratación de un Profesor Asociado responde plenamente a los fines e intereses previstos por la normativa universitaria, o si, por el contrario, se está acudiendo a esta figura para satisfacer necesidades estructurales de la universidad, especialmente, en un contexto tan acuciante como el actual de falta de personal en las universidades públicas²⁸.

En cualquier caso, las tareas docentes máximas a desarrollar por el Profesor Asociado se ven sensiblemente reducidas en relación con la situación actual, al pasar de un máximo de 180 horas lectivas (18 créditos) por curso académico a las 120 horas lectivas (12 créditos) previstas ahora por la LOSU. Sin duda, se trata de una carga docente mucho más adecuada con la situación de un profesor que compagina esta actividad con otra actividad principal.

El cambio más sorpresivo y radical introducido por la LOSU en cuanto a la regulación de la figura del Profesor Asociado consiste, sin lugar a dudas, en su nueva configuración como un contrato de carácter indefinido. En este punto, cabe recordar que la LOU establecía de forma expresa la naturaleza temporal de esta modalidad contractual. Se trata de la principal medida introducida por la LOSU para reducir las inaceptables tasas de temporalidad que actualmente sufre el personal docente e investigador contratado de las universidades públicas y dar cumplimiento de ese modo al objetivo tan ambicioso previsto por la norma de alcanzar un porcentaje máximo del 8 por ciento de contratación temporal, no en vano, se trata de un colectivo que supera los 25.000 efectivos²⁹.

²⁸ A tal efecto, Meañes Melón, E., “Novedades...” cit. p. 172, constata que no se dice nada sobre que no se pueda impartir docencia en materias consideradas estructurales, algo que en algunas sentencias se había considerado como el elemento determinante para indicar que no se estaba en presencia de profesorado asociado.

²⁹ Un análisis cuantitativo y cualitativo de este colectivo de profesores en Herranz, A. y Sacristán, V., *Profesorado Asociado: ¿experiencia profesional o precarización? Análisis de*

Para poder sortear las importantes restricciones presupuestarias existentes para la incorporación de nuevo personal indefinido en el sector público, así como también, las “trabas burocráticas” que se deben satisfacer y que podrían dificultar y ralentizar enormemente la contratación de los Profesores Asociados, el art. 79 c) LOSU contempla dos previsiones específicas: en primer lugar, se establece que la convocatoria de estas plazas no estará sujeta a la tasa de reposición de efectivos, y, en segundo lugar, que estas contrataciones no formarán parte de la Oferta de Empleo Público ni de los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el art. 70 EBEP. Con ambas previsiones se pretenden habilitar los instrumentos necesarios para poder proceder a la contratación de Profesores Asociados, mediante procedimientos ágiles que, sin merma de las irrenunciables garantías de igualdad, mérito y capacidad, permitan la contratación laboral indefinida del personal que resulte preciso para abordar las necesidades docentes de las universidades públicas, habilitándose la posibilidad de suscribir tales contratos mediante un sistema inspirado en la celeridad administrativa y no sujeto, en consecuencia, a las limitaciones propias de la Oferta de Empleo Público ni a los instrumentos similares de gestión de las necesidades de personal a que se refiere el art. 70 EBEP, y sin limitar su convocatoria por la masa salarial del personal laboral.

La configuración del contrato de Profesor Asociado como un contrato indefinido, sin embargo, plantea la cuestión de identificar los supuestos que justifican su extinción y, en su caso, cuál es el procedimiento a seguir para ello. En este punto, el art. 79 d) LOSU únicamente recoge un supuesto muy específico de extinción del contrato para el supuesto en que acontece la pérdida sobrevenida de cualquiera de los requisitos exigidos para la contratación como Profesor Asociado. Aunque la norma no lo indique de forma expresa, para este supuesto deberá acudir a la extinción del contrato por causas objetivas y, en concreto, a la derivada de ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida (art. 52 a) ET). En todo caso, para el supuesto de cese en la actividad principal, se establece de forma expresa que la finalización del contrato se producirá una vez concluya el curso académico.

Nada se prevé, por el contrario, sobre otros posibles supuestos de extinción del contrato de Profesor Asociado y, en particular, en aquellos supuestos en que desaparecen, por las más diversas razones, las necesidades docentes que habían motivado su contratación. En estos supuestos parece que lo más razonable sería acudir a los despidos objetivos previstos con carácter general en los arts. 51 y 52 ET, que no necesariamente deben quedar vedados en las Administraciones Públicas tras la derogación de la Disposición Adicional Decimosexta del Estatuto de los Trabajadores, dada la remisión genérica que el art. 7 EBEP efectúa a la legislación laboral. Una solución contraria, que abogara por la prohibición de despedir por

la evaluación del profesorado asociado de las universidades públicas españolas, 2009-2019, Observatorio del Sistema Universitario, 2020.

estas causas limitaría mucho las herramientas de que disponen las universidades públicas para poder afrontar las diferentes situaciones que pueden plantearse, puesto que a la prohibición de despedir por esta causa, se sumaría la prohibición, ya existente, de aplicar la suspensión y reducción por causas empresariales a las Administraciones Públicas³⁰.

Al introducir la LOSU un cambio tan radical en la configuración de la figura del Profesor Asociado, debe abordar en profundidad la situación de todos aquellos Profesores Asociados con contrato vigente en el momento que dicha norma entre en vigor. El punto de partida lo constituye la previsión general recogida en la Disposición Adicional Quinta LOSU, en virtud de la cual, “el personal docente e investigador con contrato de carácter temporal a la entrada en vigor de esta Ley permanecerá en su misma situación hasta la extinción del contrato y continuará siéndole de aplicación las normas específicas que correspondan a cada una de las modalidades contractuales vigente en el momento en que se concertó su contrato de trabajo”.

A ello cabe añadir la previsión recogida en la Disposición Transitoria Séptima LOSU que contempla un proceso de estabilización de determinadas plazas de Profesores Asociados, en virtud de la cual “antes del 31 de diciembre de 2024 y conforme a lo establecido por la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, las universidades públicas deberán articular procesos de estabilización de aquellas plazas de Profesores Asociados que cumplan con las condiciones del artículo 79 b) de la presente Ley. El sistema de selección en estos procesos será el de concurso garantizando los principios de igualdad, mérito, capacidad, publicidad y concurrencia, con las particularidades recogidas en el artículo 86.2 de esta Ley. Estas plazas no computarán en la tasa de reposición de efectivos. De la resolución de estos procesos no podrá resultar, en ningún caso, incremento de efectivos”. A tal efecto, cabe tener en cuenta que el art. 86.2 LOSU prevé que la selección de los Profesores Asociados se realizará mediante la evaluación de los méritos de las personas candidatas por una comisión compuesta por miembros de la universidad.

Para concluir la regulación de la figura del Profesor Asociado, como viene siendo habitual, se deja al margen de la regulación general de esta figura de profesores universitarios a la figura de los Profesores Asociados vinculados a instituciones sanitarias. A tal efecto, el art. 79 e) LOSU establece que “la dedicación establecida en el apartado b) no será de aplicación respecto del Profesorado Asociado cuya plaza y nombramiento traigan causa del artículo ciento cinco.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad”. Asimismo, se establece que

³⁰ Vid. Ramos Moragues, F., “Incidencia de la reforma laboral en el empleo público”, *Labos*, vol.3, número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, p. 155. Vid. también, Desdentado Daroca, E., “La temporalidad en el empleo público laboral y las últimas reformas legislativas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022, p. 178.

“las peculiaridades de duración de sus contratos se regularán por las autoridades competentes”³¹.

2.3.2. *El Profesor Sustituto*

Con la aprobación de la LOMLOU se pasó a admitir de forma expresa que las universidades públicas pudieran contratar personal docente e investigador en régimen laboral “mediante las modalidades previstas en el Estatuto de los Trabajadores para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo”. A partir de esta previsión, ya no cabía duda de que se admitía la contratación de personal docente e investigador mediante el contrato de interinidad -actual contrato por sustitución-, previsto en el art. 15 c) ET. Sin embargo y como consecuencia del confuso enunciado que contiene el art. 48 LOU, que se refiere exclusivamente a la contratación de personal para la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, aún podía plantearse la duda de si se admitía también la celebración del contrato de interinidad -actual contrato por sustitución- para satisfacer la segunda de las necesidades que se pretenden cubrir con esta modalidad contractual, a saber, cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva, si bien, la normativa autonómica y los convenios colectivos rápidamente se inclinaron por admitir ambas posibilidades, al prever que el Profesor Sustituto de docencia pudiera ser contratado tanto con el objeto de sustituir la actividad de un profesor con derecho a reserva del puesto de trabajo, como para cubrir la actividad correspondiente a una plaza pendiente de concurso hasta la realización del mismo³².

Pese a la utilidad que *a priori* supuso la admisión expresa de esta modalidad contractual en el ámbito de las universidades públicas, la misma siguió planteando algunas disfunciones en el ámbito académico universitario de difícil solución³³, lo cual motivó que en los supuestos de sustitución de profesores con derecho de reserva de su puesto de trabajo o de cobertura de vacantes, la opción más empleada por las universidades públicas acabara siendo el recurso al contrato de Profesor Asociado a tiempo parcial, si bien, tampoco han faltado normativas autonómicas y convenios colectivos que ya habían anticipado la creación de la figura del Profesor Sustituto que ahora incorpora con carácter general la LOSU³⁴.

³¹ Vid. art. 79 e) LOSU y apartado 3 del art. 105 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

³² Vid. Moreno Gené, J., “Balance de diez años de negociación colectiva del PDI laboral de las universidades públicas”, en *XI y XII Seminarios sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018.

³³ Por todos estos problemas, Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores en el ámbito de la investigación”, en Ballester Laguna, F. (Coord.): *El Estatuto profesional...* cit. p. 152, ya reclamaba una intervención del legislador en este punto.

³⁴ A tal efecto, Meañes Melón, E., “Novedades...” cit. p. 172, indica que esta figura ya se contemplaba en la legislación autonómica y en convenios colectivos. Vid. también, Carmona

Con la voluntad de poner coto a este uso inapropiado del contrato de Profesor Asociado a tiempo parcial y de resolver algunas de las dificultades que había planteado en el marco de las universidades públicas el recurso al contrato de interinidad, actual contrato por sustitución, el art. 80 LOSU se aparta en este punto de lo previsto por la LOU, por cuanto que no acude al actual contrato por sustitución previsto y regulado en el art. 15 ET, sino que, por el contrario, prevé una figura de profesorado destinada específicamente a cubrir las necesidades con las que se pueden encontrar las universidades públicas de sustituir a sus profesores.

En este punto, el art. 80 LOSU contiene dos apartados diferenciados que se ajustarían, más o menos, a las tradicionales causas de interinidad, a saber, la sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo (apartado primero) y la contratación de profesorado para cubrir un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva (apartado segundo).

Respecto a la primera posibilidad de sustitución, el art. 80.1 LOSU establece que podrá acudir a la figura de Profesor Sustituto para “la contratación de profesorado para sustituir al personal docente e investigador con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspenda temporalmente la prestación de sus servicios por aplicación del régimen de permisos, licencias o situaciones administrativas, incluidas las bajas médicas de larga duración, distintas a la de servicio activo o que impliquen una reducción de su actividad docente”. Del redactado de este precepto parecen deducirse diferentes situaciones susceptibles de ser cubiertas a través de la nueva figura del Profesor Sustituto: a) la sustitución de profesores con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspendan temporalmente la prestación de sus servicios por diferentes causas -permisos, licencias o situaciones administrativas, incluidas las bajas médicas de larga duración-, y b) la sustitución de profesores que vean reducida su actividad docente.

Ninguna novedad presenta la posibilidad de acudir a la figura del Profesor Sustituto para sustituir a aquellos profesores con derecho a reserva de puesto de trabajo que suspendan temporalmente la prestación de sus servicios por diferentes causas, puesto que estos supuestos ya quedaban perfectamente cubiertos con el recurso al contrato de interinidad, hoy contrato por sustitución. Por el contrario, sí supone una novedad la posibilidad de sustituir profesores que vean reducida su actividad docente, puesto que esta posibilidad no encajaba en esta modalidad contractual prevista en el art. 15 ET, puesto que en estos supuestos de reducciones docentes no se suspende el contrato de trabajo, ni tan siquiera tiene lugar una reducción de la jornada laboral.

Paredes, R., “La regulación convencional del contrato de interinidad en la Universidad: El profesorado sustituto”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, núm. 3, 2017, pp. 53 y ss.

A tal efecto, cabe recordar que el régimen jurídico de profesorado universitario permite efectuar reducciones, e incluso exenciones, en la carga lectiva que le corresponde como consecuencia, entre otras causas, del desempeño de determinados cargos académicos. En estos supuestos, lógicamente, únicamente es necesaria la sustitución de este profesor en relación con las funciones docentes de las que se ha visto eximido. Esta situación choca con la normativa reguladora del contrato de interinidad, actual contrato por sustitución y, en particular, con lo relativo al régimen de dedicación, a jornada completa o a tiempo parcial, con el que esta modalidad contractual debe formalizarse, por lo que se había propuesto que se permitiera la celebración de un contrato de interinidad a tiempo parcial cuando la sustitución de un profesor se limitara exclusivamente a las funciones docentes del mismo, sin inclusión de otras tareas que el mismo pudiera tener encomendadas, ya fueran de investigación o de gestión³⁵. Con la nueva figura del Profesor Sustituto parece que se admitiría de forma expresa la posibilidad de contratar a dicho profesor para sustituir exclusivamente la reducción docente de la que disfruta otro profesor de la universidad.

Por lo que respecta al régimen jurídico de estas contrataciones de Profesores Sustitutos, el art. 80.1 LOSU lleva a cabo una remisión expresa a lo previsto por la normativa general aplicable a estos supuestos, al tiempo que establece las siguientes peculiaridades:

- a) La selección del profesorado sustituto se producirá mediante los procedimientos de concurso público aplicables, pudiendo las universidades establecer una bolsa de empleo para su cobertura. No cabe duda que esta última previsión puede ser muy útil para agilizar las coberturas de vacantes que, normalmente, se producen de un modo súbito y sin que haya conocimiento previo por parte de las universidades.
- b) El contrato comprenderá la actividad docente lectiva y no lectiva y no podrá superar la asignada a los profesores sustituidos. A diferencia de borradores anteriores, la redacción actual del art. 80.1 b) LOSU no contempla ninguna limitación al número de horas lectivas que puede impartir el Profesor Sustituto, de modo que podrán ser tantas como las que correspondían al profesor sustituido. Asimismo, también se prevé que la actividad del Profesor Sustituto no podrá extenderse a actividades universitarias de otra naturaleza que también pueda desarrollar el profesor sustituido, como son las de investigación o el desempeño de funciones estructurales de gestión

³⁵ Vid. García Mella, D.M., “Contratos de sustitución en el ámbito docente universitario”, en Sempere Navarro, A.V., (Dir.), *El personal docente e investigador...* pp. 149 a 151. En la misma dirección, Cairós Barreto, D.M., “El régimen jurídico del personal docente e investigador laboral de las universidades públicas”, Comunicación presentada al *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Badajoz, 29-30 de mayo de 2008, p. 11.

y coordinación, salvo que tengan directa relación con la actividad docente. Ambas previsiones parecen plenamente acertadas. La primera se dirige a garantizar que el Profesor Sustituto únicamente asuma las obligaciones docentes asignadas al profesor sustituido y que no se utilice esta figura para satisfacer otras necesidades docentes que por otros motivos puedan tener las universidades públicas. Y, la segunda previsión, resulta plenamente lógica, puesto que, a pesar de que con carácter general el profesor universitario realiza durante su jornada de trabajo funciones de docencia, de investigación y, en su caso, de transferencia y de gestión, el mismo únicamente puede ser sustituido por otro profesor en sus labores docentes, puesto que el resto tienen un eminente carácter personal.

- c) La duración del contrato, incluidas sus renovaciones o prórrogas, se corresponderá con la de la causa objetiva que lo justificó y nunca podrá ser superior a tres años. La vinculación entre la duración del contrato y la causa objetiva que lo justifica parece totalmente acertada, puesto que lo lógico es que mientras se mantenga dicha causa, exista la necesidad de la sustitución. Con esta previsión parece cerrarse la puerta a una práctica muy extendida de limitar la duración de los contratos de sustitución de profesores al periodo lectivo, terminando la vigencia del contrato con el mismo, aunque el trabajador sustituido no se haya reincorporado aún a su puesto de trabajo³⁶. Por otra parte, la previsión de que la duración de este contrato en ningún caso pueda ser superior a tres años, constituye una medida restrictiva de la temporalidad que cabe enmarcar en el contexto actual de lucha contra el uso abusivo de los interinos por parte de las diferentes Administraciones Públicas. Ahora bien, ello plantea la duda de qué sucederá cuando el derecho de reserva del puesto de trabajo de la personal sustituida sea superior a esta duración de tres años y, en particular, si se deberá cesar a la persona sustituta y contratar a una nuevo Profesor Sustituto³⁷.

Más parca resulta aún la regulación de la segunda posibilidad de sustitución que se contempla en el apartado segundo del art. 80.1 LOU, no en vano, dicho precepto se limita a prever que “la contratación de profesorado para cubrir temporalmente un puesto de trabajo hasta que finalice el proceso de selección para su cobertura definitiva se realizará de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en los términos establecidos en la Ley 20/2021,

³⁶ González Ortega, S., “El régimen jurídico del personal...” cit. p. 155, sin embargo, considera que, en estos supuestos, si el empresario especifica que el contrato de interinidad se suscribe sólo para realizar tareas docentes, lo que considera como una “selección aceptable, e incluso razonable, del objeto del contrato”, el contrato de interinidad que se inicie y finalice con el período lectivo será legal.

³⁷ Vid. Meañes Melón, E., “Novedades...” cit. pp. 172 y 173.

de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público”.

Por lo demás, nada indica la LOSU sobre la titulación y los requisitos exigidos para la contratación del Profesor Sustituto³⁸. A tal efecto, se pueden plantear la mismas dudas en torno a la exigencia o no de que el sustituto deba satisfacer los requisitos de acceso a la plaza del Profesor Sustituido, en particular, los relativos a titulaciones, acreditaciones, etcétera³⁹. En caso de dar una respuesta afirmativa a esta cuestión, no siempre va a resultar fácil encontrar sustitutos que cumplan con estos requerimientos, a veces muy exigentes.

2.3.3. *El Profesor Visitante*

La reforma introducida por la LOMLOU, pese a reproducir en lo esencial los requisitos subjetivos exigidos por la LOU para proceder a la contratación de Profesores Visitantes, a saber, que se tratara de profesores o investigadores de reconocido prestigio de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, vino a completar el régimen jurídico aplicable a esta figura contractual, en especial, en lo relativo a la finalidad del contrato, que actualmente se circunscribe al desarrollo tanto de tareas docentes como investigadoras a través de las que se aporten los conocimientos y la experiencia docente e investigadora de los indicados profesores a la universidad.

El art. 83 LOSU insiste en esta idea, si bien, parece que se quiera flexibilizar un poco el perfil exigido para la contratación como Profesores Visitantes, no en vano, pese a seguir exigiéndose que se trate de docentes e investigadores de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, ya no es exigido que sean de “reconocido prestigio” como se preveía anteriormente, sino que los mismos “puedan contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios” (art. 83.1 LOSU). Por lo demás, la finalidad que se persigue con esta figura de profesorado se concreta en “desarrollar tareas docentes y/o investigadoras, así como, en su caso, de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación, en la especialidad en la que la persona contratada haya destacado” (art. 83.2).

La finalidad perseguida por esta modalidad contractual se vincula de este modo a los requisitos previstos para su formalización, puesto que es precisamente el hecho de que estos profesores o investigadores de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, “puedan contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios”, lo que justifica que su contratación por parte de una universidad tenga por finalidad que los mismos

³⁸ Vid. también, Meañes Melón, E., “Novedades...” cit. p. 172.

³⁹ Vid. sobre esta cuestión Ballester Laguna, F., “Las modalidades contractuales...” cit. p. 153.

desarrollen tareas docentes y/o investigadoras, así como, en su caso, de transferencia e intercambio e innovación, “en la especialidad en que la persona contratada haya destacado”. No cabe duda que con ello se pretende que estos profesores aporten sus conocimientos y su experiencia docente e investigadora de excelencia que se les presupone.

De conformidad con este diseño de la figura de los Profesores Visitantes, los mismos se configuran como el mejor instrumento para la consecución del objetivo de internacionalización de la universidad mediante la contratación de investigadores extranjeros, así como también, como un medio útil para fomentar la movilidad del profesorado y los investigadores entre las diferentes universidades españolas⁴⁰.

De acuerdo con las finalidades de esta modalidad contractual, el art. 83 c) LOSU regula la duración del contrato y el régimen de dedicación de los Profesores Visitantes. Por lo que respecta a la duración, se fija una duración máxima de dos años, improrrogable y no renovable, poniendo fin a la previsión anteriormente contenida en la LOU que preveía que esta modalidad contractual debía ser en todo caso temporal, pero según el acuerdo alcanzado entre las partes, lo que posibilitaba un uso abusivo y/o desviado de esta modalidad contractual, al posibilitar que el Profesor Visitante pudiera permanecer por tiempo indeterminado en esta situación, cubriendo necesidades docentes e investigadoras de carácter permanente.

La previsión de una duración máxima del contrato de Profesor Visitante ha hecho necesario prever que sucederá con los contratos formalizados de conformidad con la LOU. A tal efecto, a pesar de que como ocurre con todas las figuras de personal docente e investigador con contrato de carácter temporal, se establece que a la entrada en vigor de la LOSU los Profesores Visitantes permanecerán en la misma situación hasta la extinción de sus contratos, continuando siéndoles de aplicación las normas específicas que correspondan a cada una de las modalidades contractuales vigentes en el momento de formalización del contrato, también se indica de forma expresa que la duración de estos contratos no podrá superar los dos años desde la entrada en vigor de la LOSU.

Por el contrario, respecto al régimen de dedicación se mantiene la misma regulación prevista en la LOU al posibilitarse que la misma pueda ser a tiempo parcial o completo, según acuerden las partes, sin que se establezca ningún límite de actividad docente al respecto, pudiendo alcanzar, por tanto, hasta las 240 horas lectivas anuales⁴¹.

A pesar de lo clara que es la causa de esta figura de profesorado universitario las universidades públicas, en ocasiones, han hecho un uso fraudulento de esta

⁴⁰ Vid. Rivera Sánchez, J.R., “Los contratos de trabajo del personal docente...” cit. p. 51.

⁴¹ Vid. Meaños Melón, E., “Novedades...” cit. p. 173.

modalidad contractual, habiendo acudido a la misma para satisfacer necesidades distintas a las previstas por este contrato⁴². No cabe duda que con la nueva configuración del Profesor Visitante que se recoge en el art. 83 LOSU estos riesgos siguen presentes, puesto que la norma sigue exigiendo que, en todo caso, se trate de “docentes e investigadoras o investigadores de otras universidades y centros de investigación, tanto españoles como extranjeros, que puedan contribuir significativamente al desempeño de los centros universitarios”. No cabe duda que el incumplimiento de estos requerimientos, especialmente, cuando el profesor procede de la misma universidad contratante, seguirá comportando que la contratación sea considerada en fraude de ley con los efectos jurídicos que de dicha declaración se derivan.

2.3.4. El Profesor Distinguido

La inclusión de la figura del Profesor Distinguido entre las modalidades de contratación específicas del ámbito universitario previstas en la LOSU constituye una novedad respecto a la LOU que no contempla esta modalidad contractual. A tal efecto, la LOSU ha querido incorporar al ámbito docente una figura ya existente en el ámbito de la investigación como es la del Investigador Distinguido y a la que, por otra parte, ya pueden acudir las propias universidades públicas, por cuanto que se encuentra entre las modalidades contractuales previstas y reguladas por la Ley de la Ciencia (art. 77.1 LOSU). En consecuencia, tras la aprobación de la LOSU las universidades públicas podrán acudir tanto a la figura de los Profesores Distinguidos, ahora incorporada por el artículo art. 84 de dicha norma, como a la figura de los Investigadores Distinguidos, prevista en el art. 23 de la Ley de la Ciencia⁴³.

Pese a la novedad que constituye esta figura de profesorado universitario, el art. 84 LOSU contiene muy pocas previsiones sobre el régimen jurídico aplicable a esta modalidad contractual.

En primer lugar, el art. 84 a) LOSU establece que “las universidades, de acuerdo con sus Estatutos y los procedimientos de selección que establezcan, podrán contratar bajo esta modalidad a docentes e investigadoras e investigadores, tanto españoles como extranjeros, que estén desarrollando su carrera académica o investigadora en el extranjero, y cuya excelencia y contribución científica, tecnológica, humanística o artística, sean significativas y reconocidas

⁴² Sobre los usos abusivos de esta figura en la universidad vid. Moreno Gené, J., “Tras los “falsos profesores asociados”, los no menos “falsos profesores visitantes”: suma y sigue en la contratación irregular del profesorado universitario”, *IUSLabor*, núm. 2, 2018. Vid. también, Moreno Gené, J., “Usos y abusos...” cit.

⁴³ Un análisis de esta figura en Moreno Gené, J., “La nueva regulación de los contratos laborales específicos del personal investigador”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, En prensa.

internacionalmente”. Con esta previsión, la LOSU opta por diseñar una modalidad específica de contrato de trabajo para satisfacer la finalidad de captación de talento y de internacionalización de la universidad española⁴⁴.

En segundo lugar, el art. 84 b) LOSU identifica la finalidad de esta modalidad contractual, estableciendo que la misma “será desarrollar tareas docentes, investigadoras, de transferencia e intercambio del conocimiento, de innovación o de dirección de grupos, centros de investigación y programas científicos y tecnológicos singulares”. Aquí se encuentra la principal diferenciación entre la figura del Profesor Distinguido y la del Investigador Distinguido, por cuanto que al tratarse de una figura de profesorado se concede mayor importancia a la docencia, como lo prueba el hecho de que se prevea que los mismos pueden desarrollar tareas docentes por una extensión máxima de 180 horas lectivas por curso académico (18 créditos) frente al máximo de 100 horas lectivas (10 créditos) que se asignan como máximo al Investigador Distinguido.

Finalmente, el art. 84.a) *in fine* LOSU establece que la duración y condiciones de la figura del Profesor Distinguido se determinarán de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de la Ciencia para la figura del Investigador Distinguido. En este punto, cabe poner de manifiesto que en esta regulación se deja a la autonomía de la voluntad la concreción de aspectos tan esenciales para el desarrollo de la relación laboral como son la duración del contrato y la determinación de los tiempos de trabajo y de descanso.

2.3.5. El Profesor Emérito

El art. 81 a) LOSU reproduce en lo esencial la regulación contenida en la LOU al establecer que “las universidades, de acuerdo con sus Estatutos, podrán nombrar a Profesoras y Profesores Eméritos entre el personal docente e investigador funcionario o laboral que haya prestado servicios destacados en el ámbito docente, de investigación o de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación en la misma universidad”. Como puede observarse, se mantiene la confusa expresión de “nombrar” en lugar de “contratar”, lo que plantea la duda de si estos profesores deben computar o no en el porcentaje del 8 por ciento como máximo de contratación temporal prevista por la LOSU⁴⁵. Por lo demás, se especifica que los servicios “destacados” prestados a la universidad pueden serlo tanto en el ámbito docente, de investigación o de transferencia e intercambio del conocimiento e innovación. Sin embargo, nada se indica en la ley sobre qué debe entenderse y cómo debe acreditarse esta circunstancia.

⁴⁴ Vid. Meaños Melón, E., “Novedades...” cit. p. 174.

⁴⁵ Vid. las mismas dudas en Meaños Melón, E., “Novedades...” cit. p. 173.

De conformidad con lo previsto por el art. 81 b) LOSU, la finalidad de esta figura de profesorado será la de “contribuir desde su experiencia a mejorar la docencia e impulsar la investigación y transferencia e intercambio del conocimiento e innovación”. En consecuencia, con la figura de los Profesores Eméritos se pretende preservar para el patrimonio de la universidad los conocimientos y las experiencias de aquellos profesores universitarios que por haber alcanzado la edad de jubilación deben abandonar la actividad universitaria que han desarrollado hasta el momento⁴⁶.

Más allá de estas indicaciones, nada se especifica en la LOSU sobre el régimen jurídico de esta figura de profesorado, limitándose a prever el art. 81 c) de dicha norma que “los requisitos de desempeño y acceso a esta modalidad, así como las funciones que podrá desempeñar serán definidos por cada universidad”. En definitiva, pese a la previsión de esta figura que se contiene en la LOSU, dicha norma no incorpora una regulación mínima de la misma, sino que deja un amplio margen de actuación a los Estatutos de las diferentes universidades para que la perfilen.

2.4. Los mecanismos de adaptación previstos por la LOSU para determinadas figuras de personal docente e investigador

Los cambios introducidos por la LOSU en las modalidades de contratación laboral específicas del ámbito universitario vienen acompañados de diferentes medidas dirigidas a favorecer la carrera universitaria y, en consecuencia, la estabilización laboral, de aquellos profesores vinculados con la universidad esencialmente a través de contratos temporales. A tal efecto, la Disposición Transitoria Octava LOSU contempla diferentes mecanismos de adaptación para determinadas figuras de personal docente e investigador.

Estos mecanismos, sin embargo, se encuentran condicionados, no en vano, se prevé que los mismos se puedan poner en marcha en función de la implementación del plan de incremento del gasto público en educación para el periodo previsto en el art. 155.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo y siempre que las universidades tengan más de un 20 por ciento de su plantilla docente, computada en efectivos, con contratos laborales de Profesores Sustitutos, de Profesores Visitantes, Profesores Distinguidos y de Profesores Asociados, excluyendo al profesorado asociado de Ciencias de la Salud.

Si se cumplen los requerimientos exigidos, se prevé que las universidades públicas puedan implementar los siguientes mecanismos de adaptación:

- a) Establecer como mérito preferente, en los concursos de acceso a las plazas de Ayudante Doctor o figuras equivalentes de la normativa autonómica,

⁴⁶ Vid. San Martín Rodríguez, J., *El carácter laboral del profesor...* cit. p. 38.

haber desempeñado en la fecha de la publicación de la convocatoria actividades docentes en universidades públicas españolas durante al menos cinco cursos académicos de los últimos siete años a través de los contratos de profesorado asociado u otros contratos de duración igual o inferior a un año previstos en la LOU. Corresponderá a las universidades determinar el número de plazas sometidas a este régimen y deberán vincularse a los departamentos o centros que superen dicho porcentaje.

- b) Fomentar las modalidades de contrato predoctoral para docentes no doctores que hayan estado vinculados a la universidad al menos cinco cursos académicos de los últimos siete años a través de los contratos de Profesor Asociado u otros contratos de duración igual o inferior a un año previstos en la LOU.
- c) Establecer un programa de promoción interna a Profesorado Permanente Laboral o figuras equivalentes en la normativa autonómica para quienes, estando contratados con carácter indefinido y cuenten con la acreditación, hayan desempeñado en la fecha de la publicación de la convocatoria actividades docentes en universidades públicas españolas durante al menos cinco cursos académicos de los últimos siete años a través de los contratos de Profesorado Asociado u otros contratos de duración igual o inferior a un año previstos en la LOU. A tal efecto, se establece que estas plazas de promoción no computarán a efectos de tasa de reposición.

Aunque se trata de mecanismos que aparentemente van dirigidos a la práctica totalidad de profesores universitarios con vinculación temporal y, en algún supuesto indefinida, no cabe duda que los principales destinatarios de los mismos serán los “falsos asociados” y los “falsos visitantes”, vinculados con las universidades públicas a través de estas modalidades contractuales ante la imposibilidad de poder acceder a otras figuras de profesorado más adecuadas y que se encuentran desarrollando funciones docentes e investigadoras permanentes y estructurales de la universidad contratante.

A partir de estas premisas, el mecanismo de adaptación a adoptar dependerá del estadio de la “carrera universitaria” en la que se encuentre el profesor en cuestión, puesto que cuando no dispongan del Título de Doctor se les dirigirá hacia el contrato predoctoral, mediante el fomento de esta modalidad de contratación; cuando dispongan del Título de Doctor se les conducirá hacia la figura del Profesor Ayudante Doctor o figuras equivalentes autonómicas mediante la previsión de un mérito preferente; y, finalmente, cuando cumplan los requerimientos exigidos para ello, se les dirigirá hacia la figura de Profesorado Permanente Laboral o figuras equivalentes de la normativa autonómica, a través de un programa de promoción interna. En todos estos supuestos, el requisito para poder beneficiarse de estos mecanismos de adaptación consistirá en haber estado vinculados y/o haber desempeñado actividades docentes en universidades públicas españolas al menos cinco cursos académicos de los últimos siete años a través de contratos

de profesorado asociado u otros contratos de duración igual o inferior a un año previstos en la LOU.

Más allá de estas previsiones, el apartado séptimo de la Disposición Transitoria Quinta LOSU recoge una previsión dirigida a quienes se encuentran contratados mediante la figura ya extinta de los Profesores Colaboradores con carácter indefinido. A tal efecto, se prevé que aquellos que posean el Título de Doctor o lo obtengan tras la entrada en vigor de esta ley y, además, obtengan la acreditación exigida para acceder a la figura de Profesor Laboral Permanente, accederán directamente a esta categoría de profesorado en sus propias plazas.

3. ¿SERVIRÁN LAS RECIENTES Y LAS PRÓXIMAS REFORMAS NORMATIVAS PARA PONER FIN A LA TEMPORALIDAD Y PRECARIEDAD LABORAL EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO?

Como ya se ha anticipado en la introducción de este trabajo, desde finales del año 2021 se ha puesto en marcha lo que podría definirse como un auténtico tsunami normativo que de forma directa o indirecta está afectando o va a afectar en el futuro inmediato a la contratación laboral del personal docente e investigador de las universidades públicas, que, sin lugar a dudas, se enmarca en una clara voluntad de reducir las inaceptables tasas de temporalidad y de precariedad laboral que actualmente definen a este colectivo. A tal efecto, todas estas medidas se encuentran íntimamente alineadas con los objetivos de la reforma laboral de 2021 en materia de contratación, potenciándose en el ámbito universitario la contratación por tiempo indefinido y la mejora de la calidad de la contratación temporal del personal dedicado a la actividad universitaria.

Esta eliminación del contrato para obra o servicio determinados está teniendo un papel decisivo en la disminución de la temporalidad en el ámbito universitario, puesto que dicha modalidad contractual había constituido hasta la actualidad el principal instrumento empleado por las universidades públicas para la contratación de profesores e investigadores vinculados a proyectos, convenios y contratos de investigación. A su vez, como contrapartida a la supresión de esta modalidad contractual, el Real Decreto-Ley 8/2022 ha procedido a incorporar una modalidad indefinida de contrato laboral que se denomina contrato de actividades científico-técnicas y que se ha diseñado con los contornos más amplios y flexibles posibles, con el fin de que el mismo sirva para cubrir todas aquellas contrataciones que hasta ahora se habían articulado a través del contrato para obra o servicio determinados.

Paralelamente, la Ley 17/2022 ha hecho un esfuerzo notable por diseñar una auténtica carrera investigadora dirigida fundamentalmente al personal investigador, que se iniciaría con el contrato predoctoral, durante un máximo de cuatro años, con la finalidad de obtener el Título de Doctor, y que continuaría con el contrato de acceso de personal investigador doctor, hasta un máximo de

seis años, en los que se debe alcanzar un elevado nivel de perfeccionamiento y especialización profesional, que conduzcan a la consolidación de la experiencia profesional del investigador. En el marco de este diseño de carrera investigadora se prevé que el contrato de acceso de personal investigador doctor incorpore una especie de itinerario que debería conducir a la consolidación laboral de aquellos investigadores que al superar la evaluación de su actividad investigadora obtengan la certificación como investigador establecido -certificado R3-, la cual, se prevé que sea reconocida en los procesos selectivos de nuevo ingreso estable que sean convocados por universidades y organismos públicos de investigación -valoración como méritos investigadores y proyección sobre las pruebas o fases de valoración del currículo del personal investigador-. Con este mismo objetivo, también se establecen determinadas reservas de plazas para la incorporación de los investigadores que cuenten con el referido certificado R3, tanto en universidades como en organismos públicos de investigación.

El resultado final de este “itinerario de consolidación” no es otro que el de alcanzar el anhelado objetivo de la estabilización laboral de los investigadores vinculados mediante el contrato de acceso de personal investigador doctor, a través de su acceso a la condición de personal laboral fijo o funcionario en universidades públicas u otros centros de investigación.

En este contexto se incardina la LOSU, con la que en línea con las reformas normativas que se acaban de exponer también se pretende potenciar en el ámbito universitario la contratación indefinida del personal dedicado a la docencia e investigación, así como mejorar la calidad de su contratación temporal. A tal efecto, entre los objetivos declarados de la LOSU se encuentran el establecimiento de una carrera académica estable y predecible y la eliminación de la precariedad en el empleo universitario.

Por lo que respecta a la carrera académica prevista por la LOSU, no cabe duda que esta norma hace un esfuerzo notable por diseñar una carrera universitaria más racional y con unos plazos más razonables que la prevista actualmente por la LOU, que contribuya a reducir significativamente el vía crucis por el que actualmente tienen que transitar los jóvenes profesores hasta alcanzar una cierta estabilidad laboral, lo que debería contribuir a hacer más atractiva la carrera universitaria y a evitar la fuga de cerebros.

A tal efecto, aunque con la eliminación de la figura del Ayudante la LOSU pretenda fijar el inicio de la carrera universitaria en la figura del Profesor Ayudante Doctor, no cabe duda que seguirá siendo lo más habitual el paso previo por el contrato predoctoral, normalmente durante un periodo de cuatro años, con el fin de obtener la titulación de Doctor. No hubiera parecido desacertado, sin embargo, que esta fase predoctoral se hubiera canalizado, al menos en el ámbito universitario, mediante la clásica figura del Ayudante, por ser una modalidad contractual que goza de mejores condiciones laborales.

Transcurrida la fase predoctoral, la LOSU fija en la contratación como Profesor Ayudante Doctor el inicio de la carrera académica, con una duración máxima de seis años y con una salvedad fundamental en relación con lo previsto actualmente en la LOU, consistente en que para acceder a esta figura no será necesaria acreditación alguna, sino que bastará con estar en posesión del Título de Doctor. Con ello se flexibiliza al máximo el inicio de la carrera universitaria, facilitándose las vocaciones universitarias, puesto que de este modo se evitan aquellas travesías del desierto que habitualmente suponía el tránsito desde la obtención del Título de Doctor hasta que se obtenían las acreditaciones necesarias para poder acceder a la figura de Profesor Ayudante Doctor y continuar con la carrera universitaria. Aunque no parece desacertada la opción adoptada por la LOSU, tal vez hubiera podido optarse por una vía intermedia y haber mantenido la exigencia de algún tipo de acreditación para acceder a la figura de Profesor Ayudante Doctor, pero con unos requisitos mucho más adaptados al estadio inicial de la carrera universitaria por el que transitan los candidatos a dichas plazas.

Tras un periodo aproximado de cuatro años como investigador predoctoral y seis años como Profesor Ayudante Doctor, lo que suma un periodo formativo de diez años, el profesor ya se encuentra en el diseño previsto por la LOSU en disposición de acceder a la anhelada estabilidad laboral mediante el acceso a la figura de Profesor Permanente Laboral. Para acceder a esta figura de profesorado universitario, además de exigirse la titulación de Doctor, se exige la necesidad de contar con la acreditación correspondiente. Ahora bien, en este punto, también se recoge una previsión que debe permitir que la estabilización laboral sea más accesible y rápida, puesto que se prevé que dicha acreditación deberá adaptarse a la duración de la etapa inicial de la carrera académica diseñada ahora por la LOSU. De este modo, con la flexibilización de los requisitos de acceso a la acreditación para el acceso a la figura de Profesor Permanente Laboral, al tiempo que se fomenta la contratación indefinida, se reduce la contratación temporal del profesorado universitario, en no pocas ocasiones de carácter irregular.

Llegados a este punto, se plantea la duda de si la figura del Profesor Permanente Laboral se diseña en la LOSU como un destino final o, en su caso, a largo plazo del profesor universitario paralelo a los cuerpos docentes o si, por el contrario, se trata de un eslabón más por el que debe transitar el profesorado universitario antes de acceder a la condición funcional. A tal efecto, parece que el acceso a las figuras de profesorado de los cuerpos docentes universitarios se contempla en la LOSU como la culminación natural de la carrera académica del profesorado universitario, primero como Profesores Titulares de Universidad y, en su caso, como Catedráticos de Universidad, por ser estas figuras las que tienen una mayor tradición en el sistema universitario español.

A pesar de las buenas intenciones que pueden guiar todas estas previsiones, se corre el riesgo de que las mismas aún puedan resultar insuficientes si no se garantiza una adecuada proporcionalidad entre el número total de contratos de

Profesores Ayudantes Doctores que se puedan formalizar y el número de plazas de Profesores Permanentes Laborales que se pueden convocar en las universidades públicas, lo que nuevamente podría suponer que Profesores Ayudantes Doctores no pudieran estabilizarse o consolidarse laboralmente, sufriendo nuevamente largos e injustificados períodos de inestabilidad y precariedad laboral. Por ello, cabe indicar que, como siempre, el éxito del diseño de carrera académica que introduce la LOSU no dependerá tanto de su regulación normativa, sino de que se produzca un incremento notable en la convocatoria de plazas de Profesorado Permanente Laboral. No cabe duda que el incremento del gasto público en educación y, en particular, de la universitaria, que contempla la LOSU, debe contribuir decisivamente a la consecución de este propósito.

Por lo que respecta a la voluntad de la LOSU de eliminar la precariedad en el empleo universitario, la norma contempla un objetivo genérico muy ambicioso y diferentes mecanismos con los que debería poder alcanzarse la consecución del mismo. El objetivo genérico no es otro que la previsión de reducir el porcentaje de profesorado con contrato laboral temporal a un máximo del 8 por ciento. A pesar de tratarse de un objetivo ajustado a las previsiones generales de reducción de temporalidad en las Administraciones Públicas, no cabe duda que se trata de un objetivo muy ambicioso y muy alejado de la situación actual. Esta previsión, además, no se queda en una mera declaración programática, sino que se recogen diferentes previsiones que deberían favorecer la consecución del objetivo de reducción de la temporalidad y, por extensión, de la precariedad laboral en el empleo universitario.

Con esta finalidad, no cabe duda que la medida estrella con la que se pretende reducir sustancialmente la temporalidad del profesorado universitario es la nueva configuración de la figura del Profesor Asociado como un contrato de carácter indefinido. Con esta medida, no únicamente se reduce la temporalidad, sino que se combate de raíz el uso fraudulento que actualmente se está haciendo de esta modalidad contractual. Por lo demás, también se contemplan medidas dirigidas a reconducir a una parte significativa de estos Profesores Asociados, con dedicación parcial no deseada, hacia la carrera académica prevista por la LOSU.

Junto a la medida, la LOSU también contempla diferentes previsiones dirigidas específicamente a potenciar la causa de temporalidad de diferentes figuras temporales de profesorado universitario con las que se pretenden satisfacer determinadas finalidades e intereses legítimos de las universidades públicas, como es la introducción de la figura del Profesor Sustituto, que debe contribuir significativamente a erradicar el recurso abusivo a la figura de Profesor Asociado; la reformulación de la figura del Profesor Visitante, con el objetivo de que esta figura deje de ser empleada como un subterfugio para el cumplimiento de otras finalidades “ilegítimas” de la universidad; la incorporación del Profesor Distinguido, con la que se persigue la captación de talento y la internacionalización de la universidad

española; y, finalmente, el mantenimiento de la figura del Profesor Emérito, con la que los profesores jubilados puedan contribuir desde su experiencia a mejorar la docencia e impulsar la investigación y transferencia e intercambio del conocimiento e innovación.

Por todo lo expuesto a lo largo de este estudio y dando respuesta a la cuestión que nos planteábamos sobre si las recientes y las próximas reformas normativas serán suficientes para poner fin a la temporalidad y precariedad laboral en el ámbito universitario, cabe concluir que todo el conjunto de medidas adoptadas y, especialmente, las contenidas en la LOSU, constituyen un paso muy importante, aunque todavía no definitivo, en la normalización de la contratación laboral del colectivo del profesorado universitario. Pese a los indudables avances expuestos a lo largo de este trabajo, únicamente el tiempo nos dirá si los mismos serán suficientes para acabar con las fuertes inercias existentes en el empleo público universitario y poner coto de un modo significativo a la temporalidad y precariedad laboral que durante demasiado tiempo han definido a la profesión de profesor universitario.

LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD: UN FRÁGIL PUENTE ENTRE EL DERECHO EUROPEO Y LA CONSTITUCIÓN

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Palabras Clave: Igualdad de trato, discriminación, eficacia de las normas

Este estudio analiza globalmente la eficacia de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, en relación con las funciones preventiva, tutelar y promocional de la normativa antidiscriminatoria. Para ello, parte de la idea de que esta ley tiene el reto de articular dos modelos de regulación muy diferentes: el modelo particularista del Derecho de la Unión Europea y el modelo universalista de la Constitución Española y los tratados multilaterales de Derechos Humanos, con objeto de aprovechar las ventajas y sortear las desventajas que presenta cada uno de ellos.

Desde esta perspectiva, el defecto fundamental de la nueva ley es la ausencia de un concepto realmente “integral” de discriminación netamente diferenciado del principio de igualdad formal, lo que resulta particularmente necesario en un modelo universalista que tiene una cláusula abierta para determinar las causas de discriminación. Fruto de este error, el esquema de justificación de la discriminación indirecta se termina trasladando a las distinciones directas, en abierta contradicción con la normativa de la UE y la jurisprudencia constitucional. Aunque este trabajo es fundamentalmente valorativo, en él se abordan algunos problemas interpretativos que la ley ha generado desde el primer momento, como la incorporación de la “enfermedad” como causa de discriminación o la referencia no del todo explicada a las “acciones de intolerancia”.

ABSTRACT

Keywords: Equality of treatment, discrimination, efficacy of law

This study globally analyzes the effectiveness of the Spanish “Equality of Treatment and Non-Discrimination Comprehensive Act” (15/2022), regarding the preventive, protective and promotional functions of anti-discrimination regulations. To do this, it starts from the idea that this norm has the challenge of connecting two very different regulation models: the particularist model of European Union Law and the universalist model of the Spanish Constitution and the multilateral human rights treaties. This would be appropriate in order to take advantage of the benefits and overcome the weaknesses of each one of them.

From this perspective, the main shortcoming of this new regulation is the absence of a truly “comprehensive” concept of discrimination clearly differentiated from the principle of formal equality, which is particularly necessary in a universalist model that has an open clause for determining discrimination causes. As a result, the justification mechanism applied for indirect discrimination is transferred to direct distinctions, which is at odds with EU regulations and constitutional case-law. Although this work is fundamentally evaluative, it addresses some interpretive problems that the law has generated from the beginning, such as the incorporation of “disease” as a cause of discrimination or the reference to “intolerance actions”.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ESPACIO DE REGULACIÓN DE LA LEY 15/2022
 - 2.1. Paradigmas para contemplar la discriminación y modelos abstractos de regulación
 - 2.2. El marco constitucional de la prohibición de discriminación
 - 2.3. El marco del Derecho de la Unión Europea
 - 2.4. Retos para la regulación legal
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE “NUEVAS” CAUSAS
4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN
 - 4.1. La disolución de la discriminación directa en el principio de igualdad
 - 4.2. Otras conductas discriminatorias
5. LOS LÍMITES A LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN UNA LEY UNIVERSALISTA
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación culmina un largo proceso que se inició en mayo de 2011 con un proyecto de ley del Grupo Parlamentario Socialista, que sufrió diversos avatares parlamentarios y tuvo que ser presentado en varias ocasiones hasta que finalmente se ha conseguido su aprobación definitiva¹. La insistencia con la que se ha mantenido la propuesta está, en este caso, plenamente justificada, puesto que nuestro ordenamiento jurídico carecía de una ley general de desarrollo del art. 14 CE. Ciertamente, nuestro sistema contaba ya con normas completas y detalladas en relación con la igualdad entre hombres y mujeres y la inclusión de las personas con discapacidad, pero esta regulación era claramente insuficiente respecto a las demás causas de discriminación, incluyendo aquellas que se especifican en las directivas antidiscriminatorias. En efecto, como es sabido, la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE se realizó de manera forzada y un tanto “desganada” a través de algunos preceptos aislados de la Ley 62/2003, una discreta norma de acompañamiento a los presupuestos en la que se regulan también otras muchas materias más bien coyunturales y con poca vocación de permanencia. Sin duda resultaba muy rechazable la falta de visibilidad de la regulación de un derecho que constituye uno de los ejes esenciales de un

¹ Puede obtenerse una información muy completa acerca de este largo proceso de elaboración de la ley desde el primer proyecto en 2011, de los debates parlamentarios actuales y de las primeras lecturas doctrinales “de emergencia” en el artículo de Rojo Torrecilla, “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral” (publicado en academia.eu):

<https://www.academia.edu/85113700/Examen_de_la_Ley_de_igualdad_de_trato_y_no_discriminaci%C3%B3n_con_especial_atenci%C3%B3n_al_contenido_laboral> [última visita, 29-10-2022].

Estado social y democrático en una sociedad plural como la nuestra, al margen de que el contenido de esta apresurada normativa era parcial y bastante criticable, si se pretendía con ella sentar las bases esenciales de la convivencia ciudadana. Asimismo, hemos de recordar que la prohibición constitucional de discriminación se refiere a “cualquier circunstancia personal o social”, de modo que se hacía indispensable contar con una normativa básica e integral, destinada a luchar contra todas las formas de discriminación, con independencia de la causa. Por todo ello, no cabe duda de que la promulgación de la nueva ley es una buena noticia.

En este estudio nos proponemos, sin embargo, analizar críticamente esta ley para valorar en qué medida su regulación es adecuada para cumplir eficazmente con sus loables propósitos. Normalmente, la normativa antidiscriminatoria cumple tres finalidades o funciones: preventiva, tutelar y promocional². La función preventiva o simbólica consiste en establecer parámetros claros que permiten identificar la conducta a evitar y combatir las pautas que la reproducen, facilitando así el cumplimiento espontáneo de la norma por parte de sus destinatarios, sin necesidad de acudir a un proceso judicial o procedimiento administrativo. La función tutelar se refiere a la identificación de los supuestos de discriminación en sede judicial o administrativa, con objeto de eliminarlos y compensar adecuadamente a las víctimas. La función promocional alude a las medidas que asumen un papel activo en la remoción de los obstáculos materiales o sociales para la igualdad entre los individuos y los grupos. Aunque lógicamente no se utiliza expresamente esta terminología, las tres referidas finalidades aparecen de algún modo recogidas en la Exposición de Motivos.

La tesis que defendemos en este artículo es que, para cumplir adecuadamente con estas finalidades, la Ley 15/2022 tenía el reto de articular dos modelos de regulación antidiscriminatoria muy distintos que, de un modo u otro, al margen del contenido de las normas de rango legal, imponen ya obligaciones directas a los operadores jurídicos: el modelo constitucional y el modelo de la Unión Europea. Una conexión adecuada entre estos dos niveles de regulación permitiría aprovechar las potencialidades de cada uno de estos sistemas y, al mismo tiempo, suplir sus carencias. Desde esta perspectiva, hemos identificado disfuncionalidades muy importantes, especialmente en lo que respecta a la diferenciación adecuada entre el principio de igualdad formal y la prohibición de discriminación grupal, sobre las que se va a enfocar nuestro análisis. El discurso se centrará, por tanto, fundamentalmente en los aspectos que consideramos más criticables o mejorables de la ley, poniendo un menor énfasis en los elementos positivos, sin que ello suponga una valoración global negativa de esta ley que resultaba tan necesaria. Por

² Vid. Álvarez Alonso D., y Álvarez del Cuvillo, A., “Nuevas reflexiones sobre la noción de discriminación y la eficacia de la tutela antidiscriminatoria”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 132, 2006, p. 99-1000. Aquí pueden encontrarse también sustancialmente los elementos definitorios del concepto de discriminación que defendemos.

otra parte, no pretendemos hacer un análisis exhaustivo o pormenorizado de esta ley, sino que nos dedicaremos exclusivamente a los aspectos que se vean de algún modo afectados por este argumento central.

2. EL ESPACIO DE REGULACIÓN DE LA LEY 15/2022

2.1. Paradigmas para contemplar la discriminación y modelos abstractos de regulación

En términos generales podríamos decir que existen dos grandes paradigmas para abordar la prohibición de discriminación: la perspectiva individualista y la perspectiva social³. La perspectiva individualista generalmente se enfoca en el perjuicio particular sufrido por las personas que son tratadas peor que otras en base a un motivo arbitrario o ilegítimo y, por tanto, tiende a mantenerse dentro de la lógica del principio de igualdad formal. Por su parte, la perspectiva social pone énfasis en el papel que desempeña la conducta discriminatoria en la reproducción de las desigualdades sistemáticas que sitúan a determinados grupos sociales en una posición estructural de subordinación o exclusión, por lo que lógicamente se ubica en el ámbito de la igualdad material o sustancial. En realidad, estas dos perspectivas normalmente no aparecen completamente dissociadas, sino que se entrelazan y combinan en distintas proporciones en los textos normativos, la doctrina académica, las resoluciones judiciales y el discurso y la práctica de los operadores jurídicos.

El carácter híbrido del concepto de discriminación es fruto de su génesis histórica. En efecto, como es sabido, la prohibición de discriminación surge del principio de igualdad formal proclamado en las primeras constituciones liberales, pero al mismo tiempo es una consecuencia de su ineficacia para garantizar la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos frente a determinadas desigualdades sistemáticas de base grupal firmemente arraigadas en la sociedad. Ahora bien, a pesar de esta finalidad, la formulación concreta de las normas antidiscriminatorias se termina expresando a través de las categorías individualistas de la ideología jurídica dominante, retornando así en parte a los mecanismos clásicos del principio de igualdad formal, lo que, en ocasiones termina desactivando el potencial emancipador de los grupos sociales subordinados que está de algún modo inserto

³ Esta distinción se basa en la elaborada por MacKinnon, C, *Sexual Harassment of Working Women: a Case of Sex Discrimination*, New Haven y Londres, Yale University Press, 1979, pp. 107 y ss, respecto a la discriminación por razón de sexo, que utiliza los términos “*sex differences approach*” y “*sex inequality approach*”. El desarrollo con arreglo a la terminología que aquí se utiliza puede encontrarse en Álvarez del Cuvillo, A., “El problema de la discriminación inversa: ¿es posible discriminar a quienes pertenecen a los grupos sociales dominantes?”, *Trabajo, Derecho, Persona, Mercado*, nº 5, 2022, pp. 188-191.

en la prohibición de discriminación. Así, aunque las normas antidiscriminatorias surgen invariablemente de una conciencia del legislador de las desigualdades estructurales realmente existentes, a menudo su redacción concreta las invisibiliza, sustituyendo las referencias a los grupos sociales victimizados por categorías abstractas aparentemente neutras y los órganos judiciales a menudo interpretan estos términos en clave formalista, sacándolos de contexto⁴.

Como consecuencia de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, estas dos dimensiones de la discriminación se solapan de manera inconexa, generando multitud de problemas interpretativos y de eficacia de la tutela. Por eso, entendemos que una de las funciones esenciales de una ley de igualdad integral y no discriminación es la de articular adecuadamente estas dos perspectivas, estableciendo parámetros para distinguir entre la aplicación del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, lo que requiere especificar cómo se conjugan en esta última el perjuicio individual de la víctima y el perjuicio social del grupo con el que de algún modo se le relaciona.

En otro orden de cosas, es posible caracterizar dos modelos abstractos de regulación de la prohibición de discriminación que podríamos denominar “modelo universalista” y “modelo particularista”⁵.

En el “modelo universalista”, la prohibición de discriminación es un derecho humano básico que corresponde a todas las personas, sin ninguna excepción y que

⁴ Podemos encontrar ejemplos muy claros en el derecho norteamericano. Así, por ejemplo, la XIV Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos se dirigía en gran medida a imponer a los estados confederados un tratamiento equitativo de la población negra que había estado sometida a la esclavitud antes de la Guerra Civil. Sin embargo, se expresa como un principio abstracto de igualdad en el contenido de la ley, que no hace mención expresa al problema que le dio origen; esta regla formal no impidió, en definitiva, las leyes segregacionistas de los Estados del sur, en la medida en que el Tribunal Supremo norteamericano interpretó que la igualdad formal podía garantizarse efectivamente en un contexto de separación material de las razas. Otro ejemplo muy ilustrativo es el de la prohibición de “acoso sexual”, puesto que esta categoría surge explícitamente en el seno del movimiento feminista para afrontar los problemas que sufren las mujeres en el entorno laboral; en los primeros casos que se llevaron a juicio, algunos tribunales consideraron -en una lectura extremadamente formalista- que el acoso sexual no era discriminatorio y, por tanto, no desencadenaba responsabilidades empresariales, porque no afectaba a todas las mujeres, sino solo a aquellas que no aceptaban las proposiciones sexuales de sus superiores. Posteriormente, los órganos jurisdiccionales y el propio Tribunal Supremo terminaron asimilando esta categoría de origen feminista, interpretando que el “acoso sexual” es discriminatorio, pero para conseguir este propósito han tenido que utilizar una argumentación muy formalista y un tanto alambicada sostenida sobre la orientación sexual: dado que la mayoría de los agresores son heterosexuales o, en su caso, homosexuales, el sexo de la víctima, considerado en abstracto y al margen de todo condicionamiento social, se convierte en una característica sin la cual el acoso no se hubiera producido. En esta construcción, las relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y en el seno de la sociedad, permanecen invisibles porque la norma las tiene en cuenta, pero no las reconoce en su expresión concreta.

⁵ Para ello hemos tomado como punto de partida la distinción que se hace respecto a las aproximaciones a la prohibición de discriminación en tre los sistemas jurídicos que tienen “*Civil*

tiene que abarcar todas las causas de discriminación posibles, incluyendo las que pudieran surgir en el futuro, sin que, en principio, ninguna sea más importante que otra o deba tener un régimen jurídico distinto. Su aplicación debe ser uniforme, homogénea y sistemática, puesto que se deduce de principios generales y abstractos.

En cambio, en el “modelo particularista”, la protección va a apareciendo de manera segmentada, colectivo por colectivo, al hilo de las luchas y presiones políticas, a veces en normas distintas, sin incluir en ningún caso todas las causas de discriminación posibles. La normativa tiende a justificarse en la voluntad política del legislador y no tanto en principios abstractos superiores a ella, por lo que no es necesario mantener especial coherencia en la regulación aplicable. Así, puede haber regímenes jurídicos muy diferentes para cada una de las causas de discriminación reconocidas por el ordenamiento o, por otra parte, pueden incorporarse excepciones expresas a la igualdad de trato que derivan simplemente de la coyuntura política o económica de cada momento y no de la aplicación de una pauta general a la realidad de una causa determinada.

Ambos modelos presentan ventajas e inconvenientes desde el punto de vista de la eficacia de la tutela antidiscriminatoria. El modelo universalista, en comparación con el particularista, resulta mucho más flexible para acoger nuevas causas de discriminación que puedan aparecer y, asimismo, evita los agravios comparativos que pudieran producirse por la existencia de regímenes jurídicos diferenciados respecto a distintas causas de discriminación, impidiendo así que la coyuntura política o la conveniencia del momento histórico afecte a la eficacia de los derechos humanos básicos. Sin embargo, los parámetros puramente abstractos tienen un riesgo mucho mayor de quedar desconectados de las necesidades de la realidad, brindando una protección puramente formal e imaginaria; así, en el modelo universalista es más fácil que la prohibición de discriminación se termine diluyendo en el principio de igualdad formal, convirtiéndose en una previsión puramente teórica que a menudo no se proyecta realmente sobre las relaciones entre particulares o que no puede tomar en consideración las particularidades derivadas de las situaciones reales de desigualdad que existen en la sociedad. En cambio, el modelo particularista es más apropiado para abordar las especificidades que presentan las distintas causas de discriminación en la realidad social a través de mecanismos como los “ajustes razonables”, la “transversalidad de género”, la “gestión de la diversidad” o la “acción positiva”, pero implica un riesgo de que el ordenamiento favorezca únicamente a los grupos sociales que tienen mayor capacidad de presión política, abandonando a los que se encuentran en una situación más precaria, que son precisamente los más necesitados de protección.

Law” y los países con “*Common Law*” que aparece en Schieck, D., Waddington, L., y Bell, M., “Introductory chapter: a comparative perspective of non-discrimination Law”, en *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2007, pp. 13-21.

Una vez más, estos modelos aparecen combinados en la práctica real, si bien se advierte un predominio del modelo universalista en los convenios multilaterales de derechos humanos y en el derecho continental europeo clásico (especialmente en el ámbito constitucional) y un predominio del modelo particularista en los países anglosajones y en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea, si bien esto último inevitablemente ha afectado a los ordenamientos de los países de Europa continental. Precisamente por ello, la ley integral de igualdad y no discriminación se encuentra en un punto de unión de estos dos modelos de regulación.

2.2. El marco constitucional de la prohibición de discriminación

El art. 14 CE, como es sabido concibe la prohibición de discriminación como un derecho constitucional reconocido al máximo nivel, que goza de los mecanismos de garantía propios de los derechos fundamentales básicos (art. 53.2 CE) y al que están sometidos tanto los poderes públicos como los particulares (art. 9.1 CE). Este derecho conecta asimismo con el mandato de promoción de la igualdad sustancial entre las personas y grupos humanos (art. 9.2 CE). Su formulación es abierta, porque el listado de causas no es taxativo, siguiendo la pauta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los convenios multilaterales en esta materia, a los que se remite expresamente (art. 10.2). Por otra parte, la redacción del texto, tanto en el art. 14 CE (“sin que pueda prevalecer”), como en las declaraciones internacionales de derechos humanos apunta a que la prohibición de discriminación no es un principio de maximización que tenga que ponderarse con las posibilidades de lo real y con el resto del ordenamiento jurídico, sino más bien una regla taxativa, que debe aplicarse en todo caso y que, en principio, no admite ninguna excepción, sino que requiere más bien una delimitación del concepto⁶, como sucede, por ejemplo, con la prohibición de tortura y tratos degradantes.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido desde el año 1987 de manera constante y uniforme -al margen de algunas incoherencias terminológicas que no afectan al núcleo de la doctrina-, que la prohibición de discriminación constituye un precepto relativamente autónomo y separado del principio de igualdad, del que se desgaja para afrontar las desigualdades sistemáticas que sufren determinados grupos, que se sitúan en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana⁷. Esta distinción no es baladí,

⁶ Seguimos aquí la distinción entre “reglas” y “principios” de Alexy, R, *Teoría de los derechos fundamentales* (Ernesto Garzón Valdés, trad.), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (Obra original publicada en 1986), pp. 81-87.

⁷ SSTC 128/1987, 168/1988, 19/1989, 145/1991, 229/1992, 173/1994, 240/1999, 200/2001, 39/2002, 17/2003, 27/2004, 161/2004, 175/2005, 182/2005, 41/2006, 342/2006, 3/2007, 233/2007, 59/2008, 62/2008, 176/2008, 36/2011, 51/2011, 63/2011, 79/2011, 116/2011, 104/2014, 66/2015, 31/2018, 91/2019, 74/2020, 172/2021, 67/2022. En el ámbito doctrinal debe destacarse como obra pionera en la generación de esta idea, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Fernández López, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, *per totum*

sino que, de acuerdo con la doctrina del TC, desencadena consecuencias jurídicas muy importantes:

- En primer lugar, la prohibición constitucional de discriminación se aplica directamente a los particulares, mientras que el principio de igualdad solo vincula a los sujetos privados en términos muy mediatizados por su desarrollo legal o por su concreción en la costumbre o los principios generales del derecho⁸.
- En segundo lugar, la aplicación del principio de igualdad requiere necesariamente la búsqueda de un término de comparación, mientras que la prohibición de discriminación no necesariamente implica dicha comparación, aunque esta pueda ser utilizada como evidencia⁹.
- En tercer lugar, el principio de igualdad no es una cláusula general de parificación, sino que simplemente impone que las diferencias de trato llevadas a cabo por los poderes públicos no sean arbitrarias, mientras que la prohibición de discriminación impone la parificación “como fin y generalmente como medio”, lo que impide llevar a cabo diferencias de trato fundadas en las causas de discriminación reconocidas en la Constitución o en otras que resulten equiparables¹⁰. Esto afecta necesariamente a la justificación de las diferencias de trato, que debe responder a un mecanismo necesariamente diferente -y mucho más riguroso- del que opera en sede del principio de igualdad¹¹.

En definitiva, nos encontramos ante un modelo universalista, que, sin embargo, establece una diferencia marcada entre el principio de igualdad y la prohibición

⁸ SSTC 59/1982 (F3) y 34/1984 (F2); las SSTC 197/2000 (F5), 36/2011 (F2), 62/2008 (F5), 153/2021 [F3b)], 67/2022 (F5) destacan que el principio de igualdad, en el ámbito de las relaciones *inter privados* debe conciliarse con la autonomía de la voluntad. Las SSTC 200/2001 (F4), 59/2008 (F5), 176/2008 (F4), 63/2011 (F3), 67/2022 (F4), entre otras, cuando distinguen entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación manifiestan expresamente que el primero vincula a los poderes públicos, sin hacer mención de los sujetos privados.

⁹ “[...] la prohibición de discriminación es más que un precepto de igualdad y no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de éste para ser apreciadas”, SSTC 200/2001 (F4), 59/2008 (F5), 176/2008 (F4), 63/2011 (F3), 67/2022 (F4). Por supuesto, en muchos casos la inexistencia de un término de comparación hará difícil o imposible acreditar la discriminación o imputar la desigualdad a un sujeto responsable, pero esto no implica que sea un elemento definitorio.

¹⁰ SSTC 229/1992 (F.2), 126/1997 (F8), 3/2018 [F.4 a], 31/2018 [F.6a)], 91/2019 [F.4 b], 108/2019 (F.2), 172/2021 [F.3a)].

¹¹ Ciertamente, el esquema de justificación que utiliza el TC en lo que refiere al principio de igualdad en sentido estricto (justificación objetiva y razonable, adecuación de los medios y proporcionalidad de los resultados respecto a la finalidad perseguida) es básicamente el mismo que emplea el TEDH respecto a la prohibición de discriminación del art. 14 CEDH (existencia de una finalidad legítima y relación de proporcionalidad entre los medios empleados y los fines pretendidos). Sin embargo, hay que tener en cuenta que este último órgano adopta como punto de

de discriminación, de la que se resalta expresamente su dimensión social, porque tiene la finalidad de evitar los procesos sistemáticos o estructurales por los que las personas adscritas a determinados grupos sociales terminan situándose en una situación contraria a la dignidad humana.

Ahora bien, esta doctrina del Tribunal Constitucional genera dos espacios de incertidumbre muy importantes, en los que parece que la ley podría cumplir una función de clarificación y desarrollo. En primer lugar, la distinción marcada entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, unida a la cláusula abierta y al efecto directo del texto constitucional, obliga a establecer un concepto analítico y abstracto de discriminación que permita identificar cuándo una distinción o un comportamiento debe remitirse al sistema de protección reforzado y no al genérico del principio de igualdad; sin embargo, este concepto no se llega a concretar, mientras que la determinación de cuándo unas u otras causas se consideran incluidas en el segundo inciso del artículo 14 CE se lleva a cabo sentencia por sentencia, de manera casuística y sin seguir realmente parámetros sistemáticos y coherentes. En segundo lugar, el esquema cualificado de justificación de las diferencias de trato en las distinciones que se refieren directamente a las causas de discriminación prohibidas no termina de hacerse explícito de manera operativa, precisamente porque el concepto de discriminación tampoco se ha planteado de manera explícita.

2.3. El marco del Derecho de la Unión Europea

La normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea responde básicamente a un modelo particularista debido a la influencia del derecho británico y norteamericano y al hecho de que su ámbito de aplicación se ha ido expandiendo de manera progresiva a partir de una sencilla referencia a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres en el Tratado de Roma de 1957 que inicialmente tenía una finalidad puramente económica.

Ciertamente, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) distingue claramente entre la igualdad ante la ley (art. 20) y la prohibición de discriminación (at. 21) y esta última se expresa como una regla taxativa que no admite excepciones ni ponderaciones y que se refiere a cualquier tipo de causa imaginable (“[...] se prohíbe toda discriminación y en particular [...]”). Todo ello conectaría con el paradigma universalista que se ha generalizado en las

partida una perspectiva individualista, que identifica la discriminación con cualquier desigualdad injustificada, introduciendo en un segundo momento la dimensión social a través de la categoría jurisprudencial- no del todo sistematizada-, de los “grupos vulnerables”. Como regla general se exige un escrutinio más estricto para las diferenciaciones que afectan al sexo o la discapacidad, mientras que, respecto a las clasificaciones raciales o de orientación sexual, en realidad se prohíbe cualquier diferenciación que se base exclusivamente en los criterios de diferenciación prohibidos considerados en sí mismos.

declaraciones multilaterales de derechos humanos. Sin embargo, como es sabido, los derechos reconocidos en la CDFUE solo resultan directamente aplicables en los Estados miembros en el marco de las competencias de la Unión Europea, lo que, en la práctica, requiere que exista en el derecho originario o derivado una norma más concreta que cubra el supuesto de hecho y que sea directamente aplicable¹².

A este respecto, resulta palpable que, tanto en el derecho originario como en el derecho derivado de la Unión, los términos “igualdad” y “discriminación” se utilizan de manera incoherente con la distinción que se establece en la CDFUE. En primer lugar, en los Tratados se utiliza la palabra “discriminación” para hacer referencia a factores puramente económicos que no guardan ninguna relación con la dignidad humana ni con la protección de los grupos vulnerables¹³. En segundo lugar, se ha desarrollado un importante *corpus* normativo y jurisprudencial en torno al principio de “no discriminación por razón de nacionalidad”, que, si bien ha permitido construir algunas categorías clásicas de la legislación antidiscriminatoria, como la noción de discriminación indirecta, así como combatir determinados comportamientos xenófobos, no puede considerarse en realidad como un “derecho humano”, por cuanto no tiene un carácter universal, sino que solo protege a los ciudadanos de determinados Estados. En tercer lugar, aunque ciertamente se han promulgado varias directivas antidiscriminatorias que se dirigen a afrontar las desigualdades sistemáticas que sufren determinados grupos sociales¹⁴, en otras directivas de la Unión Europea se utiliza la palabra “discriminación” para referirse a desigualdades injustificadas que, al menos a primera vista, no responden a esta finalidad de corrección de la desigualdades sistemáticas entre los grupos sociales¹⁵. En cuarto lugar, en las directivas propiamente antidiscriminatorias se define la “igualdad de trato” como la ausencia de toda discriminación, convirtiendo así el principio de igualdad en un reverso en positivo de la prohibición de discriminación. Así pues, en el ordenamiento de la Unión Europea conviven de manera confusa dos conceptos de discriminación: un concepto “amplio”, que se refiere a cualquier

¹² Por todas, *Vid.* SSTJUE *Bartsch*, de 23-9-2008, Apdos. 15-16; *Kücükdeveci*, de 19-1-2010, Apdos. 23-25; *Römer*, de 10-5-2011, Apdo. 60; *Danmark*, de 2013, Apdo. 20.

¹³ *Cfr.* arts. 36, 40.2, 65.3, 95.1, 107.2 a), 114.6, 200.5, 326 TFUE.

¹⁴ Directivas 79/7/CEE, 2000/43/CE, 2000/78/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE, 2010/41/CE.

¹⁵ Básicamente las Directivas 1999/70/CE y 97/91/CE (aunque, respecto a esta última, el trabajo a tiempo parcial desde otra perspectiva conecta con la discriminación indirecta por razón de sexo). Por otra parte, la Directiva 2019/1158 (y la protección frente al despido de la Directiva 92/85/CEE) en realidad están directamente relacionadas con la discriminación por razón de sexo/género. Por último, en los arts. 6.1 y 8 a) de la Directiva UE 2022/2041, el término “discriminación” aparece utilizado en términos genéricos, sin indicar la causa, por lo que podría interpretarse de maneras diferentes.

desigualdad expresamente prohibida y un concepto “estricto”, que está relacionado con la adscripción a determinados grupos.

A pesar de la cláusula de apertura de la Carta de Derechos Fundamentales, el concepto estricto de discriminación solo se refiere a un número limitado de causas que se reconocen expresamente en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (10, 19 y 157.3 TFUE) y en las directivas antidiscriminatorias: el sexo, la raza u origen étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. El resto de las causas de discriminación de base grupal imaginables o que puedan surgir en el futuro quedarían fuera de las competencias de la Unión¹⁶.

Por lo demás, las directivas antidiscriminatorias normalmente no afectan a todas las esferas de la sociedad, sino que siempre tienen un ámbito de aplicación limitado, que, además, varía en cada una de ellas. Así, por ejemplo, la Directiva 2000/78/CE, que es la que abarca a la mayoría de las causas de discriminación, solo se refiere al empleo y la ocupación¹⁷, que es el ámbito clásico en el que hay un cierto consenso ideológico respecto a la aplicabilidad de la prohibición de discriminación a los sujetos privados. Asimismo, en estas directivas no se establece ningún concepto global o integral de discriminación, sino que este se da por supuesto. En su lugar, se definen por separado las distintas modalidades de discriminación (discriminación directa, discriminación indirecta, acoso sexual o discriminatorio, orden de discriminar), sin establecer parámetros claros respecto a lo que estas pudieran tener en común. Así, por ejemplo se establece expresamente que el acoso sexual es siempre un acto de discriminación [art. 2.2 a) de la Directiva 2006/54/CE], sorteando así las dificultades que se plantean en el derecho norteamericano por exigir a la víctima que justifique que el acoso está causado por su sexo para que se desencadenen responsabilidades empresariales. Por consiguiente, lo que define que una conducta sea discriminatoria es, aparentemente, la voluntad del legislador, más que la deducción de algún principio abstracto derivado de los derechos humanos básicos.

Asimismo, la discriminación directa se define como el tratamiento peyorativo de una persona respecto a otra que se encuentra en una situación comparable,

¹⁶ En este sentido, *Vid.*, SSTJUE *Curtea de Apel Alba Iulia*, de 20-10-2022 (Apdos. 64-69); *Agafței*, de 7-7-2011 (Apdos. 33-35); *Coleman*, de 17-7-2008 (Apdo. 46); *Chacón Navas* de 11-7-2006 (Apdos. 55-57).

¹⁷ La Directiva 2000/43/CE relativa al origen racial o étnico es la que tiene un ámbito más amplio, abarcando, además del empleo y la protección social, en sentido amplio, la educación y el acceso a los bienes y servicios disponibles para el público, incluyendo la vivienda (art. 3), pero es evidente que no todos los ámbitos imaginables se encuentran dentro de esta esfera. Por otra parte, respecto al sexo, existen varias directivas que se refieren a distintos ámbitos sociales: 79/7/CE (seguridad social), 2006/54/CE (empleo por cuenta ajena y regímenes profesionales de seguridad social, que a su vez refunde varias directivas anteriores), 2010/41/CE (empleo por cuenta propia) y 2004/113 (acceso a los bienes y servicios).

siempre que se base en alguna de las causas tasadas. En términos teóricos, el recurso al mecanismo de la comparación como elemento definitorio de la discriminación resulta muy criticable, porque este no es más que una de las posibles estrategias para identificar la relación de causalidad entre el trato peyorativo y la adscripción al grupo¹⁸. Así, por ejemplo, si un empresario tiene una sola trabajadora a su servicio y la despide por el hecho de haber solicitado una excedencia para el cuidado de hijos, este comportamiento es discriminatorio porque está basado en el género, aunque en realidad no pueda proporcionarse ningún término de comparación, por no existir más trabajadores en la empresa (dicha comparación sería más bien uno de los medios posibles para acreditar esta relación de causalidad).

Sin embargo, gran parte de los problemas aplicativos que implica esta deficiencia en la definición se han solventado en la práctica por dos vías diferentes. Por un lado, los supuestos en los que la comparación resulta más forzada, como el embarazo, el acoso sexual y los acosos discriminatorios, se han incluido expresamente en el texto de las directivas. Por otro lado, la redacción de los preceptos correspondientes (“vaya a ser tratada”, “pudiera ser tratada”) permite configurar términos de comparación puramente hipotéticos o imaginarios. De hecho, el TJUE, aunque formalmente exige que concurren situaciones equiparables, en la práctica admite el carácter discriminatorio de conductas como las declaraciones prejuiciosas respecto a la contratación que podrían desincentivar candidaturas de personas pertenecientes a determinados grupos sociales¹⁹; en estos casos, no existe una víctima individualizada, ni mucho menos un sujeto comparable, de modo que, en realidad, se va más allá de la literalidad de los preceptos interpretados, sobre la base de una noción implícita de discriminación basada en la adscripción a grupos sociales que no se llega a verbalizar.

En otro orden de cosas, hay que destacar que el principio de igualdad de trato se define como la ausencia de “toda” discriminación directa o indirecta, por lo que las discriminaciones no pueden estar justificadas en ningún caso. Ciertamente, el concepto de discriminación indirecta incorpora expresamente un esquema de justificación que implica una ponderación de intereses, por cuanto las medidas que provocan el impacto desfavorable sobre los grupos protegidos deben ser adecuadas y necesarias para alcanzar una finalidad legítima para eludir su calificación como discriminatorias. Sin embargo, no se prevé ningún esquema de justificación en lo que respecta a las discriminaciones directas, de modo que cualquier tratamiento

¹⁸ *Vid.*, Goldberg, S.B., “Discrimination by Comparison”, *Yale Law Journal*, n° 120, *per totum*.

¹⁹ STJUE *Feryn*, de 10-7-2008 (Apdos. 22-25); implícitamente, SSTJUE *NH*, de 23-4-2020 (Apdo. 40) y *Asociația Accept* de 25-4-2013 (Apdos. 46-47). Desde otra perspectiva, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Los contornos de la discriminación”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n° 5, 2022, p. 24 subraya que la jurisprudencia del TJUE ha influido notablemente en el reconocimiento de que pueden existir supuestos de discriminación sin que la situación sea comparable.

desfavorable entre dos situaciones comparables que realmente se base en alguna de las causas prohibidas resultaría automáticamente contrario al Derecho de la Unión, lo que implica una protección más intensa que la ambigua mención al escrutinio estricto que hace el TC español²⁰. Ciertamente, podría argumentarse que existe un cierto espacio para la justificación de las diferencias de trato cuando se considere que las situaciones que se comparan en realidad no son equiparables, pero naturalmente esta apreciación no puede basarse en la concurrencia de la causa de discriminación prohibida²¹. En la práctica, parece que este espacio de justificación se limita a las dos matizaciones a la igualdad de trato que están expresamente previstas por las directivas.

La primera de estas matizaciones es la posibilidad de establecer que determinadas circunstancias relacionadas con una de las clasificaciones protegidas se consideren “requisito esencial y determinante” para el ejercicio de una determinada profesión. Sin embargo, es importante destacar que no se hace referencia a la causa de discriminación en sí misma considerada, sino a una característica relacionada con ella²². Por eso no es extraño que en último término se termine acudiendo al esquema de justificación de la discriminación indirecta, dado que en estos casos el motivo de la diferencia de trato no es la causa de discriminación -es decir, la pertenencia o adscripción a un grupo social determinado-, sino una característica relacionada con este grupo o que habitualmente se utiliza para identificarlo, por lo que se provoca un perjuicio colectivo hacia sus integrantes. Por otra parte, la segunda de estas matizaciones sería la posibilidad de llevar a cabo medidas de acción positiva, dentro de unos límites, que a grandes rasgos impiden que el criterio de clasificación prohibido se utilice de manera absoluta e incondicional, sin contemplar las circunstancias concurrentes en cada caso.

En cambio, respecto a la discriminación por razón de edad, el art. 6 de la Directiva 2000/78/CE establece un régimen especial que, excepcionalmente admite las justificaciones de las diferencias de trato directas, remitiéndose al mismo

²⁰ Como hemos visto, el TEDH establece, por su parte un escrutinio particularmente estricto para algunas causas (discapacidad, sexo) y una prohibición aparentemente absoluta de que la causa sea el único criterio de distinción respecto a otras (orientación sexual y origen racial o étnico).

²¹ El concepto de “situaciones comparables” tiene su base en la noción aristotélica de igualdad (Aristóteles, *Política*, 1280a y *Ética a Nicómaco*, 1131a), que implica “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. Es evidente que, en realidad, esta pauta puede utilizarse para justificar cualquier diferencia de trato, en función de los estereotipos y prejuicios dominantes de cada momento histórico (el mismo Aristóteles reconocía, por ejemplo, la desigualdad natural de las mujeres). Naturalmente, todas las normas abiertamente discriminatorias del pasado han pretendido basarse en la existencia de una diferencia significativa.

²² Insisten en ello las SSTJUE *Komisija Za za zashtita ot diskriminatsia*, de 21-10-2021 (Apdo 44), *Cafaro*, de 7-9-2019 (Apdo. 59); *Salaberría Sorondo*, de 15-11-2016 (Apdo. 33); *Prigge*, de 13-9-2011 (Apdo. 66). A nuestro juicio, este planteamiento permitiría revisar las sentencias que dictó el Tribunal de Justicia en los años 80 sobre el sexo como requisito esencial o determinante para determinados puestos en las Fuerzas Armadas.

esquema de justificación establecido para la discriminación indirecta, por lo que se difumina notablemente la diferencia entre ambas modalidades de discriminación²³ y, al mismo tiempo, se disuelve parcialmente la prohibición de discriminación por razón de edad en el principio de igualdad formal²⁴. Esta excepción resulta criticable desde una perspectiva universalista de los derechos humanos, por cuanto convierte a la “edad” en una causa de discriminación de segunda categoría. A nuestro entender, este tratamiento excepcional no es más que un efecto secundario perverso de la ausencia de un concepto analítico de discriminación de base grupal en el texto de las directivas. El legislador de la Unión es consciente de que el “número de años” es completamente necesario para establecer determinadas distinciones jurídicas, pero al mismo tiempo advierte que existen grupos sociales de edad sometidos a posiciones sistemáticas de inferioridad que es preciso proteger; como no puede resolver este conflicto de manera abstracta, por no haber establecido una diferenciación entre los grupos sociales discriminados y los rasgos distintivos que permiten identificarlos y construirlos socialmente, termina remitiéndose a un esquema de ponderación conocido, que es el de la discriminación indirecta.

Por otra parte, en la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea están presentes tanto la dimensión individualista como la dimensión social del concepto de discriminación, pero estas perspectivas no están articuladas de manera explícita. En realidad, la redacción de los preceptos utiliza casi siempre un lenguaje formalista, firmemente asentado en el paradigma individualista. Así, la definición de las causas se remite a clasificaciones abstractas, sin hacer referencia expresa a los grupos sociales construidos sobre estos identificadores²⁵. De este modo, podría

²³ “En el caso de la edad las posibilidades de trato diferenciado justificado se multiplican en el texto de la Directiva hasta prácticamente dejar sin efecto el principio antidiscriminatorio por esta causa”, Ballester Pastor, M.A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”, en AAVV (Coord. María Amparo Ballester Pastor), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 58 y ss y 71 y ss. La autora también destaca que, asimismo, algunos supuestos de posible discriminación indirecta se desactivan, al permitirse expresamente. Por otra parte, el art. 3.4 de la Directiva permite una exclusión muy amplia de las causas de edad y discapacidad en las Fuerzas Armadas.

²⁴ Paralelamente, el TEDH no reconoce la aplicación de un canon reforzado en las distinciones por razón de edad, como el que existe para las demás causas que afectan a grupos vulnerables (aunque con una redacción que no descarta del todo un reconocimiento futuro); desde esta perspectiva, la edad sería asimilable a cualquier otro criterio utilizado para llevar a cabo diferencias de trato. *Cfr.* SSTEDH *British Gurkha Welfare Society y otros v. Reino Unido*, de 15-9-2016, Apdo. 88; *Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*, de 25-07-2017, Apdo. 45.

²⁵ La voluntad de eliminar la situación de desventaja que sufren determinados grupos sociales aparece explícitamente en los “considerandos” de las directivas, aunque sigue expresándose en términos aparentemente simétricos [a modo de ejemplo, Considerandos 8 y 26 de la Directiva 2000/78/CE, Considerando 8 de la Directiva 200/43/CE y Considerando 21 de la Directiva 2006/54/CE]. De ello se deduce que existe una voluntad del legislador de la Unión en este sentido. Sin embargo, cuando esta voluntad se traslada a los preceptos normativos, se utiliza invariablemente un

interpretarse erróneamente a primera vista que el problema que se pretende corregir es el uso irracional de determinados criterios arbitrarios, más que la explotación, segregación o exclusión de determinados grupos sociales que afecta a la dignidad de las personas adscritas a esos grupos. De hecho, la protección parece brindarse de manera simétrica, a los miembros de ambos sexos, a todos los grupos étnicos imaginables (incluyendo los mayoritarios) y a todos los grupos de edad.

No obstante lo anterior, la dimensión social del concepto de discriminación está implícita en el listado de causas que se ha decidido proteger, pues todas ellas sirven realmente para identificar colectivos que están en una posición sistemática de subordinación o exclusión en la sociedad; de hecho, el hecho de que no se admitan causas distintas de las protegidas ha facilitado que la prohibición de discriminación no se diluya en el principio de igualdad formal, a pesar del lenguaje individualista y aparentemente insensible a las diferencias sociales. Asimismo, la admisión explícita de la acción positiva y de la discriminación indirecta -primero en la jurisprudencia y luego en el texto de las directivas- implica necesariamente un reconocimiento de esta perspectiva social, aunque desafortunadamente también en este caso los preceptos se hayan redactado como si se enfocaran en los individuos. Esta falta de articulación provoca problemas interpretativos, por cuanto, en el caso de las medidas de acción positiva, no quedan del todo claros los parámetros para determinar sus límites²⁶ y, respecto a la discriminación indirecta, generalmente no se toman en consideración los prejuicios colectivos sufridos por el grupo social victimizado en el examen de proporcionalidad²⁷.

Ahora bien, de estas deficiencias teóricas de la normativa antidiscriminatoria de la Unión Europea no se desprende una valoración negativa global de su impacto real sobre la sociedad. Al contrario, es indudable que estas normas han influido de manera muy intensa y fructífera a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, poniendo en valor la prohibición de discriminación más allá de proclamaciones abstractas. Por otra parte, en términos globales, la jurisprudencia del TJUE ha tenido un papel muy importante en el reconocimiento de la igualdad real y en la lucha contra las discriminaciones basadas en la adscripción a grupos sociales determinados, que frecuentemente ha trascendido la literalidad de los preceptos

lenguaje individualista, que omite referencias a grupos o colectivos y se refiere a motivos abstractos o a las desventajas ocasionadas por estos motivos.

²⁶ Puede consultarse la doctrina del TJUE en las sentencias *Kalanke*, de 17-10-1995; *Marschall*, de 11-11-1997; *Abdoulaye*, de 16-9-1999; *Badeck y otros*, de 6-7-2000; *Abrahamsson y Leif Anderson*, de 6-7-2000; *Griesmar*, de 29-11-2001; *Lommers*, de 19-3-2004; *Briheche*, de 24-7-2003; *Roca Álvarez*, de 30-9-2010; *Konstantinos Maïstrellis*, de 16-7-2015; *Petya Milkova* de 9-3-2017; *Cresco Investigation*, 22-1-2019; *WA*, 12-12-2019.

²⁷ Así, por ejemplo, los supuestos de discriminación indirecta por razón de religión tienden a contemplarse, en realidad, desde la óptica, necesaria pero puramente individualista de la libertad religiosa (*agere licere*), sin hacer referencia al riesgo de que determinados colectivos minoritarios se sitúen en una posición de subordinación en la sociedad por razón de sus prácticas religiosas.

a partir de parámetros teleológicos y sociológicos que, sin embargo, no se han terminado de sistematizar. En último término, como hemos señalado anteriormente, el hecho de que la normativa de la UE se haya enfocado en un listado cerrado de causas que en todo caso se corresponden con grupos vulnerables ha favorecido que la finalidad intrínsecamente social de la prohibición de discriminación no se haya diluido en el principio de igualdad formal. Sin embargo, estos defectos teóricos han supuesto algunos límites para la tutela antidiscriminatoria, que precisamente podrían abordarse con la transposición al modelo constitucional español.

2.4. Retos para la regulación legal

En este contexto, la promulgación de una ley integral sobre igualdad y no discriminación puede ser una ocasión adecuada para integrar adecuadamente todas estas perspectivas aparentemente contradictorias. En concreto, para cumplir eficazmente con estas funciones en el contexto de la intersección entre el modelo de la Constitución y el modelo de la Unión Europea, la ley debe afrontar los siguientes retos:

- En primer lugar, es necesario definir expresamente el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, tomando en consideración la dimensión social de esta última. Esto resulta imprescindible para romper con la palpable confusión que sigue existiendo entre las dos categorías en el discurso y la práctica de los operadores jurídicos y en la propia doctrina académica.
- En segundo lugar, se debería hacer explícita la proyección diferenciada de estos dos principios sobre las relaciones entre particulares, indicando en qué condiciones el principio de igualdad afecta a los sujetos privados.
- En tercer lugar, es conveniente indicar expresamente que la prohibición de discriminación no exige necesariamente la existencia de una situación comparable, en la línea de la doctrina del TC.
- En cuarto lugar, es preciso remarcar el carácter absoluto de la prohibición de discriminación, clarificando, por tanto, los requisitos necesarios para justificar las diferencias de trato que aparentemente se refieren a los motivos reconocidos.
- En quinto lugar, es necesario clarificar el alcance que tiene la función promocional de la normativa antidiscriminatoria en el contexto universalista, dado que esta finalidad parece resultar más efectiva en el modelo particularista.

Como veremos en los siguientes epígrafes, el contenido de esta ley no ha respondido adecuadamente a muchos de estos retos, debido fundamentalmente a que ha omitido toda referencia a un concepto “integral” de discriminación que lo distinga del principio de igualdad.

3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN Y LA INCORPORACIÓN DE “NUEVAS” CAUSAS

La Ley 15/2022 opta decididamente por asumir un enfoque universalista en lo que respecta a su ámbito de aplicación subjetivo, dado que manifiesta expresamente que la titularidad del derecho corresponde a todas las personas, con independencia de su edad, nacionalidad y situación administrativa (art. 2.1). En este sentido, la STC 237/2000 había declarado ya en su día que, no obstante la mención literal a los “españoles” en el primer inciso del art. 14, la prohibición de discriminación alcanza también a los ciudadanos extranjeros (STC 237/2000, F.1), lo que resulta ineludible, por cuanto no puede excluirse a ninguna persona de los derechos inherentes a la dignidad humana, reconocidos, por otra parte en los convenios multilaterales. Cuestión distinta es que la nacionalidad o la situación administrativa de los extranjeros puedan ser criterios válidos de diferenciación jurídica, siempre que no constituyan discriminaciones directas o indirectas, por ejemplo, por razón del origen nacional.

En cambio, en relación con su ámbito de aplicación objetivo, la ley establece una enumeración aparentemente cerrada de los ámbitos sociales a los que se aplica la prohibición (art. 3.1). Ello supone una notable expansión respecto al ámbito de protección previsto en las directivas antidiscriminatorias, pero que, sin embargo, no llega a formularse en clave universalista. De hecho, este listado es tan amplio que resulta farragoso y opera en detrimento de la seguridad jurídica y de la eficacia simbólica de la norma, porque el lector difícilmente puede retener todos los ámbitos sociales a los que se aplica este importante derecho constitucional o deducir en qué espacios no estaría vigente²⁸. No obstante, lo cierto es que la eficacia directa del segundo inciso del art. 14 CE no deriva de la voluntad del legislador, sino que se desprende directamente del texto constitucional, por lo que, también en los ámbitos aparentemente excluidos sería ineludible aplicar la prohibición de discriminación, de manera que, o bien la ley es inconstitucional en este punto, o bien el listado debe ser interpretado como una enumeración abierta. En definitiva, la técnica normativa de enumeración pormenorizada de los espacios afectados resulta apropiada en el modelo particularista de la Unión Europea, que, además, está limitado por las competencias de la Unión, pero carece de sentido en un modelo como el nuestro.

Ciertamente, la discriminación es siempre un tratamiento jurídicamente significativo, por lo que no afecta, por ejemplo, a las relaciones amistosas, afectivas o sexuales ni abarca la mera expresión de los prejuicios en sí misma considerada, salvo que provoque un daño constatable (como en el acoso o los delitos de odio),

²⁸ A primera vista, parece que no estarían incluidas, por ejemplo, las sucesiones testamentarias (aunque la herencia es un derecho reconocido en el art. 33 CE) o la pertenencia a asociaciones o clubs privados que sean de interés social y económico ni afecten a las esferas ya señaladas (aunque el art. 22 CE establece el derecho de asociación).

porque estos comportamientos no atañen en principio a la posición socio-jurídica de las víctimas. Por lo tanto, el problema podría haberse abordado siguiendo la pauta de los convenios multilaterales de derechos humanos y el Protocolo 12 del CEDH, es decir, estableciendo un concepto de discriminación que estuviera vinculado al disfrute de los derechos reconocidos por el ordenamiento.

Otro aspecto que se podría relacionar *a priori* con el ámbito de aplicación de la ley es el de las causas de discriminación reconocidas de manera expresa. A este respecto, tal y como se explica en la Exposición de Motivos, el art. 2.1 de la ley ha tomado como referencia inicial el contenido del art. 14 CE, incluyendo la cláusula abierta final, pero añadiendo las causas protegidas específicamente por las directivas antidiscriminatorias que no estuvieran en dicho artículo, así como otras clasificaciones que se han considerado socialmente relevantes (enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, identidad sexual, expresión de género, lengua y situación socioeconómica).

Lo cierto es que, desde la perspectiva del contenido esencial de la prohibición de discriminación, no pueden realmente “añadirse” nuevas causas en sentido estricto, dado que el art. 14 CE es una norma vinculante que tiene una cláusula abierta y, por lo tanto, debe considerarse que todas las causas de verdadera discriminación grupal están previamente incluidas en ella, diga lo que diga el legislador. De hecho, en el modelo universalista carecen de sentido las discusiones “esencialistas” que se producen en los modelos particularistas (como el norteamericano o el de la UE) respecto a la delimitación de las clasificaciones protegidas de otras categorías equiparables: distinción entre religión e ideología, diferenciación entre convicciones filosóficas y convicciones políticas, enfermedad discapacitante y no discapacitante, etc.²⁹. En todo caso, la aparición de nuevas causas puede atender a una finalidad simbólica o preventiva, poniendo de manifiesto de manera explícita los procesos de subordinación o exclusión de determinados grupos sociales, con objeto de combatir su normalización. Por supuesto, también pueden añadirse nuevas causas desde una perspectiva promocional, con objeto de establecer medidas específicas de igualdad de trato y oportunidades que atiendan a las particularidades necesidades de estos colectivos, o incluso obligaciones adicionales del empresario u otros sujetos que se terminen integrando en el concepto de discriminación, como el caso de los ajustes razonables o la obligación de adoptar medidas contra el acoso sexual o sexista.

No obstante, la incorporación de nuevas causas de discriminación también puede generar una mayor confusión a efectos preventivos y de tutela cuando no

²⁹ Lo que en último término resulta muy beneficioso para la eficacia de la tutela, porque en realidad, por más que nos lo propongamos, los grupos humanos no son esencias metafísicas inmutables y de fronteras totalmente delimitadas por criterios objetivos, sino que operan en la práctica como clasificaciones variables y contingentes en función de las circunstancias concurrentes en cada caso.

se cuenta con un concepto de discriminación claro y preciso, como es el caso. En primer lugar, cabe la posibilidad de que se incorporen criterios de diferenciación que realmente no pueden calificarse como “discriminaciones” desde la perspectiva constitucional, porque no afectan a las relaciones de poder entre los grupos humanos. Sin duda, el legislador tiene un amplio margen para prohibir un gran número de diferencias de trato, pero, si estas desigualdades injustificadas se mezclan arbitrariamente con las causas de discriminación grupal, se termina diluyendo la prohibición de discriminación en el principio de igualdad formal, desactivando la virtualidad de la tutela antidiscriminatoria. Por otra parte, también puede suceder que, aunque las clasificaciones que se incorporen sean adecuadas, se produzca una cierta incertidumbre respecto a su aplicación, dado que es muy habitual que en la formulación de las “causas de discriminación” se confundan los grupos sociales a los que se quiere proteger con los rasgos distintivos que se utilizan para adscribir a las personas a estos grupos. Esto sucede, por supuesto, respecto a las causas de discriminación comunmente aceptadas, como el “color de la piel”, la “edad” o la “discapacidad”, pero se plantea seguramente con mayor intensidad en causas menos conocidas como la “lengua” o la “enfermedad”, mencionadas expresamente en la nueva ley³⁰.

Sin duda, la “lengua” opera como marcador o rasgo distintivo que se utiliza para situar a las personas en determinados grupos sociales, generalmente basados en el origen étnico, de modo que esta causa de discriminación se reconoce expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos y un gran número de instrumentos internacionales³¹. Sin embargo, desde otra perspectiva, el hecho de que una persona domine o no una determinada lengua puede ser muy relevante como criterio de diferenciación jurídica, por ejemplo, a efectos de determinación de las cualificaciones laborales o de los criterios de selección para determinados puestos en los que se utiliza este idioma; en este último caso, no nos encontraríamos ante una discriminación directa, porque la causa de la diferencia de trato no es la adscripción al grupo social, aunque ciertamente debería aplicarse el esquema de justificación de la discriminación indirecta en la medida en que el establecimiento del requisito tenga un impacto desfavorable sobre determinados grupos sociales configurados en torno a la lengua.

³⁰ En el caso de la “identidad sexual” o la “expresión de género” hay menos dificultades para relacionar las circunstancias mencionadas con la generación de grupos sociales que se sitúan o pueden situarse en una posición sistemática de inferioridad (en este sentido, la STC 67/2022 reconoce sin problemas que son causas de discriminación). También la “posición socioeconómica” define grupos sociales clásicos, como son las clases sociales. Por supuesto, en estos casos también resulta disfuncional que la ley no haya construido un concepto analítico de discriminación, pero esto no se pone de manifiesto por la inclusión de la causa.

³¹ Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales; Convenio Europeo de Derechos Humanos (y Protocolo 12); Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. También aparece en el Estatuto de los Trabajadores.

Mucho más polémica ha sido entre nosotros la inclusión expresa de la “enfermedad”, junto con otros rasgos distintivos relacionados con las posibles clasificaciones sociales asociadas a la enfermedad (condición de salud, estado serológico y predisposición genética a sufrir patologías y trastornos). En realidad, no puede negarse que el campo semántico de la “enfermedad” es apto para configurar grupos socialmente subordinados, como por ejemplo, el de los enfermos de SIDA o portadores del VIH³². Precisamente por ese motivo, la enfermedad ha sido expresamente reconocida como causa de discriminación autónoma en algunos instrumentos internacionales³³, por lo que no habría razones para cuestionar su inclusión en la ley.

La polémica se debe, en realidad, al contexto del ordenamiento jurídico español, en el que el concepto de “discriminación por enfermedad” se ha utilizado fundamentalmente para abordar el problema de la calificación del despido del trabajador motivado por la suspensión de su contrato por incapacidad temporal. Por supuesto, esta conducta es ilícita y además resulta particularmente “odiosa” o injusta, al tratarse de una represalia por el ejercicio de un derecho, que, además, está relacionado con la salud y viene impuesto por circunstancias ajenas al trabajador. Sin embargo, la protección brindada por la calificación de “despido improcedente” resulta insatisfactoria, en realidad por una configuración deficiente de la indemnización, que se hace depender exclusivamente de la antigüedad y el salario³⁴. De este modo, en la práctica, en España el empresario puede despedir impunemente (o extinguir el contrato durante el período de prueba) a un trabajador de reciente contratación solamente por el hecho de que este haya suspendido su contrato por enfermedad, lo que indudablemente repugna a la conciencia de la mayoría de los juristas. Por eso, un amplio sector de la doctrina iuslaboralista y de los jueces se ha rebelado contra esta patente injusticia sosteniendo insistentemente que estos despidos deben calificarse como nulos, en la mayoría de los casos sobre la base de una supuesta discriminación por enfermedad o discapacidad. A grandes rasgos, estos planteamientos han sido rechazados en repetidas ocasiones -aunque con muchos matices- por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (este último, en relación con la discapacidad). En realidad, estas sentencias, en las que no podemos detenernos aquí, no se oponen a que la enfermedad -o, en su caso, la enfermedad discapacitante- se consideren

³² *Vid.* STEDH *Kituyin v. Rusia*, de 10-3-2011, Apdo. 4 .

³³ Art. E (parte V) de la Carta Social Europea y art. 4.3 del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Por otra parte, el art. 21.1 de la CDFUE se refiere a las características genéticas (conectando con la referencia de la ley a la predisposición genética a sufrir patologías y trastornos). En el plano comparado, hay que recordar que el art. 1 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe la discriminación por las condiciones de salud.

³⁴ Lo que, por otra parte, seguramente es incompatible con la Carta Social Europea, aunque no podemos ocuparnos aquí de este problema.

como causas válidas de discriminación, sino solamente a que cualquier despido fundado en una suspensión por incapacidad temporal se califique automáticamente como discriminatorio.

A este respecto, hay que destacar particularmente la doctrina del TC, en la medida en que este órgano es el intérprete supremo del art. 14 CE, que, como hemos visto, comprende una cláusula abierta de efecto directo sobre los particulares. A este respecto, la STC 62/2008 ha declarado expresamente que la enfermedad puede constituir una causa prohibida de discriminación, siempre que se constituya en elemento de segregación³⁵. Ciertamente es que algunos detalles de su razonamiento contienen elementos incoherentes que deben ser revisados, como sucede con la aparente exclusión de las consideraciones basadas en la aptitud laboral o el interés empresarial, pero a grandes rasgos este planteamiento conecta con su doctrina reiterada sobre las diferencias entre igualdad y discriminación, que vincula esta última a la posición desventajosa y contraria a la dignidad humana que sufren las personas por su adscripción a determinados grupos sociales.

Así pues, por muy graves que sean las deficiencias de la regulación del despido derivado de la incapacidad temporal, no puede eximirse al demandante de la carga de configurar un grupo social afectado para formular sus alegaciones de discriminación directa o indirecta, pues, de lo contrario, se estaría confundiendo la discriminación con la injusticia, lo que implicaría una banalización de la tutela antidiscriminatoria, al diluir su dimensión necesariamente grupal en la perspectiva puramente individualista del principio de igualdad formal. Dependiendo de las circunstancias concurrentes, el grupo social afectado podría ser el sexo, la edad o la discapacidad, pero también, por supuesto, la propia situación de enfermedad, el estado serológico o la predisposición (real o supuesta) a padecer determinadas enfermedades. En realidad, como ya hemos indicado, en un sistema universalista deja de ser relevante la distinción entre enfermedad y discapacidad, siempre que se verifique la pauta discriminatoria y, de hecho, el empresario podría discriminar al trabajador atribuyéndole dolencias inexistentes o discapacidades imaginarias que no son tales. Por supuesto, una enfermedad “de larga duración” -asimilada a la discapacidad por la doctrina del TJUE en base al marco internacional- es mucho más apropiada para configurar grupos sociales que una contingencia puramente coyuntural (como la apendicitis o la gripe), pero no se debe descartar que en determinadas circunstancias, las enfermedades relativamente breves -o incluso puramente imaginarias- permitan configurar grupos sociales efímeros por su

³⁵ “[...] no cabe duda de que el estado de salud del trabajador o, más propiamente, su enfermedad, pueden, en determinadas circunstancias, constituir un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en el art. 14 CE, encuadrable en la cláusula genérica de las otras circunstancias o condiciones personales o sociales contempladas en el mismo [...] cuando el factor enfermedad sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece”.

efecto estigmatizante o segregador, por miedo al contagio o por su vinculación con estereotipos o prejuicios relacionados con una valoración moral de la supuesta conducta del enfermo; así, por ejemplo, podría suceder con la COVID (al menos en un primer momento) o con la “viruela del mono”.

Desde esta perspectiva, la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, dado que el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación³⁶. A mayor abundamiento, esta causa había sido ya reconocida expresamente en el art. 6.1 de la Ley 33/2011, General de Sanidad. Por supuesto, al margen de estas consideraciones, el legislador podría establecer en cualquier momento la nulidad de las extinciones del contrato motivadas por una situación de IT, pero para esto no es necesario devaluar el concepto constitucional de discriminación, que es de base grupal. En realidad, también podría prohibir una determinada conducta y llamarla impropia “discriminación”, por ejemplo, en el texto del Estatuto de los Trabajadores, si bien esto sería absolutamente criticable desde el punto de vista teórico. No obstante, no puede interpretarse de manera automática que el legislador ha generado una causa de discriminación impropia a efectos laborales solamente por el hecho de que una ley que claramente se dirige a combatir la discriminación grupal prohibida por la Constitución haya incorporado expresamente una causa de discriminación que ya estaba previamente reconocida en textos internacionales y la jurisprudencia del TC. Si se menciona expresamente la enfermedad en esta ley o en la Ley de Sanidad, debe entenderse que se hace en el marco de la doctrina del TC sobre el art. 14 CE.

Esto no quiere decir que la tutela deba ser necesariamente restrictiva, al menos en los casos en los que se consiga reconstruir la adscripción directa o indirecta a un grupo social determinado. Así, por ejemplo, si las represalias frente a una determinada suspensión por enfermedad provocan o pueden provocar un impacto desfavorable sobre determinados colectivos definidos por su edad, discapacidad o estado de salud, entonces se aplicará el esquema de la discriminación indirecta y es evidente que un despido sin causa legal nunca puede pasar ese filtro³⁷. Con una adecuada configuración del grupo social afectado, la discriminación indirecta puede cubrir seguramente un gran número de supuestos problemáticos.

³⁶ En una primera lectura de la ley, defendimos en su momento que esta venía a zanjar la polémica sobre el despido derivado de IT, aunque a costa de confundir el concepto de discriminación con el de injusticia. Sin embargo, un análisis más reposado nos lleva a concluir que el mero hecho de que se incluya la enfermedad como causa de discriminación, en sí mismo considerado, no puede implicar una distorsión de la interpretación del TC de una causa que, en realidad, ya estaba incluida previamente en el art. 14 CE. En contra de la interpretación que defendemos, han aparecido algunas sentencias de Juzgado de lo Social que afirman la nulidad automática del despido fundado en la incapacidad temporal por enfermedad.

³⁷ En realidad, ni siquiera es necesario que la víctima de discriminación indirecta pertenezca a los colectivos perjudicados, aunque no podemos detenernos aquí en los motivos que nos permiten llegar a esta conclusión.

Ahora bien, lo que sí puede hacer el legislador es introducir garantías adicionales respecto a las causas de discriminación reconocidas, con una finalidad preventiva o promocional, que podrían aplicarse sin necesidad de acreditar la concurrencia de discriminación, pero con la finalidad de abordar las desigualdades sistemáticas que afectan a determinados grupos sociales. En este sentido entendemos que las demás referencias a la enfermedad en el texto de la ley deben interpretarse como garantías específicas destinadas a combatir las desigualdades sistemáticas que sufren las personas por razón de enfermedad o discapacidad, aunque no se verifique la discriminación. Así, el art. 2.3 limita considerablemente las diferencias de trato basadas en la enfermedad, reproduciendo lo que ya señalaba el art. 6.3 de la Ley General de Sanidad; por su parte, el art. 9.5 prohíbe preguntar por el estado de salud en la selección de personal y, por último, el art. 15.2 recuerda que la enfermedad no puede implicar perjuicios en la atención sanitaria. Estas garantías o medidas promocionales justifican también la inclusión expresa de la enfermedad como causa de discriminación, pero no implican en sí mismas la calificación automática de nulidad del despido basado en la incapacidad temporal, dado que esta conducta es en todo caso ilícita.

4. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN

4.1. La disolución de la discriminación directa en el principio de igualdad

La adaptación de la normativa antidiscriminatoria europea al modelo constitucional español se ha encontrado con un obstáculo de técnica normativa. El legislador español ciertamente ha hecho un esfuerzo de refundición y sistematización de todas las directivas antidiscriminatorias en una norma única, pero más allá de esto, ha reproducido a grandes rasgos su redacción. Como consecuencia de ello, los defectos dogmáticos o teóricos de la normativa de la UE, que no resultaban especialmente problemáticos desde la óptica particularista se han traspasado al ordenamiento español, sin adaptarlos a la lógica universalista.

En efecto, siguiendo la lógica del derecho de la Unión Europea el legislador no lleva a cabo ninguna distinción entre los conceptos de igualdad y discriminación, sino que, por el contrario, postula un único “derecho a la igualdad de trato y no discriminación”. Esto no resulta particularmente problemático cuando la “igualdad de trato” se define en relación con determinadas causas ligadas a la pertenencia a grupos sociales, porque en ellas el concepto real de discriminación está implícito y puede ser recuperado por el intérprete, pero, cuando se aplica a una cláusula abierta, existe un riesgo muy importante de diluir la prohibición de discriminación en el principio de igualdad formal. El problema se agrava porque, como hemos adelantado, este “derecho a la igualdad y no discriminación” que constituye el eje de toda la regulación no se define realmente en ninguno de sus preceptos, sino que

se formula de manera aparentemente circular (art. 4.1): la igualdad no es otra cosa que la ausencia de discriminación y, por tanto, las conductas discriminatorias, son precisamente las que se oponen a la igualdad de trato.

Ciertamente, para salir de este razonamiento circular, el legislador enumera una pluralidad de conductas contrarias al “derecho a la igualdad”, si bien, siguiendo una vez más el patrón de las directivas, no hace explícita la conexión real que existe entre todas ellas. Como consecuencia de ello, se incorpora de nuevo un listado largo y farragoso de conceptos, de difícil asimilación, que opera en detrimento de la eficacia simbólica o preventiva de la norma. Afortunadamente, estos comportamientos se definen uno por uno en el art. 6 de la Ley. Sin embargo, se plantea un problema importante respecto al concepto de discriminación directa, que es probablemente el más básico y esencial, porque podría decirse que de él derivan todos los demás.

Al igual que en las directivas, la discriminación directa se define como “la situación en que se encuentra una persona o grupo en que se integra que sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otras en situación análoga o comparable por razón de las causas [...]”. A este respecto, hemos de valorar muy positivamente que se haya hecho mención a los “grupos”, en contraposición con la redacción puramente individualista de las directivas antidiscriminatorias, lo que podría facilitar la consideración de los perjuicios colectivos. Sin embargo, el legislador no advierte que es precisamente esta dimensión grupal el elemento que caracteriza a la discriminación y permite distinguir esta conducta de la mera injusticia o de las desigualdades injustificadas. Al omitir este criterio, se termina recurriendo una vez más a la lógica de la comparación entre situaciones equiparables, en abierta contradicción con la doctrina del TC y en detrimento de la eficacia real de la prohibición³⁸.

De nuevo, en las directivas antidiscriminatorias, este problema se solventa en parte gracias a la referencia expresa a un listado cerrado de categorías que en realidad se corresponden con grupos sociales victimizados. Sin embargo, como se ha dicho, la Ley 15/2022 establece una cláusula abierta, prohibiendo las diferencias de trato, no solo por las causas expresamente mencionadas, sino también “por cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (arts. 2.1 y 5.1). Salta a la vista que este enunciado es muy amplio y podría abarcar prácticamente cualquier característica imaginable concurrente en una persona, pero esto podría llevarnos a conclusiones absurdas, dado que la diferenciación jurídica es una condición necesaria para la propia existencia del Derecho. Para resolver adecuadamente este dilema, es necesario contar con un concepto de discriminación

³⁸ Así, por ejemplo, puede suceder que cuanto más precaria sea la situación de un determinado colectivo, más acusadas sean las “diferencias” con el resto de la población y, por tanto, más difícil la comparación, como explica MacKinnon, C., “Reflections on Sex Equality Under Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, n° 5, 1991, p. 1296.

que nos proporcione elementos de juicio para determinar en qué condiciones la circunstancia alegada es análoga a las expresamente prohibidas. En su defecto, la tendencia será, inevitablemente, acudir a la confortable, pero engañosa lógica circular del principio de igualdad formal, según la cual están justificadas las diferencias de trato que resultan razonables y no están justificadas aquellas que son irrazonables. Por consiguiente, al no haberse establecido los elementos definitorios de la discriminación, lo más probable es que el criterio para identificar nuevas causas de discriminación no sea otro que el de su razonabilidad, disolviéndose así la tutela antidiscriminatoria en el principio de igualdad formal.

Puede que este problema no sea muy significativo, en la medida en que el listado de causas expresamente reconocidas es muy amplio y omnicompreensivo, pero resulta mucho más peligroso que este razonamiento se termine extendiendo a las causas de discriminación ampliamente aceptadas. Estas se convierten entonces en meras categorías “sospechosas” de resultar arbitrarias, como si el problema que la prohibición de discriminación intenta afrontar fuera la falta de lógica o la irracionalidad en la toma de decisiones, en lugar de la generalización de pautas sistemáticas de subordinación o exclusión de determinados grupos sociales. De hecho, estas pautas a menudo siguen una racionalidad instrumental, pero perversa, porque la explotación, subordinación y exclusión de determinados grupos humanos puede resultar funcional a determinados fines. Este planteamiento de las “categorías sospechosas” conecta, además, con el hecho de que parece indispensable considerar la posibilidad de justificar determinadas diferencias de trato que a primera vista están vinculadas con las causas de discriminación expresamente reconocidas. Así, por ejemplo, es indudable que, al menos en el estado actual de la tecnología, no se puede contratar a un ciego como conductor de autobuses y, por tanto, esto no puede ser una discriminación por razón de discapacidad. Una vez más, sin un concepto apropiado de discriminación, existe un riesgo significativo de terminar acudiendo a los esquemas de justificación reconocidos, convirtiendo el enjuiciamiento de la discriminación en un test de racionalidad.

Desgraciadamente, la Ley 15/2022 sucumbe a esta tentación, porque eleva a principio general el esquema de justificación de la discriminación indirecta, desgajándolo de este concepto [no se menciona en el art. 6.1 b)] y convirtiéndolo en una excepción general al principio de igualdad de trato [arts. 2.2 y 4.2], que aparentemente se utilizaría también respecto a la discriminación directa o, llevando la idea a sus últimas consecuencias, incluso al acoso discriminatorio. Así pues, según este precepto, no se consideran discriminatorias las conductas que pudieran justificarse objetivamente por una finalidad legítima y como medio adecuado, necesario y proporcionado para alcanzarla. Es evidente que este planteamiento se opone abiertamente al Derecho de la Unión Europea, que solo admite este esquema para la discriminación indirecta y la discriminación directa por razón de edad, al margen de lo que ya se ha mencionado respecto al “requisito profesional esencial y

determinante”, que en realidad alude solo a una distinción aparentemente directa³⁹. Por otra parte, a nuestro juicio, esta traslación del esquema de justificación también se opone a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que establece el carácter totalmente excepcional de las diferencias de trato en este caso, así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que para determinadas causas prohíbe totalmente las distinciones directas motivadas exclusivamente en la pertenencia al grupo vulnerable.

La ley parece ir incluso más allá de este test de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad, por cuanto la lectura literal de su artículo 2.2. permitiría al legislador autorizar las diferencias de trato basadas en las causas de discriminación por un mero acto de voluntad, incluso sin que concurra un propósito legítimo, dado que se utiliza una conjunción disyuntiva⁴⁰. Por supuesto, esta interpretación es claramente inviable, porque su inconstitucionalidad estaría fuera de toda duda, pero es una muestra de que el texto de la ley se ha visto influido por la idea subyacente de que la discriminación es una desigualdad expresamente prohibida por la ley en lugar de una conducta que se opone a un derecho humano básico de aplicación directa e inmediata sobre las relaciones jurídicas públicas y privadas. Asimismo, el art. 18 llega incluso a traicionar la propia terminología de la ley, puesto que prohíbe la elaboración de perfiles policiales o de seguridad privada “discriminatorios”, salvo que se cuente con una justificación objetiva. La apreciación parece absurda, porque si los perfiles se califican como discriminatorios, entonces no deben prevalecer en ningún caso, por mandato del art. 14 CE. En todo caso, la cuestión polémica es determinar cuáles son los elementos que hacen que un perfil policial o de seguridad sea discriminatorio y para ello hace falta un concepto adecuado de discriminación.

Por otra parte, el traslado de este esquema de justificación a la discriminación directa resulta muy problemático, porque no se pone el énfasis en los elementos definitorios de la discriminación, sino en la legitimidad de los objetivos perseguidos. Como consecuencia de ello, se podría llegar a instrumentalizar la dignidad de las personas, poniéndola al servicio de otros fines “legítimos”, en caso de que concurrieran motivos muy poderosos o que así lo permitieran los prejuicios y estereotipos de la cultura dominante, como ha sucedido numerosas veces en el pasado. Un ejemplo muy ilustrativo es el de la reclusión forzosa de los ciudadanos japoneses o de origen étnico japonés en campos de concentración en Estados Unidos durante la II Guerra Mundial, admitida por el Tribunal Supremo norteamericano

³⁹ Curiosamente, durante la tramitación parlamentaria se ha suprimido la referencia al requisito profesional esencial y determinante, con objeto de evitar una excesiva apertura de los esquemas de justificación legales (Enmienda número 156 del Grupo Parlamentario Republicano, BOCG-14-B-146-4, pp. 93-94). En todo caso, recordemos que la Ley 62/2003, sorprendentemente, no ha sido derogada, por lo que en realidad se mantendría también la referencia al requisito profesional esencial y determinante (art. 34).

⁴⁰ “Podrán establecerse diferencias de trato cuando los criterios para tal diferenciación sean razonables y objetivos y lo que se persiga es (sic) lograr un propósito legítimo o así venga autorizado por norma con rango de ley”.

en base a la finalidad de evitar una invasión japonesa de la Costa Oeste⁴¹. Por supuesto, dado que esta idea repugna a nuestra conciencia actual, podríamos razonar inmediatamente que, aunque se considerara que existe una finalidad legítima, el resultado sobre la población afectada resultaría “desproporcionado”, por lo que la medida no pasaría el test de racionalidad. En la práctica, sin embargo, es fácil colegir que el resultado es desproporcionado precisamente porque la medida provoca un efecto discriminatorio y no al contrario, del mismo modo que el “acoso discriminatorio” no puede considerarse nunca como “proporcionado” en aras a la consecución del fin legítimo. La dignidad humana no puede ponerse al servicio de otros fines, de modo que lo relevante no es tanto la finalidad de la conducta impugnada, como los efectos que produce sobre sus destinatarios.

Este error de técnica normativa puede tener consecuencias muy graves en lo que refiere a las discriminaciones que resulten económicamente “rationales” porque respondan realmente a intereses empresariales, como sucede con la “discriminación estadística”. Por muy legítimos que sean estos intereses, no debe ser posible justificar diferencias de trato que se basen directamente en la adscripción a grupos sociales subordinados o en los estereotipos y prejuicios que se asocian a la pertenencia a estos grupos.

A nuestro juicio, este es el problema más grave de la Ley 15/2022 y debería ser abordado de inmediato por el legislador, para evitar que la nueva norma termine produciendo más daño que beneficio sobre los grupos vulnerables a los que pretende proteger. Entretanto, naturalmente, deben interpretarse estos preceptos de manera que no se opongan al Derecho de la Unión Europea ni a la Constitución Española, excluyendo totalmente el esquema de justificación de las discriminaciones indirectas en las diferencias de trato directas. De hecho, la propia ley establece, en su art. 7 que la interpretación de sus preceptos debe ser la más favorable a la efectividad de la tutela antidiscriminatoria.

4.2. Otras conductas discriminatorias

Por otra parte, la ley prevé de manera expresa algunas conductas de carácter omisivo: “el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales, la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes” (art. 4.1). A nuestro juicio hubiera sido más claro definir de manera global la discriminación como una acción u omisión y detallar posteriormente las distintas posibilidades de omisión en el resto del articulado, en lugar de engrosar el listado extenso de las conductas “contrarias al principio de igualdad de trato”, pero esto no parece particularmente importante. Por lo demás, resulta muy apropiado que las medidas promocionales extiendan o amplíen

⁴¹ *Hirabayasi v. United States* 32 US, 81 (1943), *Yasui v. United States* 320 US, 115 (1943), *Korematsu v. United States* 323 US, 214 (1944).

el contenido del derecho a no ser discriminado respecto de determinados grupos subordinados, para que este pueda ser efectivo, conectando así con la dimensión social del concepto de discriminación. De hecho, lo mismo sucede con la “denegación de ajustes razonables” para las personas con discapacidad [arts. 4.1 y 6.1 a)]. Estas son precisamente las ventajas del modelo particularista que deben integrarse en nuestro contexto constitucional.

Tampoco resulta particularmente problemática la regulación de las “represalias” (4.1 y 6.6) o la “inducción, orden o instrucción de discriminar” (arts. 4, 6.5 y 8), al margen de lo que se dirá después de la “intolerancia”.

En cuanto al acoso discriminatorio, constituye una mejora técnica la eliminación del requisito de “indeseabilidad” (art. 6.4), que aparece en las directivas antidiscriminatorias. Esta exigencia proviene, en realidad, de las definiciones clásicas de “acoso sexual”, institución donde este elemento tiene *a priori* una cierta lógica. Sin embargo, en la Directiva 2006/54/CE (anteriormente en la 2002/73/CE), su carácter aparentemente acumulativo respecto a la configuración de un ambiente de trabajo humillante o degradante resulta francamente inconveniente, por cuanto puede favorecer la interpretación de que es necesario acreditar específicamente el carácter indeseado de la conducta incluso en situaciones en las que se puede deducir por el contexto que se ha generado un entorno de trabajo contrario a la dignidad humana, pero resulta difícil manifestar o acreditar la oposición expresa de la víctima. Por este motivo, el requisito se eliminó expresamente de la definición de acoso de la LOIEMH. Sin embargo, en la Ley 62/2003 se había mantenido respecto al resto de las causas de discriminación protegidas por la normativa europea, por lo que, paradójicamente, la “indeseabilidad” subsistía en estas causas mientras que había desaparecido en el acoso sexual. La eliminación final del requisito resulta, por tanto, conveniente, aunque hubiera sido deseable que hubiera venido acompañada de una derogación de la regulación de la Ley 62/2003.

Por otra parte, resulta muy oportuna la inclusión de determinadas conductas discriminatorias definidas por la doctrina y la jurisprudencia, que, en realidad, contribuyen a perfilar un concepto de discriminación apropiado, aunque no de manera explícita. Así, las nociones de “discriminación por error” y de “discriminación múltiple e interseccional” contribuyen a eliminar la relevancia del “esencialismo de las causas” propio de los sistemas particularistas al que ya hemos hecho referencia. Carece de importancia que la causa concorra “realmente” -de hecho, podría ser una clasificación totalmente imaginaria- o que responda a unas fronteras totalmente delimitadas, por cuanto la situación de vulnerabilidad se configura en realidad en relación con las circunstancias realmente concurrentes en cada caso, que varían en función del contexto⁴². Por otra parte, la incorporación expresa a esta ley del

⁴² Así, la STEDH, *B.S. v. España*, de 24-7-2012, Apdo. 62 se refiere a la particular vulnerabilidad de una mujer de origen africano que ejerce la prostitución y la STEDH *V.M. y otros v. Bélgica*, Apdo. 191 a la población de origen romaní con discapacidad.

concepto de “discriminación por asociación”⁴³ y, una vez más, el reconocimiento de la “discriminación por error” contribuyen a poner de manifiesto el hecho de que perjuicio individual (de la víctima concreta del trato peyorativo) y el perjuicio social (del grupo subordinado) no tienen por qué coincidir en la misma persona, lo que permite resolver otras cuestiones, como la posibilidad de que el trabajador varón que realiza tareas feminizadas plantee acciones por discriminación indirecta.

Mayores complicaciones supone el concepto de “segregación escolar” (arts. 6.8, 12.3 y 12.4) que se define como una separación del alumnado por la concurrencia de alguna de las causas de discriminación sin que concurra una justificación objetiva y razonable. Una vez más, se pone erróneamente el énfasis en la “justificación de la diferencia de trato” en lugar de en el elemento clave, que es el de la eventual producción de un perjuicio sistemático sobre las personas adscritas a los grupos sociales que se separan. En efecto, el dato esencial para analizar todos los supuestos de separación escolar es la valoración de si estos contribuyen o no a reproducir las relaciones sistemáticas de desigualdad entre los grupos, no solo en la teoría, sino también en la práctica. Ahora bien, desde la lógica de la ley, si la segregación se define como separación injustificada, entonces habría de incluirse expresamente entre las conductas contrarias a la igualdad de trato, pero curiosamente no se reconoce como tal. Del mismo modo, parece incoherente que en el art. 13.2 se declare que no se puede subvencionar a los centros que practiquen segregación escolar (en la línea de lo previsto en la LO 3/2020) y, al mismo tiempo, se sostenga literalmente que esta segregación es discriminatoria. Si realmente se considera que la educación diferenciada es discriminatoria cuando no esté justificada, entonces la conclusión debería ser su prohibición y no la pérdida de apoyo económico, que procedería únicamente cuando la separación no se considerara discriminatoria, pero sí inconveniente desde la óptica de la igualdad sustancial. Seguramente todas estas ambigüedades se deban a las dificultades para articular una política de lucha contra la segregación escolar (al menos en lo que refiere a la educación diferenciada por sexos) con la criticable doctrina de la STC 31/2018, en cuyos pormenores no podemos detenernos aquí.

Por último, resulta muy llamativo que a lo largo de toda la ley se haga referencia a la categoría de “intolerancia”, dando a entender que se trata de una conducta distinta a la discriminación, aunque también reprobable, pero que no se define en ningún momento. En realidad, este término deriva de una serie de enmiendas del Grupo Parlamentario Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, dándose la circunstancia de que algunas de ellas han sido admitidas y otras no, lo

⁴³ Este concepto aparece por primera vez en la STJUE de 17-7-2008, *Coleman*, Apdo. 56 y posteriormente se ha concretado en otras resoluciones judiciales. Con anterioridad a esta ley, se había reconocido ya expresamente en la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusión Social [arts 2 e) y 63]. Asimismo, la agravante de la motivación discriminatoria del art. 22.4 CP incide en la disociación entre el perjuicio de la víctima y el perjuicio social del grupo afectado, apuntando tanto a la discriminación por error como a la discriminación por asociación.

que ha roto la coherencia de la propuesta inicial. En la Enmienda 13, este grupo proponía una definición concreta de las “acciones de intolerancia”⁴⁴, vinculada a las “expresiones estigmatizantes”⁴⁵, es decir, a las manifestaciones verbales o no verbales de los prejuicios y estereotipos degradantes que afectan a determinados colectivos que no puedan calificarse como delito ni constituyen discriminación o acoso y que, por tanto, contribuyen a las desigualdades sistemáticas, pero de manera aislada no provocan un perjuicio jurídicamente relevante. A nuestro juicio, resulta poco operativo -porque no pueden abarcarse todas estas conductas- e incluso contraproducente -por sus efectos secundarios sobre la libertad de expresión- combatir estas “expresiones estigmatizantes” con la técnica básica de la prohibición de discriminación, que es la imputación de responsabilidad a una persona física o jurídica, resultando a estos efectos más apropiadas las medidas educativas que la represión directa de las conductas aisladas e individualizadas. Creemos que el legislador comparte esta postura y por ello no ha admitido la propuesta de que se prohíban expresamente las acciones de intolerancia, pero sí ha hecho referencia expresa a estas conductas en las medidas relacionadas con la sensibilización, formación y educación (arts. 12.2, 13.7, 22.2, 33.4, 35.1, 39, 48.3, 53.3); desde esta perspectiva, podría resultar discutible que se haga referencia a las “víctimas de la intolerancia” (arts. 53.1 y 53.2), pero lo cierto es que las expresiones estigmatizantes pueden provocar un impacto significativo sobre sus receptores, debido a su generalización social: el daño causado por la conducta imputable al individuo puede ser demasiado pequeño como para ser jurídicamente relevante, pero la acumulación de estos comportamientos puede terminar afectando seriamente a la dignidad, de manera similar a lo que sucede en el acoso, si bien en este caso la responsabilidad se diluye en la sociedad en su conjunto⁴⁶.

⁴⁴ “[...] aquellos actos o conjunto de actos, manifestaciones o conductas que, no teniendo consideración de ilícito penal, expresen irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de las personas, por la diversidad de las culturas, de las convicciones religiosas y de culto, y hacia las distintas maneras de manifestar la condición humana, por ser diferentes o entenderlas contrarias, atacando el principio de igualdad y de universalidad de los derechos humanos. Las acciones de intolerancia en cualquier ámbito incluyen la exclusión, marginación, segregación y los incidentes de odio como aquellos hechos que sean percibidos por la víctima u otra persona o cualquier otro testigo que, aunque la víctima no lo perciba, pueda estar en relación con un comportamiento de intolerancia, incluida la ostentación pública de aquella simbología que divulguen estos actos de intolerancia y difunda el discurso de odio.”

⁴⁵ *Vid.* Quinn, P., “The problem of stigmatizing expressions: The limits of anti-discrimination approaches”, *International Journal of Discrimination and the Law*, Vol. 17 (1), 2017.

⁴⁶ Así, por ejemplo, si una persona homosexual escucha casualmente por la calle un chiste ofensivo sobre su orientación sexual, el efecto de este comportamiento aislado es demasiado pequeño como para provocar un daño jurídicamente significativo. Sin embargo, el hecho de haberse criado en un entorno social en el que estas burlas se llevan a cabo de manera generalizada y sistemática, puede terminar afectando a su autoestima.

5. LOS LÍMITES DE LA FUNCIÓN PROMOCIONAL EN UN MODELO UNIVERSALISTA

Como hemos visto, la función promocional de la normativa antidiscriminatoria conecta bien con el modelo de regulación particularista, dado que este permite enfocar la atención en un número limitado de causas, adoptando medidas diferentes en función de las particularidades de cada una de ellas. En cambio, en una ley general de carácter universalista relativa a cualquier causa de discriminación imaginable, el margen de la acción promocional es mucho más limitado.

El papel de la Ley 15/2022 en este sentido ha consistido básicamente en establecer un marco general que favorezca la aplicación de medidas promocionales en los distintos ámbitos de la sociedad a través de otros instrumentos, ya sea leyes en sentido formal, normas reglamentarias, políticas públicas, o medidas de acción positiva o de responsabilidad social corporativa. Así deben interpretarse, por ejemplo, los preceptos relativos a la formación y sensibilización en materia de igualdad de trato en distintos ámbitos (arts. 12.3, 13.3, 13.6, 14, 24.2, 33.4, 33.4, 38 y 54), la elaboración de estudios y estadísticas (art. 36), las medidas de acción positiva o responsabilidad social (arts. 6.7, 10.2, 33.1 y 33.2), la estrategia estatal contra la discriminación (art. 34), el condicionamiento de subvenciones públicas (art. 37) y la posibilidad de establecer mecanismos de transparencia salarial (9.6), entre otros. Indudablemente, las medidas finalmente adoptadas tienen que centrarse en un número limitado de factores de discriminación para resultar realmente operativas⁴⁷, pero su determinación no corresponde a esta ley general sino al instrumento que recoja estas previsiones. Por consiguiente, el efecto de estos preceptos es fundamentalmente simbólico, en la medida en que se limita a poner de manifiesto posibilidades de regulación que seguramente ya existían antes de la promulgación de la ley. No hay ningún obstáculo real para que todas estas previsiones legales sean completamente ignoradas por sus destinatarios; quizás en determinadas circunstancias la acción positiva resulte exigible a los poderes públicos, pero ello no deriva directamente de estas previsiones legales. Ahora bien, esta preeminencia de lo simbólico no resulta criticable, porque no puede exigirse a una ley general e “integral” que aborde los problemas concretos que se

⁴⁷ La previsión de transparencia salarial (art. 9.6) parece referirse a todas las causas imaginables, dada la cláusula abierta del art. 2.1 al que se remite, pero naturalmente, esto es imposible. Tampoco puede interpretarse que se refiere a todas y cada una de las causas expresamente mencionadas (excluyendo la cláusula abierta), porque, de todos modos, esto resulta impracticable por diversos motivos, entre ellos, la imposibilidad de acceder a la información necesaria. En realidad, no parece deseable que el empresario recopile datos privados sobre circunstancias personales de los trabajadores para ubicarlos en estos grupos sociales, ni siquiera contando con su consentimiento, por lo que es probable que esta posibilidad abierta por la ley nunca llegue a desarrollarse, pero, si lo hace, resulta esperable que solo lo haga en relación con determinados indicadores relativamente “objetivos” y accesibles, como la discapacidad oficialmente reconocida o la nacionalidad como aproximación imperfecta al origen nacional.

plantean respecto a cada uno de los grupos sociales subordinados. Por otra parte, este efecto simbólico no es desdeñable, puesto que puede cumplir una función positiva de estimular las medidas promocionales, dentro de las limitaciones del contexto. Por otra parte, seguramente estas previsiones pueden aportar mayor seguridad jurídica respecto a la existencia de una base normativa para la adopción de este tipo de medidas, si su validez se cuestionara invocando la supuesta neutralidad de los poderes públicos o el principio de igualdad formal. A nuestro entender, su conveniencia u oportunidad derivan directamente del art. 9.2 CE, pero, dado que en la sociedad existen visiones contrapuestas respecto al alcance de la igualdad sustancial, su concreción en la ley parece muy oportuna. Asimismo, resulta también significativo que la ley haya incluido un concepto general, de “medidas de acción positiva” bastante apropiado, que va más allá del lenguaje individualista de las directivas antidiscriminatorias y de su desarrollo inicial en la Ley 62/2003, reconociendo abiertamente su vinculación con la dimensión social de la discriminación. Por otra parte, también merece una valoración favorable que se hagan explícitos los límites de las distinciones positivas que implican diferencias de trato, en el mismo sentido que el art. 11.1 LOIEMH.

Ahora bien, el carácter potencialmente ilimitado de las causas resulta más problemático cuando se exige a determinados sujetos públicos o privados que garanticen ciertos resultados, removiendo todas las dificultades que pudiera suponer la adscripción a cualesquiera grupos sociales. Así, los empresarios y otros prestadores de servicios pueden hacerse responsables por omisión cuando no hayan adoptado medidas, no solo reactivas, sino también preventivas frente a la discriminación (arts. 25.1, 25.2 y 27.2). Lógicamente, será necesario que concorra un mínimo requisito de culpabilidad, aunque muy aminorado en los supuestos del art. 1903 CC. Por lo tanto, solo podrá exigirse a estos sujetos que adopten medidas frente a las manifestaciones y causas de discriminación que resulten razonablemente previsibles en su contexto concreto. En este sentido, esta obligación no es tan precisa como la prevista en el art. 48.1 LOIEMH respecto a la prevención del acoso sexual y sexista y la comisión de delitos contra la libertad sexual, que resulta en todo caso obligatoria.

Por otra parte, también se producen problemas en lo que refiere a la operatividad del concepto de discriminación indirecta [art. 6.1 b)], a pesar de que en este caso no es necesario que concorra un elemento subjetivo de culpabilidad. A nuestro entender, la aplicación cabal de esta institución requiere un análisis transversal de la realidad socio-jurídica por parte de los intérpretes y operadores jurídicos y ello solamente parece viable cuando se aplica a un número restringido de grupos sociales y no a cualquier colectividad imaginable, presente o futura. De hecho a nuestro juicio, a pesar de la redacción individualista de la definición, la prohibición de discriminación indirecta solo se puede aplicar a los colectivos que efectivamente se encuentren en una posición estructural de subordinación en el

contexto de referencia, porque atiende precisamente a esta desventaja colectiva⁴⁸. En la práctica, los operadores jurídicos deberán identificar en cada ámbito cuáles son los grupos sociales relevantes, lo que resulta relativamente fácil, pero puede complicarse con la aparición de nuevas causas. Ciertamente, la legislación más específica, referida a causas de discriminación concretas o a esferas de la sociedad determinadas, podría contribuir a esta tarea especificando los colectivos afectados.

Un problema similar se plantea con el principio de transversalidad de la no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas del art. 4.3 de la Ley 15/2022, norma que corre un alto riesgo de pasar desapercibida, pero que podría desplegar una importancia notable si se lleva hasta sus últimas consecuencias. Sin embargo, ciertamente es difícil de concretar si se aplica a una cláusula abierta. Desde luego, no puede ser equivalente al principio de transversalidad del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres previsto en el art. 15 LOIEMH, que es mucho más intenso y exigente, en la medida en que las mujeres no son una minoría social, sino que componen aproximadamente la mitad de la población y que la clasificación binaria de género, arraigada en todas las sociedades humanas conocidas a lo largo de la historia, termina desplegando efectos sobre la casi totalidad de los ámbitos sociales, aunque a menudo de manera implícita. En cambio, no parece razonable exigir al intérprete que tome en consideración de manera hipotética el impacto de cualquier norma, en cualquier ámbito social, sobre cualquier grupo social imaginable; una vez más, habrá que identificar cuáles son los grupos que es necesario tomar en consideración en cada ámbito social, lo que sería conveniente que hiciera la normativa más específica de cada causa o situación.

En definitiva, consideramos que la ley en este caso sí que ha abordado de manera adecuada las contradicciones derivadas de la tensión entre el modelo universalista y el modelo particularista, por más que hubiera sido deseable una definición de discriminación indirecta más apegada a la dimensión social de la discriminación. No obstante, debe tenerse en cuenta que los mandatos genéricos de transversalidad tienen un impacto más limitado que las medidas referidas a colectivos individualizados. Esto implica, de un lado, que la existencia de una ley “integral” no elimina la necesidad de establecer disposiciones específicas para causas particulares y, de otro lado, que la aplicación restrictiva de los mandatos genéricos de transversalidad no puede extenderse a las reglas más concretas ya existentes respecto a estas causas específicas, lo que, en cualquier caso, se hace explícito en el art. 7.

⁴⁸ Aunque no podemos detenernos aquí en el argumento, la prohibición de discriminación directa y de acoso discriminatorio puede afectar a grupos que no se encuentran en una situación de especial desventaja sistemática en un contexto social determinado o incluso -aunque raramente- a la mayoría social.

6. CONCLUSIÓN

La Ley 15/2022 ha cubierto una importante carencia del ordenamiento jurídico español, en el que no existía hasta la fecha una ley estatal que se ocupara de manera integral de todas las causas de discriminación a las que se refiere el segundo inciso del Art. 14 CE, tomando en consideración asimismo que la transposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE se había planteado de manera defectuosa a través de la Ley 62/2003, que, por otra parte, inexplicablemente, sigue en vigor.

En este contexto, la ley tiene el reto de articular debidamente las exigencias del modelo constitucional de prohibición de la discriminación, de carácter universalista, con el modelo particularista de las directivas antidiscriminatorias. Una conexión adecuada entre estos dos modelos de regulación de la discriminación permitiría, a nuestro juicio, aprovechar las ventajas y sortear los inconvenientes de cada uno de ellos, maximizando la eficacia de la normativa antidiscriminatoria desde las perspectivas preventiva, tutelar y promocional y conectando adecuadamente la dimensión individual de la discriminación con su necesaria dimensión grupal o colectiva.

Sin embargo, la nueva ley, a pesar de sus innegables virtudes, ha fracasado parcialmente en este intento, no por falta de voluntad del legislador, sino más bien por un defecto puramente técnico, que es la ausencia de un concepto realmente “integral” de discriminación. La necesidad de una definición adecuada no resulta tan palpable en un modelo particularista, pero se hace imprescindible en el contexto universalista, porque en él existe un mayor riesgo de que la noción de discriminación se disuelva en el principio de igualdad formal, difuminando notablemente su dimensión grupal. Como consecuencia de ello, en los casos más dudosos resulta muy difícil identificar los supuestos de discriminación, en detrimento de las funciones preventiva y tutelar. Por otra parte, este problema ha llevado a una inaceptable traslación del esquema de justificación indirecta a las distinciones directas, que en realidad se opone al Derecho de la UE y a la doctrina constitucional y podría acarrear graves consecuencias.

En cambio, la función promocional no se ha visto especialmente afectada por esta carencia, dado que no necesita tanto de un concepto analítico y abstracto como del reconocimiento de la existencia de desigualdades estructurales entre los grupos humanos, que es patente en el texto de la ley. En este caso, la ley consigue su propósito de constituir un marco de ordenación básico para las medidas futuras de apoyo a colectivos subordinados, que necesariamente debe llevarse a cabo de manera particular. Aunque su impacto real es ciertamente limitado, esto se debe a su propia naturaleza de ley general e integral. De cualquier modo, es preciso evitar el riesgo de que esta ley, en contra de sus propósitos declarados, termine sirviendo como pretexto para devaluar las políticas más concretas de igualdad que se refieren a colectivos específicos, por cuanto, en realidad, las perspectivas universalista y particularista deben operar de manera complementaria para garantizar la igualdad real y efectiva de las personas y grupos en nuestra sociedad.

LA INEMBARGABILIDAD DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL*

AMPARO ESTEBAN GÓMEZ
*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: salario mínimo, inembargabilidad, gratificaciones extraordinarias, pensión alimenticia

El salario mínimo interprofesional es una institución clave dentro del ordenamiento jurídico laboral que impacta en otras ramas del Derecho, en particular, en las competentes para conocer de cualquier procedimiento judicial o administrativo de ejecución de bienes, presentes y futuros, de un trabajador frente a sus acreedores.

En este marco opera la inembargabilidad del SMI, en su cuantía, así como las prescripciones legales de embargabilidad de la parte que exceda de éste, siendo imprescindible para una aplicación ajustada a derecho de las mencionadas reglas, tomar como referente el concepto legal de SMI extraíble de la regulación normativa laboral y su significación como instrumento jurídico que implementa la suficiencia retributiva constitucional.

El presente trabajo hace especial hincapié en el debate suscitado, en la práctica, en torno a la inclusión o exclusión de las gratificaciones extraordinarias a efectos de aplicar las aludidas reglas de inembargabilidad/embargabilidad.

ABSTRACT

Key words: minimum salary, unattachability, extraordinary bonuses, alimony

The minimum interprofessional salary is a key institution within the labor legal system that has an impact on other branches of law, in particular, on those competent to hear any judicial or administrative proceeding for the execution of assets, present and future, of a worker against his or her creditors.

Within this framework the unseizability of the SMI operates, in its amount, as well as the legal prescriptions of seizure of the part that exceeds this, being essential for an application adjusted to the law of the aforementioned rules, take as a reference the legal concept of SMI extractable from the labor normative regulation and its significance as a legal instrument that implements the constitutional retributive sufficiency.

This paper places special emphasis on the debate that has arisen, in practice, around the inclusion or exclusion of extraordinary bonuses for the purpose of applying the aforementioned rules of non-attachability/attachability.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación concedido por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía, en el marco del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y a la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía, dentro del Programa Operativo FEDER 2014-2020, sobre “Políticas de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva”, Universidad de Sevilla (PS20_01180).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: HITOS EN TORNO A LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL
2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO
 - 2.1. Justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos
 - 2.2. Significación del salario mínimo como garante del principio de proporcionalidad
 - 2.3. Efectos jurídicos de embargar el salario mínimo interprofesional
3. LA EMBARGABILIDAD DEL SALARIO QUE EXCEDA DEL SALARIO MÍNIMO
 - 3.1. La escala de embargabilidad prevista legalmente
 - 3.2. Reglas adicionales a la escala de embargabilidad legal
 - 3.3. El concepto de salario mínimo a efectos de inembargabilidad/embargabilidad
4. EXCEPCIÓN A LAS PRESCRIPCIONES LEGALES DE INEMBARGABILIDAD
5. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN: HITOS EN TORNO A LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

La fijación anual del salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI) cumple un doble objetivo: de un lado, constituir un umbral mínimo de contratación por cuenta ajena¹ y, de otro lado, implementar el nivel de suficiencia de los salarios, a tenor esto último de lo reconocido en el art. 35 de la Constitución Española² (en adelante, CE) cuando prescribe que “*Todos los españoles tienen (...) el derecho (...) a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia*”³, contribuyendo a hacer efectivo, igualmente, el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que proporcione a los trabajadores y a sus familias un nivel de vida decoroso, que proclama el art. 4.1 de la Carta Social Europea, suscrita en Turín el 18 de octubre de 1961⁴ y revisada el 3 de mayo de 1996⁵(en adelante, CSE revisada).

Con respecto a la previsión internacional, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60% del salario medio,

¹ En esta línea, alude a que el SMI tiene la función “*de servir de suelo o garantía salarial mínima para las personas trabajadoras*” la Memoria del análisis de impacto normativo del Proyecto del Real Decreto por el que se fija el SMI para 2022, de 7 de febrero de 2022 Disponible en <https://expinterweb.mites.gob.es/participa/listado/download/c6d50c4c-e8ad-4e36-b96c-a144177c5b20>

Se pueden establecer, pues cuantías, en su conjunto y en cómputo anual, superiores en beneficio del trabajador, atendiendo al principio de norma mínima o suplementariedad, pero no inferiores.

² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

³ Art. 35 de la CE que forma parte de la Sección 2.^a (rotulada “*De los derechos y deberes de los ciudadanos*”) del Capítulo II (rubricado “*Derechos y libertades*”) del Título I (titulado “*De los derechos y deberes fundamentales*”) que comprende los arts. 10 a 55 de la Carta Magna.

⁴ Aprobada en el marco del Consejo de Europa (Estrasburgo) y ratificada por España mediante Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE núm. 153, de 26 de junio).

⁵ Ratificada por España mediante Instrumento de 29 de abril de 2021 (BOE núm. 139, de 11 de junio).

garantizando la capacidad adquisitiva de los salarios para hacer frente al coste de la vida y atendiendo a la coyuntura económica general. A ello alude, de forma expresa, la Exposición de Motivos del Real Decreto que fijó el SMI para 2019⁶ (en adelante, RD 1462/2018), justificando así -junto a atender a la mejora de las condiciones generales de la economía y cubrir el objetivo de prevenir la pobreza en el trabajo y fomentar un crecimiento salarial general más dinámico- la fijación de las nuevas cuantías que representan un incremento del 22,3 por ciento⁷ respecto de las vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018⁸. Avanzamos que esta singular subida de la cuantía del SMI va a incidir, de manera notable, en la inembargabilidad del SMI, tema central del presente trabajo. Esto es, si incrementamos sustancialmente la cuantía del SMI, robustecemos la protección del salario que toma como referente a esta.

⁶ Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019 (BOE núm. 312, de 27 de diciembre).

⁷ Recoge la Exposición de Motivos del RDL 1462/2018, mencionado anteriormente, que *“La subida del salario mínimo interprofesional es un factor decisivo para que la creación de empleo y la recuperación económica se traduzcan en una progresiva reducción real de la pobreza en todas sus dimensiones y de la desigualdad salarial, ayudando a promover un crecimiento económico sostenido, sostenible e inclusivo”* (Párrafo 4.º de la mencionada Exposición de Motivos).

⁸ Que *“El citado incremento tiene por objeto hacer efectivo el derecho a una remuneración equitativa y suficiente que les proporcione a los trabajadores y a sus familias un nivel de vida decoroso, en línea con lo establecido por el Comité Europeo de Derechos Sociales que ha interpretado que dicho umbral se sitúa en el 60 % del salario medio de los trabajadores”* reiteran, en sus correspondientes Exposiciones de Motivos, los sucesivos Reales Decretos que fijan el SMI para el año 2020 (Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero; BOE núm. 31, de 05 de febrero); para el año 2021, en concreto, para el periodo que abarca desde el 1 de septiembre al 31 de diciembre del citado año (Real Decreto 817/2021, de 28 de septiembre; BOE núm. 233, de 29 de septiembre) -téngase en cuenta que la vigencia del Real Decreto 231/2020, de 4 de febrero que fija el SMI para el año 2020 fue prorrogada hasta la aprobación del SMI para el 2021 en el marco del diálogo social, en los términos establecidos en aquel, y de acuerdo con lo previsto en el art. 27.1 del ET, mediante la disposición adicional sexta del Real Decreto-ley 38/2020, de 29 de diciembre, por el que se adoptan medidas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte tras la finalización del periodo transitorio previsto en el Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020 (BOE núm. 340, de 30 de diciembre)-; y finalmente, reproduce en su Exposición de Motivos el texto transcrito la norma que fija las nuevas cuantías para el año 2022 (Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero; BOE núm. 46, de 23 de febrero).

El SMI será fijado⁹ anualmente por el Gobierno, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas¹⁰, teniendo en cuenta, señala de forma expresa el art. 27.1 del Estatuto de los Trabajadores¹¹ (en adelante, ET), el índice de precios de consumo, la productividad media nacional alcanzada, el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional y la coyuntura económica general¹². En consecuencia, el ejecutivo al que corresponda asumir esta trascendental tarea cuenta con un margen de discrecionalidad atendiendo al último factor previsto que alude a la “*coyuntura económica general*”¹³.

En 1998¹⁴ culmina el proceso iniciado en el año 1996 de progresivo acercamiento de los salarios mínimos de los menores de dieciocho años a los de los

⁹ La expresión normativa “*fijará*” alude a la potestad atribuida al Gobierno desde la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales (BOE núm. 96, de 21 de abril), en concreto, en el art. 28.2. Roales Paniagua, Esperanza. “Procedimiento y criterios de determinación del salario mínimo interprofesional”, en “Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva”, AA. VV., Jesús Cruz Villalón (Coordinador), 1.ª ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2022, pone de manifiesto que quizás lo más significativo es que en la aludida Ley de Relaciones Laborales se establece claramente la relación entre SMI y suficiencia cuando prescribe, en el art. 28.1, que “El Estado garantizará un salario mínimo interprofesional suficiente...”, p. 189.

¹⁰ Consulta preceptiva, pero de resultado no vinculante.

¹¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre); en concreto, en sus apartados a), b), c) y d).

¹² Es común que las Exposiciones de Motivos de los sucesivos Reales Decretos de fijación del SMI señalen que “*Las nuevas cuantías, por último, son el resultado de tomar en consideración de forma conjunta todos los factores contemplados en el citado artículo 27.1 del Estatuto de los Trabajadores*” (valga por todas, la Exposición de Motivos del RD 152/2022, de 22 de febrero que fija el SMI para el año 2022; en concreto, en su párrafo 3.º).

¹³ Así, la sentencia del Tribunal Supremo (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 1268/2020, de 7 de octubre, recurso de casación contencioso-administrativo núm. 67/2019 (ECLI:ES:TS:2020:3031) que desestima el recurso planteado por varias sociedades mercantiles del sector agroalimentario frente al Real Decreto 1462/2018, ya citado, mediante el que se aprueba el SMI para 2019, sostiene que “*la fijación del SMI constituye una decisión de naturaleza política*”, y como basamento, alude a otras sentencias del propio Tribunal que limitaron el enjuiciamiento a aspectos procedimentales o de competencia, o bien, a la eventual afectación a derechos fundamentales por parte del Real Decreto de fijación del SMI (Fundamento de Derecho Segundo, apartado 2, párrafo 1º).

Abunda en la idea de ser una decisión política cuando afirma “*Es más, cabe que conocidos los datos objetivos u objetivables o presumibles que arrojen los criterios del artículo 27 del ET, el Gobierno, ejerciendo su función de dirección política, opte por priorizar los mandatos y objetivos de política social deducibles del artículo 35.1 de la Constitución o los pactos internacionales o las recomendaciones antes citados (sic)*” (Fundamento de Derecho Séptimo, apartado 4).

¹⁴ A través del Real Decreto 2015/1997, de 26 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1998 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

Téngase en cuenta, a efectos ilustrativos, que el Real Decreto 170/1990, de 9 de febrero, por el que se fija el salario interprofesional para 1990 (BOE núm. 36, de 10 de febrero) incorpora como importante novedad la supresión del salario diferenciado correspondiente a los trabajadores

mayores de dicha edad, lográndose la definitiva equiparación a partir del 1 de enero de 1998. Esta cuantía única del SMI, con independencia de la edad del trabajador, va a traducirse en un incremento de la salvaguarda de la cuantía del SMI, ahora en parangón, para el colectivo de mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.

Con efectos desde el 1 de enero de 2022, al amparo del Real Decreto que fija el SMI para 2022 (en adelante, RD 152/2022), el salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 33,33 euros/día o 1.000 euros/mes¹⁵, según el salario esté fijado por días o por meses¹⁶.

En cómputo anual, para 2022, la cuantía del SMI para trabajadores que cuenten con la jornada legal que rija en cada actividad, incluidas las pagas extraordinarias¹⁷, no será inferior, en ningún caso, a 14.000 euros¹⁸. Si se realizara una jornada inferior se percibirá a prorratea¹⁹.

Hasta tanto se apruebe el Real Decreto por el que se fija el SMI para el año 2023 en el marco del diálogo social, en los términos establecidos en aquel, y

de dieciséis años. Así, estos trabajadores pasan a percibir el mismo salario que los trabajadores de diecisiete años manteniendo, por tanto, dos únicos tramos de edad en la cuantía del SMI, según se trate de trabajadores mayores o menores de dieciocho años que, finalmente, desaparecen a partir del 1 de enero de 1998.

¹⁵ El incremento del 3,63 por ciento respecto de las cuantías previstas en el RD 817/2021, antes aludido, que fijó el SMI para el año 2021 *“contribuye a promover un crecimiento y una recuperación de la actividad económica sostenida, sostenible e inclusiva, al cumplimiento de la Agenda 2030, en particular de las Metas 1.2, 8.3 y 10.4 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, relativas, de manera respectiva, a la erradicación de la pobreza, la promoción de políticas orientadas a la creación de puestos de trabajo decentes y a la adopción de políticas salariales que logren de manera progresiva una mayor igualdad, en especial entre mujeres y hombres, y a una mayor cohesión social”* (Exposición de Motivos del RD 152/2022, párrafo 6.º).

¹⁶ Establece el art. 1.1.º del RD 152/2022.

¹⁷ Que legalmente, en virtud del art. 31 del ET, están garantizadas en un mínimo de dos.

Desde el Real Decreto 170/1990, de 9 de febrero, por el que se fija el salario interprofesional para 1990, antes mencionado, los sucesivos Reales Decretos de fijación del SMI van a establecer unas cuantías mínimas en cómputo anual, resultado de multiplicar el salario mensual (correspondiente a 30 días) por 14 mensualidades.

Justifica esta medida la Exposición de Motivos del citado RD 170/1990, primero que fija la cuantía que debe corresponder al año *“a fin de que este cómputo anual sirva para favorecer un acercamiento de las condiciones salariales de los trabajadores no incluidos en convenios colectivos, principales perceptores del salario mínimo, a las establecidas de forma general en la negociación colectiva, la cifra de referencia anual a efectos de compensación salarial considera la aplicación de dos gratificaciones extraordinarias de treinta días, en lugar de los veintidós días que hasta ahora venían considerándose. Esta mejora repercute también en la cuantía de las retribuciones mínimas de los restantes grupos de trabajadores contemplados específicamente en este Real Decreto”* (Párrafo 5.º de la aludida Exposición de Motivos).

¹⁸ Cuantifica el art. 3.1.2.º del RD 152/2022.

¹⁹ Puntualiza el art. 1, párrafo 3º *in fine* del mencionado RD 152/2022.

de acuerdo con lo previsto en el art. 27 del ET, se prorroga la vigencia del RD 152/2022, por el que se fija el SMI para 2022²⁰

Pasamos, seguidamente en el capítulo siguiente, a tratar la última prescripción legal que contiene el precepto estatutario que nos ocupa.

2. LA INEMBARGABILIDAD DE LA CUANTÍA DEL SALARIO MÍNIMO

Mandata el art. 27.2 del ET, en una redacción que permanece inalterada -al igual que ocurre con el apartado anterior, ya tratado- desde el primitivo ET²¹, que el importe del SMI es inembargable.

Pues bien, los dos hitos en torno a la cuantía del SMI, trazados en el capítulo anterior, impactan en la protección del salario, a través de la inembargabilidad de la cuantía del SMI, reforzando esta.

Los aludidos hitos, atendiendo al orden cronológico, y a fin de enumerarlos, son:

1. Equiparación de la cuantía del SMI con independencia de la edad de los trabajadores.
2. Incremento importante del SMI, experimentando en el año 2019, que representa el 22,3 por ciento respecto a las cuantías vigentes entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2018.

Pretende la regla consagrada en el art. 27.2 del ET la protección del salario frente a eventuales acreedores del trabajador²², en paralelo a aquella otra que otorga el ordenamiento jurídico laboral -en concreto, en el art. 32 del ET- a los créditos salariales, así como a las indemnizaciones por despido²³ debidas a los trabajadores²⁴,

²⁰ En virtud del art. 100 del Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, de medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y otras situaciones de vulnerabilidad (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2022).

²¹ Aprobado mediante la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 64, de 14 de marzo).

²² Téngase en cuenta que, según el art. 1911 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio), “*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*”.

²³ Y ello pese a que el art. 32 del ET lleva por título “*Garantías del salario*”.

²⁴ Con los límites, entre otros, cuantitativos que expresamente recogen los apartados 1 a 3 del citado art. 32 del ET.

que concurren con otro u otros acreedores sobre bienes del empresario/deudor que no se encuentre declarado en concurso²⁵.

En consecuencia, en cualquier procedimiento judicial o administrativo de ejecución de bienes, presentes y futuros, de un trabajador no es posible proceder al embargo, en su cuantía, del SMI para satisfacer las deudas, en general, que tenga aquel.

La protección establecida para el SMI está recogida, no solo en el referido art. 27.2 del ET sino también en el art. 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁶ (en adelante, LEC) cuando prescribe que *“Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional”*.

Téngase en cuenta que cuando se crea el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) en el año 2004²⁷ se mantiene la vinculación del SMI en una serie de supuestos tasados para determinar, entre otros, señala el Real Decreto-ley para la racionalización de la regulación del SMI y para el incremento de su cuantía del año 2004 (en adelante, RDL 3/2004), en concreto en el art 1.2, apartado “c) *Las garantías, privilegios y preferencias del salario establecidas en el artículo 32 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como en la legislación procesal civil y en la legislación concursal”*. Legislación procesal civil aludida, que será objeto de tratamiento en adelante.

2.1. Justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos

En la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 113/1989, de 22 de junio, de Pleno, que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad²⁸ en relación con el art. 22 del derogado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social²⁹ que prohibía el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social de manera incondicionada y al margen de su cuantía -declarando el art. 22.1 inconstitucional-

²⁵ En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 164, de 10 de julio), relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios, prescribe el art. 32.5 *in fine* del ET, debiéndose entender, en la actualidad, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (BOE núm. 127, de 07 de mayo).

²⁶ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero).

²⁷ A través del art. 2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE núm. 154, de 26 de junio).

²⁸ Núm. 68/1985.

²⁹ Art. 22 del derogado Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 173, de 20 de julio).

encontramos la justificación constitucional de la inembargabilidad de bienes y derechos como límite del derecho a ejecutar sentencias firmes.

Así, sostiene que *“Los valores constitucionales, que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la sentencia firme que le reconoce el crédito, se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el art. 10.1 de la Constitución al cual repugna, según aduce el Abogado del Estado, que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo vital del deudor, privándole de los medios indispensables para la realización de sus fines personales así como en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el uso de una vivienda digna y adecuada, valores éstos que, unidos a las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad que debe garantizar el régimen público de Seguridad Social, están constitucionalmente consagrados en los arts. 39, 41, 43 y 47 de la Constitución, y obligan a los poderes públicos, no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna”*³⁰.

Abunda en esta idea el citado Tribunal Constitucional, en la sentencia núm. 158/1993, de 6 de mayo, de Pleno³¹ al afirmar que *“b) Es indiscubile (sic), como consideración de principio, que la eficacia de las resoluciones judiciales confiere a la persona que haya obtenido un pronunciamiento indemnizatorio firme el derecho a hacer efectiva tal indemnización en toda su cuantía, en tanto el condenado tenga medios económicos con los que responder a su obligación. Nuestra legislación, con todo, excluye determinados bienes y derechos de la ejecución forzosa, declarándolos inembargables por las más variadas razones de interés público o social, razones entre las que destaca la de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia. La Ley establece, a tal fin, normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de gran número de personas. Tales límites legislativos a la embargabilidad tienen, en principio y con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 de la norma fundamental), principio*

³⁰ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 8º.

³¹ Que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2186/1991, en relación con el art. 12 de la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana (BOE núm. 165, de 10 de julio), declarándolo inconstitucional en cuanto prohíbe el embargo y la retención de las pensiones de referencia de manera incondicionada y al margen de su cuantía.

al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo económico vital del deudor. Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores, limite a la embargabilidad que se fundamenta, también, en lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: arts. 39.1 (protección de la familia), 43 (derecho a la protección de la salud) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada)”³².

Ahora bien, sostiene el aludido Tribunal Constitucional, seguidamente que *“c) Las declaraciones legislativas de inembargabilidad deben, sin embargo, evitar todo sacrificio desproporcionado del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y han de desenvolverse, a tal efecto, dentro de los límites cuantitativos que resulten imprescindibles para asegurar el mínimo económico vital de sus beneficiarios. Si la ejecución se impidiera más allá de la cuantía que asegura ese mínimo vital, se estaría sacrificando, sin proporción ni justificación constitucional, el derecho de los acreedores ex art. 24.1 a hacer efectivos los créditos reconocidos en resolución judicial”³³.*

En consecuencia, atendiendo a la jurisprudencia constitucional citada, las reglas legales de inembargabilidad deben garantizar el principio de proporcionalidad en el sacrificio que el límite cuantitativo a la embargabilidad de sueldos y pensiones comporta en el derecho del acreedor a ejecutar resoluciones judiciales firmes.

En este marco, la significación del SMI, derivado del encuadre en la CE, así como en la normativa internacional -señalado, en particular, el que emana de la CSE revisada³⁴- preserva el exigido principio de proporcionalidad.

2.2. Significación del salario mínimo como garante del principio de proporcionalidad

Así, el RDL 3/2004 que anteriormente hemos mencionado, de racionalización de la regulación del SMI, es la norma que de forma palmaria entronca el mandato estatutario de fijación del SMI que contiene el art. 27 del ET con el art. 35 de la CE.

En esta línea, comienza su Exposición de Motivos invocando que *“El artículo 35 de la Constitución Española, además de afirmar que todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, reconoce a los trabajadores el derecho a*

³² Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 1º, letra b).

³³ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 1º, letra c).

³⁴ Junto al Convenio núm. 131 de la OIT relativo a la fijación de salarios mínimos, con especial referencia a los países en vías de desarrollo, ratificado por España mediante Instrumento de ratificación de 26 de noviembre de 1971 (BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 1972) y la Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea (DOUE de 25 de octubre de 2022).

una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”³⁵. Seguidamente, vincula el derecho constitucional “*a una remuneración suficiente*” al mandato que impone el art. 27 del ET al Gobierno de fijar anualmente la cuantía del SMI, estableciendo para este fin los factores a considerar³⁶. Finaliza señalando “*La disposición citada -en alusión al art. 27 del ET- constituye la normativa básica en materia de SMI, en cuyo desarrollo se dicta anualmente el correspondiente real decreto por el que se fija su cuantía para cada ejercicio*”³⁷.

A continuación, la citada Exposición de Motivos del RDL 3/2004 deslinda el doble efecto que se le ha atribuido al SMI:

- Un efecto directo o estrictamente laboral -en el que nos vamos a detener, a continuación-
- Y múltiples efectos indirectos que se le han atribuido en muy diversas normas legales o convencionales, creándose por el propio RDL 3/2004, un indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para su utilización como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos, que sustituirá al SMI en esta función³⁸.

No obstante, esta desvinculación del SMI de otros efectos distintos de los laborales³⁹, los apartados 2 y 3 del art. 1 del RDL 3/2004 prevén supuestos en los que se mantendrá la vinculación con el SMI para determinar una serie de parámetros, como es el caso, ya mencionado, para determinar “*c) Las garantías, privilegios y preferencias del salario establecidas en el artículo 32 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como en la legislación procesal civil y en la legislación concursal*”⁴⁰.

Volviendo al efecto directo o estrictamente laboral, resalta que viene atribuido por el art. 27 del ET, sirviendo de “*suelo o garantía salarial mínima de los trabajadores, ninguno de los cuales puede percibir por su trabajo en cualquier*

³⁵ Recoge la Exposición de Motivos del RDL 3/2004, en el Apartado I, párrafo 1.º.

³⁶ Afirma en el párrafo siguiente, esto es, en el 2.º.

³⁷ Ahora, en el párrafo 3.º y último del citado Apartado I.

³⁸ Creado a través del art. 2 del RDL 3/2004, bajo el título “*Establecimiento de un indicador público de renta de efectos múltiples*”. Cruz Villalón Jesús. “*Caracterización de la regulación del salario mínimo y su conexión con la negociación colectiva*”, en “*Política de rentas salariales: salario mínimo y negociación colectiva*”, AA. VV., Jesús Cruz Villalón (Coordinador), 1.ª ed., Albacete, Ed. Bomarzo, 2022, pone de manifiesto que la vinculación del SMI, con anterioridad a la creación del IPREM, al derecho a la percepción de determinadas ayudas públicas, conllevó que la decisión gubernamental sobre la subida del SMI estuviera condicionada, en gran medida, por la repercusión de esta sobre las citadas políticas sociales, en detrimento del impacto “*sobre las retribuciones de los trabajadores extraconvenio*”, p. 11.

³⁹ Rótulo que recibe el art. 1 del RDL 3/2004.

⁴⁰ Prevé el art. 1.2.c) del RDL 3/2004.

*actividad un salario por debajo de la cuantía del SMI, actuando como garantía mínima de retribución suficiente”⁴¹. Nuevamente, apuntala el SMI con el derecho a “una remuneración suficiente” consagrado en el art. 35.1 *in fine* de la CE cuando asevera que “En este aspecto, la incidencia del SMI es limitada, dado que se aplica a un número reducido de trabajadores, los que no estén cubiertos por la negociación colectiva; ahora bien, para estos trabajadores, el SMI constituye su retribución efectiva y la única garantía de derecho que reconoce nuestra Constitución a una retribución suficiente”⁴².*

Y, finalmente, reitera la ligazón entre el derecho a “una remuneración suficiente” y el SMI al señalar los factores que constituyen el objetivo principal de las medidas incluidas en el propio RDL 3/2004, declarando de forma expresa, que son “La contribución a la efectividad del derecho constitucional del trabajador a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, la reparación de la pérdida de poder adquisitivo del SMI, su aproximación a una cuantía más cercana al 60 por ciento del salario medio de los trabajadores tal y como recomienda la Carta Social Europea del Consejo de Europa y, en fin, razones de justicia social”⁴³.

Lo contenido en la Exposición de Motivos del RD 3/2004 nos lleva a una conclusión: para el legislador ordinario el SMI es el instrumento jurídico que implementa la suficiencia retributiva constitucional⁴⁴. Para ello, engarza tres normas en cascada: 1) El art. 35.1 del texto constitucional en lo relativo al derecho a “una remuneración suficiente”; 2) El art. 27 del ET que atiende a dicha previsión, relativo al “Salario mínimo interprofesional”; y finalmente, 3) Los correspondientes Reales Decretos que, respetando la normativa básica en materia de SMI contenida en el precepto estatutario invocado, fijan la cuantía del SMI para cada anualidad⁴⁵.

La convicción del legislador ordinario, expresada en la conclusión, acoge lo asentado por el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 31/1984, de 7 de

⁴¹ Sostiene la citada Exposición de Motivos del RDL 3/2004, ahora, en el Apartado II, párrafo 2.º.

⁴² Asevera en el párrafo siguiente, esto es, en el 3.º.

⁴³ Detalla la Exposición de Motivos del RDL 3/2004, en el Apartado VI, párrafo 2.º.

⁴⁴ En esta línea, Arias Domínguez, Ángel. “La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario y su proyección en el SMI”, en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 52/2019, afirma que “Es indudable (...) que para el legislador existe una directa relación entre la suficiencia constitucional y el Salario Mínimo Interprofesional”, p. 51.

⁴⁵ *Ibid.* Tras el análisis de la discusión parlamentaria de los arts. 35 de la CE y 27 del ET que lleva a cabo en la obra citada, afirma que, de una manera implícita, “Lo que parece fuera de toda duda (...) es la vinculación que existe entre SMI y suficiencia constitucional del salario, la proyección mediante el art. 27 ET de la exigencia constitucional contenida en el art. 35 CE”, p. 58.

marzo⁴⁶ que conoce del recurso de amparo promovido por la Unión General de Trabajadores al entender que el establecimiento, por parte del Real Decreto que fija el SMI para el año 1982⁴⁷, de unos salarios para los trabajadores diferenciados por edad vulneraba la CE.

Así, parte el Alto Tribunal de que *“el sistema normal de fijación del mínimo salarial y, en general, del contenido de la relación laboral, corresponde a la autonomía de los trabajadores y empresarios, mediante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que proclama el art. 37.1 CE, y que a nivel legislativo, según lo prevenido también en el art. 35.2 CE, se desarrolla en el ET (tít. III)”*. Seguidamente, sostiene que *“Un Estado social y democrático de derecho, que propugna entre los valores superiores de su Ordenamiento jurídico la justicia y la igualdad (art. 1.1 CE), y en el que se encomienda a todos los Poderes públicos el promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (art. 9.2 CE), ha de completar aquel sistema de determinación del mínimo salarial estableciendo desde los Poderes a los que compete la gobernación unos techos salariales mínimos que, respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad, den efectividad al también mandato constitucional contenido en el art. 35.1”*. Y subraya *“En este marco de exigencias constitucionales ha de situarse el art. 27 ET y a ellas ha de someterse la potestad expresa y específica al Gobierno de fijar un salario mínimo interprofesional”*. A continuación aclara, *“En concreto, puede decirse que, mediante esta intervención estatal, se atiende a un interés social, que, sin embargo, no disminuye el papel de las partes sociales en la consecución de otros mínimos salariales por encima de los indisponibles del mínimo interprofesional”*⁴⁸.

En suma, el Tribunal Constitucional sostiene, en lo que ahora interesa, que el establecimiento de unos techos salariales mínimos a través de la cuantificación anual del SMI responde a los valores de justicia e igualdad proclamados en los arts. 1.1 y 9.2 de la Carta Magna, y salvaguarda el también mandato constitucional, de suficiencia retributiva, contenido en el art. 35.1 de la citada norma suprema⁴⁹.

La intervención del Gobierno, en consecuencia, fijando la cuantía del SMI e implementando así la suficiencia retributiva constitucional, atiende a un interés

⁴⁶ Recurso de amparo núm. 234/1982 que es, finalmente, denegado (ECLI:ES:TC:1984:31).

⁴⁷ Real Decreto 124/1982, de 15 de enero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 1982 (BOE núm. 22, de 26 de enero).

⁴⁸ Fundamento de Derecho Noveno.

⁴⁹ Abunda en esta idea Arias Domínguez, Á., *“La configuración normativa de la suficiencia constitucional del salario...”*, op. cit., al concluir que *“entiende el TC que la existencia de un salario mínimo interprofesional es una proyección directa del mandato constitucional de implementar un salario que satisfaga suficientemente las necesidades del trabajador y su familia”*. Y, seguidamente, critica *“Sin embargo, nada dice sobre la cuantificación de dicha suficiencia”* para, finalmente, aportar la respuesta *“lo cual es lógico, dada su función constitucional”*, pp. 58-59.

público o social que justifica la regla de la inembargabilidad del SMI, en su cuantía, impidiendo así, en términos empleados, en otra ocasión, por el propio Tribunal Constitucional -que ya, anteriormente, han sido reproducidos- *“que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia”*⁵⁰.

A mayor abundamiento, el RDL 8/2011⁵¹ señala, en su Exposición de Motivos⁵², que *“La protección económica, social y jurídica de la familia constituye, especialmente en un momento de dificultades serias como el actual, uno de los principios constitucionales rectores de la política social y económica”*. Seguidamente, resalta que *“aquellas familias que han perdido su vivienda como consecuencia de sus difíciles circunstancias económicas no deben verse privadas de un mínimo vital que les garantice tanto sus necesidades más esenciales, como la posibilidad de superar en el corto plazo su situación económica”*. Para ello, el aludido RDL 8/2011 incluye dos grupos de medidas con importantes efectos económicos para los que se encuentran en tal situación desfavorecida, siendo relevante, a los efectos que nos ocupa y con el fin de moderar el impacto negativo de la crisis económica sobre los ciudadanos más vulnerables -y, en particular, sobre aquellos con cargas familiares-, la relativa a elevar *“el umbral de inembargabilidad cuando el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada en un procedimiento de ejecución hipotecaria sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado”*. Así, si bien con carácter general, el mínimo inembargable de cualquier deudor coincide con el SMI, *“a partir de este real decreto-ley y, exclusivamente, para los deudores hipotecarios que han perdido su vivienda habitual -y en los términos que señala el art.1 de la norma, esto es, “en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda”-, se eleva ese mínimo hasta el 150% del SMI y un 30% adicional por cada familiar de su núcleo que no perciba ingresos superiores a dicho SMI”*⁵³.

⁵⁰ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 1º, letra b) de la sentencia núm. 158/1993, de 6 de mayo, de Pleno, que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2186/1991, ya citada en este trabajo.

⁵¹ Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa (BOE núm. 161, de 7 de julio).

⁵² En concreto, en el Apartado II, párrafos del 1.º al 3.º.

⁵³ Atendiendo a lo expresado en la Exposición de Motivos, el art 1 del RDL 8/2011 (rotulado *“Inembargabilidad de ingresos mínimos familiares”*), en su párrafo 1.º, prescribe que *“En el caso de que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la Ley Hipotecaria, el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, la cantidad inembargable establecida en el artículo 607.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional”*. Finalmente, delimita la norma, que se entiende, a estos efectos, *“por núcleo*

2.3. Efectos jurídicos de embargar el salario mínimo interprofesional

Justificada abundantemente, a nuestro entender, la inembargabilidad del SMI en su cuantía, la cuestión pendiente a resolver es la relativa a los efectos que conlleva, pese a la prescripción, la traba del aludido SMI.

Es este un tema que no contempla el ET ni su norma adjetiva, la Ley reguladora de la Jurisdicción Social⁵⁴ (en adelante, LJS). Ahora bien, esta última dispone que *“En lo no previsto en esta Ley regirá como supletoria la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y en cuanto sean compatibles con sus principios”*⁵⁵.

En consecuencia, procede aplicar, en el supuesto planteado, lo prescrito en el art. 609 de la LEC según el cual, *“El embargo trabado sobre bienes inembargables será nulo de pleno derecho”*. Seguidamente, el precepto invocado señala los cauces para denunciar tal nulidad. Así indica que *“El ejecutado podrá denunciar esta nulidad ante el Tribunal mediante los recursos ordinarios o por simple comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia si no se hubiera personado en la ejecución ni deseara hacerlo”* correspondiéndole, finalmente, al Tribunal resolver sobre la nulidad denunciada.

Vista la protección del salario frente a eventuales acreedores del trabajador en los términos analizados, así como las consecuencias derivadas de la transgresión de tal protección, cabe plantearse la interrogante de la embargabilidad del salario que exceda de la cuantía del SMI o si, por el contrario, es otra la respuesta que brinda el ordenamiento jurídico.

Esta importante cuestión va a ser objeto de tratamiento en el siguiente capítulo.

3. LA EMBARGABILIDAD DEL SALARIO QUE EXCEDA DEL SALARIO MÍNIMO

El ET no contiene una regla jurídica que aborde la embargabilidad, en todo o en parte, del salario que exceda de la cuantía del SMI.

Ahora bien, al margen de la previsión contenida en la LJS, ya aludida, de aplicación supletoria de la LEC en lo no previsto en ella, el art. 254 de la citada norma laboral -rotulado *“Orden en los embargos. Bienes embargables”*-, en el apartado 2.2.º señala que *“Los referidos saldos, depósitos u otros bienes, y en general*

familiar, el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado”.

⁵⁴ Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

⁵⁵ En concreto, en la disposición final cuarta de la LJS, rotulada *“Normas supletorias”*.

cualquier otro bien embargable, son susceptibles de embargo con independencia de la naturaleza de los ingresos o rentas que hubieran podido contribuir a su generación”. Seguidamente, precisa “A estos efectos, las limitaciones absolutas o relativas de inembargabilidad que puedan afectar a ingresos o rentas de carácter periódico conforme al artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se aplicarán a partir del embargo en el momento de la generación o devengo de cada una de las mensualidades o vencimientos de tales rentas”.

Por todo, junto a la importante prescripción legal prevista en los arts. 27.2 del ET y 607.1 de la LEC -que establecen una limitación absoluta, en principio, de inembargabilidad de la cuantía del SMI-, es de aplicación la escala progresiva contemplada ahora en el apartado 2 del citado art. 607⁵⁶ de la mentada LEC.

3.1. La escala de embargabilidad prevista legalmente

El art. 607 de la LEC, en el aludido apartado 2, expresamente prevé que “*Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones*” que excedan de la cuantía del SMI son embargables, pero no de manera íntegra, sino en unos determinados porcentajes según que el exceso alcance un fijado parámetro referido al SMI.

El tenor literal del precepto, dada su trascendencia, es el que sigue: “*2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:*

- 1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.*
- 2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.*
- 3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.*
- 4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.*
- 5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100”.*

Establece la norma, en consecuencia, una escala progresiva -de un 30, 50, 60, 75 y 90 por ciento- a aplicar en atención a la cuantía adicional de salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que excedan del SMI hasta el importe equivalente a un doble, tercer, cuarto, quinto, o a cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, respectivamente, salvaguardando así el principio de proporcionalidad en el sacrificio anteriormente deslindado, y requerido por nuestro Tribunal Constitucional. Reiteramos que, según nuestro Alto Tribunal, entre las variadas razones que motivan las declaraciones legales de inembargabilidad

⁵⁶ Que lleva por rótulo “*Embargo de sueldos y pensiones*”.

destaca *“la social de impedir que la ejecución forzosa destruya por completo la vida económica del ejecutado y se ponga en peligro su subsistencia personal y la de su familia y, a tal fin, la ley establece normas de inembargabilidad de salarios y pensiones que son, en muchas ocasiones, la única fuente de ingresos económicos de gran número de ciudadanos”*⁵⁷.

La aplicación, según los tramos indicados, de los porcentajes de embargabilidad aludidos va a significar *a sensu contrario* el establecimiento de limitaciones relativas de inembargabilidad de los *“salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones”* que resten en los correspondientes tramos.

Conocida la escala, es de destacar que, en la actualidad y desde la reforma laboral operada en el año 2010⁵⁸, en el salario mínimo computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquel. Esta importante prescripción conlleva que *“quien solo perciba el SMI no puede ser remunerado en especie (lo que posee especial importancia tanto en el ámbito del empleo doméstico cuanto de ciertas actividades del sector primario) y quien percibe remuneración en especie ha de cobrar por encima del SMI”*⁵⁹.

Por consiguiente, esta significativa medida normativa que conlleva, se insiste, que el cobro de parte del salario en especie comporte un salario adicional a la cuantía íntegra en dinero del correspondiente SMI⁶⁰, obliga a la necesaria aplicación, en los casos aludidos, de la escala de embargabilidad prevista en el art. 607.2 de la LEC y, subsiguiente inembargabilidad de la parte que reste tras la correspondiente deducción⁶¹.

⁵⁷ Fundamento de Derecho Tercero, párrafo 6.º de la sentencia núm. 113/1989, de 22 de junio, de Pleno, ya citada en este trabajo.

⁵⁸ Prescribe el art. 1, párrafo 2º del RD 152/2022, en línea con el art. 26.1.2.º *in fine* del ET tras la nueva redacción que le dio la disposición adicional vigésima tercera (rotulada *“Límites a las prestaciones salariales en especie”*) de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE núm. 227, de 18 de septiembre).

⁵⁹ Afirma Sempere Navarro, Antonio V. *“Control judicial a la excepcional subida del Salario Mínimo Interprofesional para 2019”*, en Revista de Jurisprudencial Laboral, núm. 8/2020, (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020-00000001068 p. 10.).

⁶⁰ En palabras de la Exposición de Motivos del Real Decreto 1795/2010, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2011 (BOE núm. 318, de 31 de diciembre) *“Esto significa que el empleador deberá abonar a los trabajadores, al menos, la cuantía íntegra del salario mínimo siempre en dinero, mediante cualquier medio de pago generalmente admitido, pero sin poder computar en el salario mínimo, como anteriormente se permitía, la valoración dineraria de las percepciones en especie de ningún tipo, tales como alojamiento o manutención, entre otras”*.

⁶¹ Téngase en cuenta que el RDL 8/2011 que antes hemos tratado -recuérdese, de aplicación en el caso de que el precio obtenido por la venta de la vivienda habitual hipotecada sea insuficiente para cubrir el crédito garantizado, que permite en la ejecución forzosa posterior basada en la misma deuda, elevar la cantidad inembargable del SMI en un 50%, y además, en otro 30% del SMI por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión

3.2. Reglas adicionales a la escala de embargabilidad legal

Volviendo al precepto que estamos tratando, a la anterior escala, añade una detallada regulación, algunas de cuyas prescripciones inciden de forma palmaria en el respeto al principio de proporcionalidad en el sacrificio que el límite cuantitativo a la embargabilidad de sueldos y pensiones comporta en el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes.

Las aludidas prescripciones entran en temas relativos a aspectos tan importantes como:

1. Qué ocurre en los supuestos en los que el ejecutado es beneficiario de más de una percepción.
2. Cómo proceder con las percepciones que pueda percibir el cónyuge.
3. Posibilidad de rebajar los porcentajes, fijando cuándo y en qué tramos.
4. Determinación de la cantidad, de existir otros gravámenes, sobre la que aplicar los porcentajes.
5. Delimitación del ámbito objetivo a trabar.
6. Entrega directa de lo trabado al ejecutante.

Nos detenemos, respetando el orden de exposición, en las reglas jurídicas aportadas para cada una de las cuestiones citadas.

1. Respecto a la primera, esto es, qué ocurre en los casos en los que el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, el art. 607.3 de la LEC exige la acumulación de todas las percepciones, para deducir una sola vez la parte inembargable.
2. Seguidamente, reclama igualmente la acumulación de los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase. Esta última circunstancia, de darse, requiere ser acreditada ante el Letrado de la Administración de Justicia⁶².
3. Cabe que el Letrado de la Administración de Justicia aplique, en atención a las cargas familiares del ejecutado, una rebaja de entre un 10 a un 15 por ciento en los porcentajes establecidos en los números 1.º, 2.º, 3.º y 4.º del art. 607.2 de la LEC⁶³.

superiores al SMI , en los términos recogidos en el art. 1.1º- preceptúa, a continuación, en el art. 1.2º, que *“Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 de la misma ley”*.

⁶² Art. 607.3 *in fine* de la LEC.

⁶³ Prescribe el art. 607.4 de la LEC.

Por consiguiente, es relevante, de un lado, que la norma fija una horquilla de eventual rebaja del correspondiente porcentaje a aplicar -recuérdese, de entre un 10 a un 15 por ciento- y, de otro lado, que expresamente queda excluida la posibilidad de alterar el porcentaje del 90 por ciento previsto en el número 5.º del aludido apartado 2 del art. 607 de la LEC.

4. La determinación de la cantidad sobre la que aplicar los porcentajes, de existir otros gravámenes, la resuelve la norma prescribiendo que en los supuestos en los que los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, debido a la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos estos, será la que sirva de tipo para regular el embargo⁶⁴.
5. Introduciendo seguridad jurídica, determina el art. 607.6 de la LEC que los anteriores apartados del citado precepto se aplicarán a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
6. Finalmente, el apartado 7 y último del art. 607 de la LEC⁶⁵ contempla la entrega directa de lo trabado al ejecutante, en los siguientes términos: *“Las cantidades embargadas de conformidad con lo previsto en este precepto podrán ser entregadas directamente a la parte ejecutante, en la cuenta que ésta designe previamente, si así lo acuerda el Letrado de la Administración de Justicia encargado de la ejecución. En este caso, tanto la persona o entidad que practique la retención y su posterior entrega como el ejecutante, deberán informar trimestralmente al Letrado de la Administración de Justicia sobre las sumas remitidas y recibidas, respectivamente, quedando a salvo en todo caso las alegaciones que el ejecutado pueda formular, ya sea porque considere que la deuda se halla abonada totalmente y en consecuencia debe dejarse sin efecto la traba, o porque las retenciones o entregas no se estuvieran realizando conforme a lo acordado por el Letrado de la Administración de Justicia”*.

Finalmente, prescribe que *“Contra la resolución del Letrado de la Administración de Justicia acordando tal entrega directa cabrá recurso directo de revisión ante el Tribunal”*.

⁶⁴ Señala el art. 607.5 de la LEC.

⁶⁵ Que fue añadido por el art. 15.250 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, de 04 de noviembre). Posteriormente, la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 174, de 22 de julio) modifica las referencias a *“Secretarios judiciales”* por *“Letrados de la Administración de Justicia”*.

3.3. El concepto de salario mínimo a efectos de inembargabilidad/embargabilidad

La norma, en apariencia, de clara redacción, suscita importantes problemas en la práctica⁶⁶.

En particular, abordamos el relativo al concepto de SMI que debe regir a efectos de aplicar las reglas expuestas de inembargabilidad/embargabilidad. La controversia se centra en la consideración como referente del SMI mensual o, por el contrario, del SMI anual, entendiéndose, en consecuencia, incluidas las dos gratificaciones extraordinarias en el concepto de SMI.

Así, respecto a embargos acordados por deudas con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la determinación del límite de inembargabilidad de salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones a que se refiere el art. 607 de la LEC en el mes en que se percibe, junto a la mensualidad ordinaria, una gratificación o paga extraordinaria, ha sido objeto de una reciente resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante, TEAC), en unificación de criterio⁶⁷.

El citado TEAC traza un criterio que, postulando la inembargabilidad de las gratificaciones extraordinarias, toma como elemento diferenciador que estén o no prorrateadas.

Así, para el caso en que no estén prorrateadas *“El límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones a que se refiere el artículo 607.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en el mes en que se percibe junto a la mensualidad ordinaria una gratificación o paga extraordinaria está constituido por el doble del importe del SMI mensual. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el artículo 607.2 de dicha norma”*. Por consiguiente, para el año 2022, a lo que exceda de 2000 euros (resultado de multiplicar 1000 euros/mensuales x 2) se le aplicará la escala progresiva, ya vista, recogida en el art. 607.2 de la LEC.

En cambio, en el caso de que en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias, esto es, que estén prorrateadas *“el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual x 14) prorrateado entre 12 meses. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el artículo 607.2 de la LEC”*. Aplicando este criterio a la cuantía del SMI que rige

⁶⁶ A título de ejemplo, podemos citar los que presentan el embargo o no de las indemnizaciones por despido. Para profundizar en este tema, véase Mercader Uguina, Jesús R. y Domínguez Royo, Marta. *“El embargo de las indemnizaciones por despido: problemas prácticos”*, en Revista Trabajo y Derecho, núm. 70 (Sección Práctica Jurídica y Despachos Profesionales/Estudios de práctica jurídica), octubre 2020. Ed. Wolters Kluwer.

⁶⁷ Mediante resolución núm. 1975/2022, de 17 de mayo.

para el año 2022, a lo que exceda de 1166,6666666667 euros [resultado de dividir entre 12 la cuantía mínima anual del SMI para 2022 cuantificada en 14.000 euros (producto resultante de multiplicar 1000 euros/mensuales x 14)] se le aplicará la escala progresiva, ya tratada, prevista en el mencionado art. 607 de la LEC.

Descrito el criterio unificado sostenido por el TEAC, este recoge en la propia resolución que una de las sentencias invocadas por el recurrente en el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio⁶⁸, fue recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Asturias⁶⁹, que la confirmó⁷⁰. Pues bien, esta última sentencia ha sido recurrida en casación, habiendo sido admitido a trámite el recurso mediante Auto del Tribunal Supremo (en adelante, TS)⁷¹ que dispone que *“la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es si a efectos de los límites de inembargabilidad del artículo 607 de la LEC, respecto embargos acordados por deudas con la Tesorería General de la Seguridad Social, procede excluir del límite de inembargabilidad de los salarios las pagas extra, o están incluidas en el concepto de SMI en su cuantía anual”*⁷².

Por todo, el propio TEAC fija el criterio tratado *“en tanto el Tribunal Supremo no dicte sentencia en el recurso de casación anteriormente mencionado (a la fecha de la presente resolución no consta su publicación en la colección legislativa del Centro de Documentación Judicial) fijando doctrina sobre la cuestión de interés casacional, cuestión coincidente con la controvertida en el presente recurso extraordinario de alzada”*.

Interesa destacar que la cuestión debatida ha sido objeto de sentencias en otras jurisdicciones.

Así, la propia resolución del TEAC citada recoge la sentencia del TS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 499/2021, de 6 de julio⁷³, que considera, igualmente, las dos gratificaciones extraordinarias a las que alude el art. 31 del ET dentro del concepto de SMI y, así sostiene *“acertado el argumento de la Audiencia Provincial cuando considera artificial la distinción entre el concepto legal de salario mínimo interprofesional que resulta de los arts. 27, en relación con el 31, del Estatuto de los Trabajadores y de la normativa que fija su importe para cada anualidad, que*

⁶⁸ En concreto, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 4 de Oviedo, de 31 de enero de 2020, recurso núm. 361/2019 (ECLI:ES:JCA:2020:1197).

⁶⁹ Sala de lo Contencioso-Administrativo.

⁷⁰ En sentencia núm. 581/2020, de 9 de noviembre, recurso núm. 107/2020 (ECLI:ES:TSJAS:2020:2563).

⁷¹ Auto de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de fecha 24 de junio de 2021, recurso de casación núm. 585/2021 (ECLI:ES:TS:2021:8621A).

⁷² Apartado Segundo del Acuerdo alcanzado.

⁷³ Recurso núm. 4510/2018 (ECLI:ES:TS:2021:2708).

reconoce la naturaleza salarial de las pagas extraordinarias, y el concepto de salario mínimo profesional que sirve para fijar el límite del privilegio concursal” concluye que “para fijar el límite cuantitativo a la preferencia de los créditos laborales en la Ley Concursal ha de estarse a la norma que periódicamente fija el salario mínimo interprofesional en cumplimiento de previsto en el art. 27 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que el límite no es el «salario día» ni el «salario mes» establecidos en el art. 1 del Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, aplicable por razones temporales, sino el «salario mínimo en cómputo anual», señalado en el art. 3 de dicho Real Decreto, donde claramente se concluye que «en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 9.034,20 euros», por lo que en el cálculo de dicho límite debe incluirse la parte proporcional de las pagas extraordinarias”⁷⁴.

Las sentencias citadas, como argumento a favor -caso de la del TSJ del Principado de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm. 581/2020⁷⁵- o, recogiénolas para, seguidamente, argumentar su oposición -supuesto de la del TS (Sala Primera, de lo Civil) núm. 499/2021, de 6 de julio- invocan, a fin de argumentar sus postulados de excluir o incluir, respectivamente, las pagas extraordinarias, las sentencias de la Sala Cuarta, de lo Social del TS de 16 de mayo de 1995⁷⁶ y 11 de junio de 1998⁷⁷.

La primera de las sentencias, esto es, la de 16 de mayo de 1995 aborda la cuestión de determinar si la prestación de garantía por salarios pendientes de pago a cargo del Fondo de Garantía Salarial (en adelante, FOGASA) que establece el art. 33.1 del ET, debe fijarse teniendo en cuenta como base inicial de cálculo únicamente el importe del salario diario percibido o si este importe debe incrementarse con la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Por su parte, la de 11 de junio de 1998 gira en torno al abono por parte del FOGASA del 40% de la indemnización en extinción del contrato autorizada en expediente de regulación de empleo y empresa con menos de veinticinco

⁷⁴ Fundamento de Derecho Segundo, apartados 12 y 14, respectivamente.

Este criterio coincide con el ya mantenido por la misma Sala de lo Civil del TS en sentencia núm. 682/2008, de 9 de julio, recurso núm. 2420/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3805) que interpretó el privilegio previsto en el art. 32.3 del ET en una tercería de mejor derecho interpuesta por los trabajadores, en la que también se discutió si en el límite consistente en que la cuantía del salario adeudado no superara el doble del SMI, se debía incluir el prorrateo de las dos pagas extraordinarias. Téngase en cuenta que el criterio está referido a la normativa concursal precedente, siendo extrapolable a la legislación concursal en vigor.

⁷⁵ Al igual que ocurre en el argumentario de la parte recurrente en el recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio que ha originado la resolución del TEAC tratada anteriormente.

⁷⁶ Sentencia núm. 2765/1995, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2517/1994 (ECLI:ES:TS:1995:2765).

⁷⁷ Sentencia núm. 3836/1998, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3953/1998 (ECLI:ES:TS:1998:3836).

trabajadores que establecía el art. 33.8 del ET, que remitía al art. 33.2, que contemplaba el mismo módulo, esto es, el duplo del SMI -tégase en cuenta que la prescripción recogida en el citado apartado 8 del art. 33 fue suprimida por la Ley que aprueba los Presupuestos Generales del Estado para el año 2014⁷⁸-.

Ambas sentencias, la segunda reproduciendo los argumentos esgrimidos por la primera, sostienen que *“Es cierto que el art. 31 ET establece el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año. Pero la generalidad de este reconocimiento no es suficiente para entender comprendidas dichas pagas dentro de la noción de salario mínimo interprofesional, ni su garantía de una percepción mínima anual se confunde con éste”*⁷⁹.

Interesa hacer hincapié que el citado art. 33 del ET ha sido reformado con posterioridad a las sentencias citadas estableciendo como tope de cálculo de la protección de los trabajadores dispensada por el FOGASA, en todos los supuestos contemplados, *“el triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”*⁸⁰ y, en la actualidad -desde el año 2012- *“el doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”*⁸¹.

Pues bien, es relevante que el precepto analizado en ambas sentencias del TS haya sufrido, con posterioridad a los hechos enjuiciados, reformas justamente en línea contraria a lo sostenido por el Alto Tribunal y acogiendo, de este modo, la tesis postulada en el voto particular -cuyos argumentos compartimos- que contiene la segunda de las sentencias mencionadas, esto es, la de 11 de junio de 1998.

Así, el citado voto particular alude a que una interpretación tanto literal, como sistemática y finalista de las normas aplicables, permiten afirmar que, a efectos de determinar el importe de las prestaciones de garantía salarial por parte del FOGASA, no existe fundamento legal para excluir del SMI diario, base de cálculo, la parte proporcional de dos pagas extraordinarias anuales. De este modo *“parte de que cuando en una norma se fija genéricamente como módulo la cuantía del SMI*

⁷⁸ Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE núm. 309, de 26 de diciembre), a través de la disposición final 5.^a, que suprime el citado apartado 8 del art. 33 del ET con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida.

⁷⁹ Fundamento de Derecho Segundo, párrafo 4.º de la sentencia de 11 de junio de 1998, en términos idénticos a los recogidos en el Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia anterior, de la misma Sala del TS, de 16 de mayo de 1995.

⁸⁰ En los apartados 1 y 2 del art. 33 del ET a través del Real Decreto-ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo (BOE núm. 141, de 14 de junio), vía art. 12.3 a 6 y el apartado 3.2.º del citado art. 33 del ET a través de la disposición final 14.3 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción dada por el art. Único.120 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE núm. 245, de 11 de octubre).

⁸¹ A través de la modificación que hace a los apartados 1, 2 y 3.2 del art. 33 del ET el art. 19 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE núm. 168, de 14 de julio):

*debe entenderse que en la misma está necesariamente incluido el importe de las dos pagas extraordinarias anuales a las que, también como mínimo, tiene derecho todo trabajador, siendo éste el contenido propio el (sic) concepto legal de SMI*⁸².

Llegados a este punto, nos adherimos a lo sostenido por el TS (Sala de lo Civil) en la sentencia citada núm. 499/2021 cuando sostiene que *“A nuestro entender, la existencia de esas sentencias de la Sala Cuarta -aludiendo a las dos citadas de la Sala de lo Social- explica que el legislador, al reformar el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, mencionara expresamente la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias, y que tal precisión no se contenga en otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores (como es el caso del art. 32) en los que no era necesario porque no se había planteado controversia sobre la inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias en el salario mínimo interprofesional que se tomaba como referencia*”⁸³.

El importante debate descrito ha sido resuelto, en respuesta al recurso de casación frente a la sentencia del TSJ de Asturias núm. 581/2020 antes mencionado, por el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) -confirmando el criterio mantenido por el TEAC- en sentencia núm. 1340/2022, de 20 de octubre⁸⁴ que establece la doctrina según la cual, la cuantía del SMI es inembargable en su cómputo anual, pagas extraordinarias incluidas; de ahí que la forma correcta de calcular el límite inembargable en los meses con paga extraordinaria sea computar el doble del SMI.

El tema cobra en la actualidad respaldo legal a través de la incorporación de una enmienda en el Proyecto de Ley de Empleo -aprobado el pasado 22 de diciembre de 2022 por el Pleno del Congreso de los Diputados- por la que se incluye otra disposición final al citado Proyecto, que modifica el art. 27.2 del ET, señalando que el SMI en su cuantía tanto mensual como anual es inembargable, cualquiera que sea el periodo de devengo. En cualquier caso, habrá que estar al desenlace final de la tramitación parlamentaria del mencionado texto.

Finalmente, una cuestión a dilucidar es si la regla de inembargabilidad -prevista en los arts. 27.2 del ET y 607.1 de la LEC-, así como los límites de embargabilidad -señalados en el art. 607.2 de la LEC- son de aplicación general o, por el contrario, pueden contar con alguna excepción, y de ser el caso, conocer cuándo tiene lugar y en qué condiciones.

A continuación, en el siguiente capítulo de este estudio, abordamos estos relevantes interrogantes.

⁸² Razonamiento núm. Tercero, apartado 2 del voto particular.

⁸³ Fundamento de Derecho Tercero, apartado 9.º *in fine*.

⁸⁴ Recurso núm. 585/2021 (ECLI:ES:TS:2022:4017)..

4. EXCEPCIÓN A LAS PRESCRIPCIONES LEGALES DE INEMBARGABILIDAD

Prescribe la LEC, en el artículo inmediatamente siguiente al analizado, esto es, en el art. 608, rotulado “*Ejecución por condena a prestación alimenticia*”, que “*Lo dispuesto en el artículo anterior no será de aplicación cuando se proceda por ejecución de sentencia que condene al pago de alimentos...*”.

Por consiguiente, establece el precepto que nos ocupa una excepción a las limitaciones de inembargabilidad -tanto absoluta como relativas- que han sido tratadas.

La regulación jurídica de la pensión de alimentos se encuentra en los arts. 142 a 153 del Código Civil (en adelante, CC)⁸⁵, y se define como la obligación recíproca que tienen ciertos familiares -extensible igualmente entre cónyuges- en favor de sus parientes -ascendientes y descendientes-⁸⁶ en estado de necesidad para asegurar su subsistencia⁸⁷.

En este marco, dispone el art. 142 del CC qué debe entenderse, a estos efectos, por alimentos, señalando que “*Se entiende (...) todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.*”

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo”.

La obligación legal de alimentos tiene por finalidad, pues que el alimentista pueda tener una vida digna, derecho fundamental reconocido en el art. 10 de la CE, así como salvaguardar otros preceptos constitucionales, en concreto, los arts. 27 (derecho a la educación), 39.1 y 3 (protección de la familia y el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda), 43 (derecho a la protección de la salud) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada).

⁸⁵ Arts. 142 a 153 del CC que conforman el Título VI (rotulado “*De los alimentos entre parientes*”) del Libro Primero (bajo el título “*De las personas*”).

⁸⁶ En particular, prescribe el art. 143 del CC que “*Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes*”. Y puntualiza, finalmente, “*Los hermanos sólo se deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa que no sea imputable al alimentista, y se extenderán en su caso a los que precisen para su educación*”.

⁸⁷ Así, el art. 148.1.º del CC señala que “*La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos...*”.

La sentencia del TS (Sala Segunda, de lo Penal) núm. 239/2021, de 17 de marzo de 2021⁸⁸ hace hincapié en la naturaleza jurídica de la pensión alimenticia, y la respuesta del ordenamiento jurídico caso de incumplimiento de esta. Así, respecto a impagos de pensiones alimenticias señala que supone “*el incumplimiento de una obligación que no debería exigirse ni por ley ni por resolución judicial, sino que debería cumplirse por el propio convencimiento del obligado a cubrir la necesidad de sus hijos; todo ello desde el punto de vista del enfoque que de obligación de derecho natural tiene la obligación al pago de alimentos*”. Y añade, “*Pero, sin embargo, por los incumplimientos que se producen debe ser el legislador el que configure esta obligación ex lege, y los tribunales los que resuelvan estos conflictos que no deberían existir; por la exigencia moral y natural del progenitor obligado a no dejar desabastecidas las necesidades de sus propios hijos, y sin anteponer nunca sus deseos y/o preferencias a las de aquellos, ya que respecto a éstos no son deseos o preferencias, sino necesidades de los mismos*”⁸⁹.

Dentro de marco constitucional trazado, prevé el art. 146 del CC que “*La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da -el alimentante- y a las necesidades de quien los recibe -el alimentista-*”. Asimismo, los alimentos no tienen que permanecer invariables en el tiempo, sino que “*se reducirán o aumentarán proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlos*”⁹⁰.

El art. 608 de la LEC indica expresamente en qué supuestos surte efectos la excepcionalidad que estamos tratando y puntualiza que tendrá lugar “*..., en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos -los alimentos en los términos*

⁸⁸ Recurso núm. 2293/2019 (ECLI:ES:TS:2021:914).

⁸⁹ Fundamento de Derecho Cuarto, Apartado 30, titulado “*Continuidad con los impagos de pensiones*”, párrafos 6.º y 7.º.

Abunda el TS en la naturaleza y carácter de la pensión alimenticia cuando señala que, en el caso enjuiciado “*Existe prueba bastante y suficiente para entender concurrente el delito de alzamiento de bienes ocultando y dificultando las posibilidades de cobro de deudas, y existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial. Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo*”. Y concluye, si no se satisface la pensión alimenticia en la cuantía que se estipuló “*se ejerce una doble victimización, a saber: sobre los hijos como necesitados de unos alimentos que no reciben y sobre el progenitor que debe sustituir al obligado incumplidor por tener que cubrir los alimentos que no presta el obligado a darlos*” (Fundamento de Derecho Cuarto, Apartado 30, párrafos 5.º y 8.º *in fine*).

⁹⁰ Tal como prevé el art. 147 del CC.

expuestos- nazca directamente de la Ley... ”⁹¹ para, seguidamente, aclarar “..., incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos...”, a lo que añadió la Ley 15/2015⁹² “... o de los decretos o escrituras públicas que formalicen el convenio regulador que los establezcan”.

Téngase en cuenta respecto a las últimas prescripciones que el art. 90 del CC -dentro del Capítulo IX, bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”-, en el apartado 1 señala que “El convenio regulador (...) deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: (...) d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso”. En consecuencia, prescribe el art. 93 del mismo cuerpo legal que “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento”. Finalmente, contempla que “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

Finalmente, queda por determinar a quién corresponde fijar, en los supuestos descritos en el art. 608 de la LEC, la cantidad a embargar.

Pues bien, el propio precepto citado de la LEC *in fine* prescribe que “En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes⁹³, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada”. Por consiguiente, el Juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes, fijará en cada caso la cantidad que

⁹¹ V. gr., el art. 110 del CC señala que “El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos”.

⁹² Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio), a través de la disposición final tercera (rubricada “Modificación de determinados artículos de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil”), apartado cuarto.

⁹³ En esta línea, el art. 158 del CC mandata que “El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 1.º Las medidas convenientes para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo, en caso de incumplimiento de este deber, por sus padres”.

deba ser embargada⁹⁴, “dejando siempre al ejecutado una parte que le permita cubrir, aun cuando sea mínimamente, sus necesidades más básicas”⁹⁵.

5. REFLEXIONES FINALES

PRIMERA. Del régimen laboral -vía art. 27, en relación con el 31, ambos del ET, así como de los sucesivos Reales Decretos, de periodicidad anual, de fijación de las cuantías de SMI- se extrae la naturaleza salarial de las gratificaciones extraordinarias y, por ende, su inclusión, por importe de treinta días cada una, en el concepto legal de SMI.

SEGUNDA. Esta configuración del SMI debe ser trasplantada a otras jurisdicciones -en particular, a la civil, así como a la contenciosa-administrativa- cuando abordan la aplicación, previa interpretación, de las reglas previstas en el art. 607 de la LEC, rotulado “*Embargo de sueldos y pensiones*”.

TERCERA. Por ende, compartimos el criterio unificado sostenido por el TEAC, en aras de aplicar el aludido art. 607 de la LEC, que toma como referente diferenciador el prorrateo o no de las gratificaciones extraordinarias.

Así, el límite de inembargabilidad de sueldos, salarios o pensiones a que se refiere el art. 607.1 de la LEC en el mes en que se percibe junto a la mensualidad ordinaria una gratificación o paga extraordinaria está constituido por el doble del importe del SMI mensual. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el art. 607.2 de dicha norma.

En cambio, en el caso de que en el sueldo mensual percibido estuviera incluida la parte proporcional de las pagas o gratificaciones extraordinarias -esto es, que estén prorrateadas- el límite de inembargabilidad estará constituido por el importe del SMI en cómputo anual (SMI mensual x 14) prorrateado entre 12

⁹⁴ Sostiene esta idea la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.ª, en auto 229/2005, de 9 de diciembre, recurso núm. 691/2005 (ECLI:ES:APB:2005:5818A) al afirmar “sin que el término imperativo «fijará» empleado por el legislador admita duda alguna en cuanto a su interpretación, pues en lo que aparece claramente regulado no hace falta interpretación, esto es, se impone al juzgado la obligación de fijar una cantidad, la que sea, que «puede ser embargada», sin que la palabra «puede» empleada seguidamente por la norma legal para referirse a la cantidad a embargar haya de llevar a la interpretación errónea de considerarla como una facultad conferida al Juez en cuanto al embargo mismo por cuanto éste se impone por ministerio legal y a lo que faculta el precepto legal al Juez es a determinar el importe de la cantidad a embargar, para lo que, lógicamente, habrá de ponderar las circunstancias concurrentes en el caso de que se trate” (Razonamiento Jurídico Segundo).

⁹⁵ En términos empleados por Martínez de Santos, Alberto. “Objeto del embargo: bienes no embargables”. Esta doctrina forma parte del libro “*La ejecución civil*”. La Ley, 1.ª ed., Madrid, Ed. Wolters Kluwer, 2021, p. 11.

meses. Al exceso percibido sobre tal cantidad se le aplicará la escala recogida en el art. 607.2 de la LEC.

CUARTA. El criterio anterior ha sido refrendado por el TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en el recurso de casación aludido en este trabajo, a través de la sentencia núm. 1340/2022, de 20 de octubre que establece la doctrina según la cual, la cuantía del SMI es inembargable en su cómputo anual, pagas extraordinarias incluidas; de ahí que la forma correcta de calcular el límite inembargable en los meses con paga extraordinaria sea computar el doble del SMI.

QUINTA Y ÚLTIMA. El tema cobra en la actualidad respaldo legal a través de la incorporación de una enmienda en el Proyecto de Ley de Empleo -aprobado el pasado 22 de diciembre de 2022 por el Pleno del Congreso de los Diputados- por la que se incluye otra disposición final al citado Proyecto, que modifica el art. 27.2 del ET, señalando que el SMI en su cuantía tanto mensual como anual es inembargable, cualquiera que sea el periodo de devengo. En cualquier caso, habrá que estar al desenlace final de la tramitación parlamentaria del mencionado texto, que ha sido remitido al Senado.

RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TC, sentencia núm. 158/1993, de 6 de mayo, de Pleno, que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2186/1991

TC, sentencia núm. 113/1989, de 22 de junio, de Pleno, que conoce de la cuestión de inconstitucionalidad núm. 68/1985

TC, sentencia núm. 31/1984, de 7 de marzo, que conoce del recurso de amparo núm. 234/1982 (ECLI:ES:TC:1984:31)

TRIBUNAL SUPREMO

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 1340/2022, de 20 de octubre, recurso de casación núm. 585/2021 (ECLI:ES:TS:2022:4017)

TS (Sala Primera, de lo Civil), sentencia núm. 499/2021, de 6 de julio, recurso núm. 4510/2018 (ECLI:ES:TS:2021:2708)

TS (Sala Segunda, de lo Penal), sentencia núm. 239/2021, de 17 de marzo, recurso núm. 2293/2019 (ECLI:ES:TS:2021:914)

TS (Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 1268/2020, de 7 de octubre, recurso de casación contencioso-administrativo núm. 67/2019 (ECLI:ES:TS:2020:3031)

TS (Sala Primera, de lo Civil), sentencia núm. 682/2008, de 9 de julio, recurso núm. 2420/2001 (ECLI:ES:TS:2008:3805)

TS (Sala Cuarta, de lo Social), sentencia núm. 3836/1998, de 11 de junio, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3953/1998 (ECLI:ES:TS:1998:3836)

TS (Sala Cuarta, de lo Social), sentencia núm. 2765/1995, de 16 de mayo, recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2517/1994 (ECLI:ES:TS:1995:2765)

TS (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo), auto de 24 de junio de 2021, recurso de casación núm. 585/2021 (ECLI:ES:TS:2021:8621A)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

TSJ de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo), sentencia núm. 581/2020, de 9 de noviembre, recurso núm. 107/2020 (ECLI:ES:TSJAS:2020:2563)

AUDIENCIA PROVINCIAL

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, auto 229/2005, de 9 de diciembre, recurso núm. 691/2005 (ECLI:ES:APB:2005:5818A)

JUZGADOS

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, sentencia núm. 4 de Oviedo, de 31 de enero de 2020, recurso núm. 361/2019 (ECLI:ES:JCA:2020:1197)

TRIBUNAL ECONÓMICO-ADMINISTRATIVO CENTRAL

TEAC, resolución núm. 1975/2022, de 17 de mayo de 2022, en unificación de criterio

LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD DE TRATO Y LA NO DISCRIMINACIÓN

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO
*Profesora ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: enfermedad; condición de salud;
discriminación; despido

La reciente promulgación de la Ley 15/22, de 12 de julio aborda omnicomprensivamente el derecho a la no discriminación, incluyéndose nuevas circunstancias en las que es apreciable la lesión al mismo.

El propósito de las presentes líneas es partir de la elaborada doctrina sostenida por el Tribunal de Luxemburgo sobre el concepto “enfermedad”, en cuanto esta circunstancia puede constituir un factor discriminatorio al presentar rasgos propios que la sitúan cerca del elemento sí previsto en la Directiva 78/2000, “discapacidad”.

Tras ello, se propone un análisis interpretativo del nuevo factor discriminatorio de “enfermedad o condición de salud” a la espera de la luz que arrojarán los pronunciamientos judiciales, todo ello circunscrito al ámbito de las relaciones laborales y, más concretamente, a la fase extintiva.

ABSTRACT

Key words: illness, health condition, discrimination, dismissal

The recent enactment of the Comprehensive Law 15/22 of 12 July comprehensively addresses the right to non-discrimination, including new circumstances in which the infringement of this right is appreciable.

The purpose of the present is to start from the elaborate doctrine held by the Court of Luxembourg on the concept of “disease” in so far as it may constitute a discriminatory factor by having its own features that place it close to the element provided for in Directive 78/2000, “disability”.

After that, an interpretative analysis of the new discriminatory factor of “disease or health condition” is proposed, pending the light that the judicial pronouncements will shed, all limited to the field of labor relations and, more specifically, to the extinction phase.

ÍNDICE

1. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DURANTE SU SUSPENSIÓN CONTRACTUAL ES NULO, PERO NO PARA SIEMPRE
2. EL DESPIDO OBJETIVO DEL TRABAJADOR ENFERMO
 - 2.1. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador
 - 2.2. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida
3. EL DESPIDO SIN CAUSA DEL TRABAJADOR ENFERMO: LA RESPUESTA DE NUESTROS TRIBUNALES INTERNOS
4. LA INFLUENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO
 - 4.1. Contexto
 - 4.2. Primera etapa
 - 4.3. Segunda etapa
 - 4.4. Tercera etapa
5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD PREVIA A LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD
6. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD
 - 6.1. Apuntes previos
 - 6.2. Argumentos a favor de la nulidad de todos los supuestos
 - 6.3. Argumentos de oposición a la nulidad de todos los supuestos
7. CONCLUSIONES

1. EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DURANTE SU SUSPENSIÓN CONTRACTUAL ES NULO, PERO NO PARA SIEMPRE

Salvo que se apreciara por el órgano judicial su procedencia, esto es, la existencia de una causa que habilitara al empresario para extinguir el contrato de trabajo. Estos eran los términos tajantes con que se expresaba el legislador de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo, artículo cincuenta y cinco apartado seis).

Siguiendo con la norma sustantiva, también se preveía (artículo diecisiete) la nulidad de cualquier acto (no solo el extintivo) que contuviera “discriminaciones desfavorables por razón de edad o ... por circunstancias de sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa y lengua dentro del Estado español”.

En clara coherencia con esta previsión, el art. 102.2 de la Ley de Procedimiento Laboral también de 1980¹ acogía este efecto de nulidad expresamente para los supuestos en que “el trabajador despedido tuviera suspendido el contrato de trabajo y no se apreciase procedente el despido”.

De esta manera, se optaba por un efecto de nulidad automática cuando se ponía fin a la relación laboral que se encontraba suspendida. Ante ello, el despido del

¹ Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

trabajador que se hallaba en situación de incapacidad temporal era nulo *ope legis*, sin que tuviera que fundamentarse la consecuencia de nulidad en la prohibición de discriminación, o en la transgresión de un derecho fundamental (o libertad pública).

Con estas previsiones se tutelaban los intereses del trabajador, garantizándole el pleno ejercicio de sus derechos a la suspensión del contrato, al velar para que no sufriera represalias empresariales.

La situación someramente descrita da un vuelco por obra de la reforma laboral contenida en la Ley 11/1994 de 19 de mayo por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Ahora se proyecta una mirada más restringida del efecto de nulidad; esta declaración debía ceñirse a los supuestos en los que los derechos fundamentales y libertades públicas resultaran lesionados, desapareciendo de nuestro panorama normativo las hipótesis de nulidad de despidos durante la suspensión contractual o los que incurrieran en fraude de ley².

Pero, las reformas legales en torno a la declaración de nulidad del despido no finalizaron. De hecho, La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, introdujo una serie de supuestos que, desvinculados de la transgresión de derechos fundamentales o libertades públicas, también conllevaban la nulidad del despido³ con la clara intención de proteger a la que iba a ser madre y también a los progenitores que ejercían derechos vinculados a la suspensión contractual derivada de razones de embarazo, adopción o acogimiento.

La necesidad de reforzar la tutela de la dimensión familiar de la mujer se extendió (a partir del 8 de marzo de 2019⁴) a los supuestos de extinción durante el periodo de prueba, declarándose la nulidad del desistimiento vigente el lapso probatorio “en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo...o maternidad”, aun cuando se salvan las hipótesis en las que los motivos del cese no estén “relacionados con el embarazo o maternidad”.

² En extenso, vid. Martínez-Gijón Machuca, M. A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*. Bomarzo. 2017.

³ Así, el art.55.5 incluía el supuesto despido de: “a) El de los trabajadores durante el periodo de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, riesgo durante el embarazo, adopción o acogimiento al que se refiere la letra d) del apartado 1 del artículo 45 de esta Ley, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso finalice dentro de dicho periodo. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del periodo de suspensión a que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma.”

⁴ 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.

Esta es la situación con la que nos encontramos en el momento en que redactamos las presentes líneas: en el Estatuto de los Trabajadores vigente (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) no se establece como causa de nulidad el despido de trabajador en situación de suspensión contractual y, por ende, tampoco el del empleado en incapacidad temporal y/o enfermo.

2. EL DESPIDO OBJETIVO DEL TRABAJADOR ENFERMO

Naturalmente las situaciones de menoscabo de la salud de la persona trabajadora tienen influencia directa en la prestación de servicios. La enfermedad conlleva ineludiblemente efectos perniciosos en la realización de los quehaceres diarios y, por supuesto, en la mayoría de los supuestos, en la ejecución de la labor contratada ya sea porque con mayor o menor dosis de ocasionalidad el trabajador se ausenta de su puesto de trabajo o bien porque el debilitamiento en la condición psíquica o física se traduce en una disminución de su rendimiento normal.

Consciente de ello, el legislador arbitra una opción que pone a disposición del empresario con base al desequilibrio contractual generado. En definitiva, las reglas del juego han cambiado, teniendo una parte (empresario) que asumir sacrificios superiores a los que inicialmente previó⁵.

Y así se habilita la vía del despido objetivo, por cuanto no se trata de imputar ningún incumplimiento laboral al trabajador, cuya voluntad es a todas luces ajena a la imposibilidad de ejecutar, bajo los términos convenidos, la prestación de servicios comprometida.

Sobre la base de la generación de ese perjuicio empresarial que le llevaba a ser consciente de la falta de rentabilidad de la relación contractual convenida, se posibilitaban -hasta 20 de febrero de 2020- dos alternativas con las que poder poner fin al vínculo laboral. Aun siendo la finalidad a la que se pretendía atender la misma, el empleo de una u otra no se dejaba al arbitrio del empleador. Si el daño provenía de la ausencia justificada, ciertamente breve pero asidua, del trabajador a su puesto de trabajo, se podía emplear la fórmula extintiva por excesiva morbilidad del trabajador; si, por el contrario, el gravamen empresarial venía representado por la falta de eficiencia en la ejecución de la prestación, a causa precisamente del estado de salud del empleado, se arbitraba la opción de acudir al despido objetivo por ineptitud sobrevenida del trabajador.

Y, aunque en la actualidad de las dos posibilidades solo se contempla normativamente la segunda (esto es, la relativa al despido objetivo por ineptitud sobrevenida), creemos ilustrativo esbozar ambas, porque también la extinta causa

⁵ Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op. cit. pg. 22.

de excesivo -aunque justificado- absentismo del trabajador nos puede dar cuenta de la evolución en el tratamiento jurídico de la enfermedad a efectos laborales y acaso explica la actual consideración en lo que hace a la continuidad del contrato de trabajo.

2.1. El despido objetivo por excesiva morbilidad del trabajador

El art. 52 en su letra d) del ET dispensaba al empresario la posibilidad de despedir al trabajador que se ausentaba justificadamente de su puesto de trabajo. La inicial perplejidad que pudiera embargarnos tal opción jurídica quedaba despejada al ver con claridad la finalidad a la que atendía el precepto.

De un lado se hacía patente que era necesario tutelar la situación del trabajador que no podía acudir a su puesto de trabajo por una razón que en absoluto era caprichosa y ni siquiera buscada: su enfermedad. Una enfermedad común muy especial que no se prolongaba en el tiempo, pues quedaban fuera del precepto los procesos de incapacidad temporal de duración superior a veinte días continuos, junto a otros supuestos explicitados en la norma⁶. Una enfermedad -decimos-especial tanto por lo que se ha comentado antes con relación a su baja duración como por su intermitencia, esto es, eran enfermos recurrentes durante unos pocos días.

Situados en el otro lado de la balanza, no se podía ser ajeno a las consecuencias que este tipo de bajas por enfermedad intermitentes entrañaban para los intereses empresariales. Más allá de cuestiones netamente crematísticas que venían representadas por la sustitución del trabajador enfermo, el empresario se encontraba con un auténtico problema de reorganización de sus recursos humanos. ¿Realmente era eficiente el trabajador sustituto que cubría brevemente las ausencias del empleado enfermo y al que no solo había que -lógicamente- abonar salario, cotizaciones, sino también formar?

Esta tensión representada por los naturales y legítimos intereses de ambas partes contractuales es resuelta de forma salomónica por el legislador: el despido objetivo. Y, para que resultara aún más claro el perjuicio que se le ocasionaba al empleador se va a exigir algo más, pues no es suficiente con que las bajas por enfermedad del trabajador candidato al despido representen un determinado

⁶ “huelga legal..., el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género....

Tampoco ... las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.”

porcentaje en un lapso temporal concreto, sino que es preciso que el nivel de absentismo del resto de los trabajadores fuera relevante.

Lamentablemente -a nuestro juicio- la reforma de 2012 (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo) cercenó esta última exigencia. A partir de entonces, no se requería probar que el absentismo global de la plantilla de la empresa alcanzara porcentaje alguno⁷.

No exento de críticas, el precepto sucintamente expuesto es cuestionado judicialmente, sin que finalmente se estime la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta contra aquel. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional 118/19, de 16 de octubre⁸, confirma la plena conformidad de la previsión normativa al texto constitucional y, en particular, con el art. 35 de la Carta Magna, aun cuando el sentido del fallo no es compartido por todos los miembros del Pleno⁹.

El Real Decreto Ley 4/20, de 18 de febrero, hizo desaparecer de nuestro panorama normativo tal opción extintiva con efectos desde el 20 de febrero de 2020¹⁰.

⁷ Un examen de esta reforma y de los argumentos sobre la posible afectación de derechos constitucionales en Blasco Jover, C.: “La necesaria reforma (que no derogación) del despido objetivo por absentismo”. Revista Española de Derecho del Trabajo. Aranzadi. 2020. núm. 229, pgs. 107-138.

⁸ ECLI:ES:TC:2019:118.

⁹ 3 votos particulares.

Recuérdese también que en su momento se planteó cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cuenca ante el TJUE dando lugar a la STJUE de 18 de enero de 2018 -caso Ruiz Conejero- (ECLI:EU:C: 2018:17); simplificada por nuestra parte se planteaba la posible oposición a la Directiva 2000/78 de nuestro precepto cuando las ausencias eran protagonizadas por un trabajador afectado por discapacidad. En efecto, el TJUE aprecia que esta previsión normativa puede “suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de discapacidad” pero que queda justificada por la existencia de una medida política de empleo, elemento este que junto a la constatación de que los medios son proporcionados han de ser valorado por los tribunales nacionales, prestando especial atención a las dificultades que encontrarían los trabajadores discapacitados para volver a incorporarse a la vida laboral. Para un análisis más exhaustivo, incluyendo la respuesta del Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca tras la respuesta del TJUE en Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (20 marzo 2018). “El despido por ausencias derivadas de enfermedades vinculadas a una discapacidad es discriminatorio: respuesta del JS/1/Cuenca al caso Ruiz Conejero”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. El despido por ausencias derivadas de enfermedades vinculadas a una discapacidad es discriminatorio: respuesta del JS/1 Cuenca al caso Ruiz Conejero - Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com)

¹⁰ Moreno Gené, J.: “La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador”. Temas Laborales núm. 152/20, pgs. 271-300. Por la trascendencia que a los efectos del presente estudio tendrá, nos permitimos reflejar la opinión final del autor: “Ahora más que nunca, por tanto, será necesario dar la batalla y agudizar el ingenio para conseguir la declaración de nulidad de los

2.2. El despido objetivo por ineptitud sobrevenida

A través de este escueto enunciado legal, se otorga la posibilidad al empresario de dar por finalizada la relación laboral en los supuestos en los que el trabajador carece de las habilidades necesarias como consecuencia de verse aquejado por una incapacidad física o psíquica¹¹.

La clave radica en la imposibilidad física o psíquica que tiene visos de ser definitiva¹² y que afecta de forma decisiva a la hora de ejecutar las funciones que le habían sido atribuidas al trabajador. La incidencia en el trabajo obedece a razones relacionadas con su estado de salud, siempre que la patología padecida no

despidos de los trabajadores enfermos frente a su habitual declaración de improcedencia por parte de los tribunales laborales. En este punto, no cabe duda que la supresión del art.52.d) ET no puede resultar inocua.”

¹¹ La ineptitud sobrevenida a la que se refiere el precepto engloba situaciones heterogéneas y no necesariamente derivadas del estado físico y/o psíquico del trabajador. Así, a título de ejemplo la “carencia en el trabajador de las condiciones necesarias de tipo formal -falta de titulación, retirada de un carné o licencia- o material -falta de conocimientos, habilidades o capacidad, física o intelectual- para desempeñar adecuadamente un concreto puesto de trabajo y, si bien puede ser originaria -anterior a la celebración del contrato- para fundar la extinción de la relación laboral debe sobrevenir con posterioridad a la contratación, con la particularidad de que, si existiera antes del cumplimiento de un periodo de prueba -por ser originaria o sobrevenida durante dicho periodo- una vez superado éste no puede invocarse para justificar el despido...” Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar, Ed. Civitas. 2009. 1º Edición Navarra, Pg.544; en similar sentido, STSJ de Andalucía de 11 de septiembre de 1995, AS 1995/3377; STSJ de Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 1995, AS 1995/4207; STSJ de Castilla y León de 14 de noviembre de 1995, AS 1995/4121 matiza que la pérdida de la aptitud puede ser “física o intelectual originaria”; STSJ de Andalucía de 30 de noviembre de 1995, AS 1995/4244; STSJ de Cantabria de 10 de marzo de 1998 (AS 1998/5437); STSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2003 (AS 2003/1362).

¹² Esta exigencia relativa al carácter presuntamente definitivo de su falta de capacidad por razón de la enfermedad o lesiones que presenta el trabajador es lo que diferencia esta situación que posibilita el despido objetivo de la simple incapacidad temporal que no opera como razón habilitante para cercenar el vínculo laboral. Así, sin ánimo exhaustivo, STSJ de las Islas Canarias de 4 de septiembre de 1.998, AS 1998/4245; STSJ de las Islas Canarias de 30 de enero de 2001, JUR 2001/184347 en donde se desestiman las pretensiones extintivas del empresario por cuanto el padecimiento psíquico que presenta el trabajador lo es de carácter temporal; STSJ de Navarra de 24 de julio de 2001 (AS 2001/3445); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18635); STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2005 (AS 2005/1215); STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2007 (JUR 2007/323427); STSJ de Castilla y León de 11 de junio de 2008 (AS 2008/2419); STSJ de Asturias de 19 de septiembre de 2003 (JUR 2004/18635).

Igual suerte desestimatoria han de merecer los alegatos de la empresa cuando para probar la ineptitud del trabajador se sirve de la declaración médica de “no apto temporal” (STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2014 -JUR 2014/287363- o STSJ de Navarra de 2 de junio de 2017 -JUR 2017/229467).

No obstante, se ha de hacer alusión a la STSJ de Asturias de 15 de marzo de 2016 (JUR 2016/69020) en cuyo aserto se afirma la procedencia del despido aun cuando el trabajador -reponedor- estaba pendiente de una operación de la columna (cuyo resultado se desconoce) lo que redundaba en el argumento de que pudiera haberse entendido que la ineptitud no era un atributo permanente de la persona (trabajador que había agotado el período máximo de incapacidad temporal).

alcance un grado suficiente como para fundamentar la declaración de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez¹³.

3. EL DESPIDO SIN CAUSA A TRABAJADOR ENFERMO: LA RESPUESTA DE NUESTROS TRIBUNALES INTERNOS

Más allá de las estrecheces legales que posibilitaban la extinción contractual cuando el trabajador sufre una alteración en su estado de salud, no era posible cercenar la relación laboral sin consecuencias para la persona del empleador.

Esas consecuencias -una vez desterrado el efecto de nulidad automática legal- eran simples: al no poder acreditarse una causa jurídicamente relevante y basada en el incumplimiento grave y culpable del trabajador, el despido se declaraba improcedente con las consecuencias jurídicas anudadas a tal pronunciamiento.

Sin fisuras, esta era la visión que proyectaba tanto las sentencias de nuestros Tribunales Superiores de Justicia como las que proclamaba el alto Tribunal. De esta manera, las demandas que solicitaban pronunciamientos de nulidad eran desestimadas porque no se apreciaba ni la lesión al derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE), ni tampoco se podía sostener con éxito que tal acto extintivo obedecía a un propósito discriminatorio del que fuera empleador (art. 14 CE).

En cuanto a la primera (esto es, conculcación al derecho fundamental relativo a la integridad física) no es ocioso recordar la imposibilidad de reconducir la nulidad de un acto extintivo cuando el trabajador está enfermo, pues “solo protege la incolumidad corporal, evitando la lesión o menoscabo corporal (STC 207/1996), aunque cuando surja un grave peligro para la salud sí puede verse afectado el derecho a la integridad corporal (STC 160/2007)”¹⁴.

El segundo derecho fundamental (art. 14 CE) ha sido un argumento recurrente entre los operadores jurídicos. A pesar de que la enfermedad no ha sido recogida en nuestro texto constitucional como parámetro para determinar la posible discriminación prohibida, se ha tratado de reconducir el argumento

¹³ La incapacidad permanente parcial podría dar lugar al despido objetivo por ineptitud sobrevenida, pues -STSJ de País Vasco de 6 de mayo de 1997, AS 1997/1467- “Habrá ocasiones en las que el trabajador no se encontrará ya en condiciones de atender bien su trabajo por un déficit crónico de salud sobrevenido y no constitutivo de invalidez permanente en grado alguno o sólo de incapacidad parcial (que no constituye causa propia de extinción del contrato de trabajo), al tiempo que el empresario no esté en condiciones de darle otro adecuado a su salud y propio de las funciones contratadas”.

Las situaciones declaradas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez supondrían por sí mismas causas autónomas de extinción de la relación laboral, siempre que no se haya reflejado en la resolución que la concede la revisión del estado del incapaz por previsible mejoría en el plazo máximo de dos años.

¹⁴ Sempere Navarro, A.V.: “Discriminación laboral por enfermedad”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm.866/2013. BIB 2013/1497.

antidiscriminatorio a través de la conocida fórmula abierta que nos dispensa el precepto en su parte final (“o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”¹⁵). Pero, lo que verdaderamente esconde la decisión extintiva no es un propósito discriminatorio para apartar de la vida laboral al trabajador enfermo, sino que la razón que explica el resultado extintivo es -como norma general-económica¹⁶.

De esta forma, al desaparecer el efecto de nulidad automática para los supuestos de extinción contractual mientras el trabajador se hallaba en situación de incapacidad temporal, la opción más viable (art. 14 CE) para tratar de alcanzar una resolución judicial declarando el despido nulo fracasa, por cuanto “la enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores”¹⁷. Faltaba, pues, el elemento consustancial a todo acto discriminatorio: la segregación por pertenencia a colectivo determinado.

4. LA INFLUENCIA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO

4.1. Contexto

Sentada la premisa de ausencia de mención expresa a la discriminación por enfermedad en los instrumentos normativos internacionales¹⁸, la cuestión era si

¹⁵ Específicamente, tampoco el art.17 del Estatuto de los Trabajadores (RD Legislativo 2/15, de 23 de octubre) recoge la situación de enfermedad como una de las susceptibles de desembocar en la nulidad del acto empresarial que haya sido decidido con base a este motivo. Adviértase que el precepto en cuestión en su redacción actual es la trasposición de la Directiva 200/78/CE.

¹⁶ Martínez-Gijón Machuca, M.A.: *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, op.cit. pg. 23. Señala, por su importancia, los asertos contenidos en STS de 29 de enero de 2001 (RCUD 1566/00), STS de 23 de septiembre de 2002 (RCUD 449/02) y STS de 12 de julio de 2004 (RCUD 4646/02), resaltando que “se dejará una espita abierta: “aunque pudiera serlo en otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”.

¹⁷ STS de 29 de enero de 2001, RJ 2001/2069.

¹⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de 19 de diciembre de 1966, cuya ratificación fue publicada en España el 30 de abril de 1977); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (de 28 de septiembre de 1976, publicándose la ratificación en España el 13 de abril de 1977); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (de 21 de diciembre de 1965, al que nos adherimos BOE de 17 de mayo de 1969); Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (de 18 de diciembre de 1979, cuya ratificación fue publicada en BOE de 21 de marzo de 1984); Convención sobre los Derechos del Niño (de 20 de noviembre de 1989, ratificado el 26 de enero de 1990 por España); Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (18 de diciembre de 2002, ratificado en BOE de 22 de junio de 2006); Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (de 1 de julio de 2003); Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (13 de noviembre de 2006, cuya ratificación fue publicada el 21 de abril de 2008 en BOE). Todos ellos recordados por

esta -la enfermedad- podía o no subsumirse en un concepto que parecía próximo y que sí estaba amparado por la normativa trasnacional: la discapacidad.

En este sentido, hemos de partir de las previsiones específicas que en materia de igualdad en el empleo nos dispensa la Directiva 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 ocupación¹⁹. En ella se señalan las razones discriminatorias vetadas, pero el primer escollo ante el que nos encontrábamos era la contundente conclusión de que no era posible aplicar la analogía para extender los motivos discriminatorios a otras causas diferentes de las allí expresamente consagradas²⁰.

Viendo que no resultaba factible la ampliación, se abre otra vía de argumentación; se propone entender bajo el genérico concepto de discapacidad -que sí estaba recogido como factor discriminatorio- también a la situación de enfermedad.

Pero, para poder decidir finalmente si era posible tal asimilación, había que dotar de contenido a la noción de discapacidad²¹ que no venía acotada en el instrumento normativo antes referido.

Arcos Vargas, M.: “La no discriminación en el Derecho derivado de la Unión Europea” en Morales Ortega, J.M (director.) *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Laborum. 2022, pg. 18.

¹⁹ Multitud de pronunciamientos del TJUE afirman la extensión en la aplicación del ámbito subjetivo de la Directiva a cualquiera empleador (público o privado). También, véase, STJUE de 11 de julio de 2006, Asunto C-13/05 de la pertinencia de aplicar aquella a los despidos de personas discapacitadas.

²⁰ Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019. núm. 61, pg. 304

²¹ Para conocer los cambios experimentados en la percepción social de la noción de discapacidad (lo que tendrá lógicos efectos en orden a la protección del colectivo), Ruiz Santamaría, J.L.: “El tratamiento de la discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad en la jurisprudencia del TJUE y su incidencia en España” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. 2019. Núm.61, pgs.360-365. La evolución de la tutela de la discapacidad a efectos laborales: Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE” op.cit., pg. 302. Los distintos instrumentos empleados a nivel internacional e interno para proteger las situaciones de discapacidad transmutan su sentido: de una visión netamente médica y asistencial a uno social que implica también la diferencia en la forma de tratar la situación que ya no es contemplada como inhabilitante a los efectos laborales. Téngase en cuenta -STJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05 que “tampoco remite al Derecho de los Estados miembros a efectos de la definición” del concepto de discapacidad.

La doctrina ha analizado exhaustivamente la interpretación que, al efecto, dispensa el TJUE, observando una “evolución”²² en orden a su comprensión, facilitada por la Decisión 2010/48/CE, de 26 de noviembre de 2009, por cuanto fue entonces cuando se aprobó la Convención de la ONU “por parte de la Unión”²³.

Acudiendo a la labor de recapitulación efectuada por el iuslaboralismo, podemos distinguir tres fases en orden a la delimitación del concepto de discapacidad y su relación con la enfermedad que pasamos a contemplar seguidamente.

4.2. Primera etapa

El primer pronunciamiento del TJUE que tuvo la oportunidad de abordar la relación entre el concepto de discapacidad y el de enfermedad²⁴.

El núcleo de la cuestión prejudicial planteada lo fue con relación a nuestra normativa interna²⁵ a fin de comprobar si la misma era o no respetuosa con el Derecho de la Unión y, en concreto, con la Directiva 2000/78/CE.

El litigio que se escondía tras la mencionada cuestión enfrentaba a la trabajadora contra la que fuera su empresa que había puesto fin a su relación

²² Nótese que ya en su considerando e) da cuenta del dinamismo en la comprensión de la noción de discapacidad, por cuanto expresamente se recoge que la discapacidad es un “concepto que evoluciona”.

²³ Art. 1: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm. 61, pg. 111.

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017. Wolters Kluwer. [Consultado en línea: www.smarteca.es]. Pone de manifiesto cómo “el término “discapacidad” ha experimentado una (notable) definición evolutiva, propiciada por los cambios normativos que se han producido en el marco comunitario a raíz de la aprobación en 2009 de la Convención de las Naciones sobre los derechos de las personas con discapacidad”

²⁴ STJUE 11 de julio de 2006 (C-13/05), asunto Chacón Navas ECLI:EU:C:2006:456

²⁵ Un repaso somero a la normativa de discapacidad hasta hoy: la trasposición de la Directiva en lo que hace al factor discriminatorio de discapacidad se produjo a través de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, respecto del ámbito del empleo y la ocupación. Después, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Posteriormente, tras la ratificación por España de la Convención de la ONU -que entró en vigor el 3 de mayo de 2008- y su aprobación por la UE, la adecuación de ambas normas se llevó a cabo por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Finalmente, la refundición de ambos textos se realizó por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

laboral durante la situación de incapacidad temporal de aquella, situación ésta en la que -en el momento del despido- se encontraba desde hacía más de medio año. La actora solicitaba un pronunciamiento judicial declarativo de la nulidad de su despido al apreciar que no estábamos ante una extinción improcedente (efecto que la empresa sí había asumido) sino nula, por cuanto la decisión de poner fin al nexo laboral había sido por su estado de enfermedad, pudiendo constatarse así la desigualdad de trato constitutiva de discriminación.

El abordaje de esta cuestión (cuestiones) había ineludiblemente de pasar por el asentamiento del concepto de discapacidad, pues solo así se podía concluir si todas o algunas enfermedades se encontraban englobadas en la primera. No era en absoluto superfluo asentar una definición más o menos aproximada del concepto, pues concretada esta se erigiría en noción válida para todos los Estados miembros²⁶.

Y, lo que aparece como diáfano en el horizonte del Tribunal de Luxemburgo es que el empleo del vocablo “discapacidad” es deliberado, consciente y buscado, lo que a la postre desemboca en la imposibilidad de entender que aquel es sinónimo al concepto de enfermedad.

La pista para trazar un esbozo del concepto de discapacidad se halla en la propia Directiva. La lectura de la misma le lleva al Tribunal a entender la enorme trascendencia de las medidas de adaptación del puesto de trabajo invocadas por el legislador comunitario. Si estas medidas están pensadas para que una vez implantadas por el empresario posibiliten la continuidad en el trabajo del empleado afectado por discapacidad, es lógico deducir que en el fondo la idea de discapacidad hace referencia a una situación de merma en la salud durante largo tiempo.

Ahondando en esta idea, se infiere que el objetivo que persiguen las medidas de adecuación del puesto de trabajo es conseguir que el trabajador afectado por una limitación en su capacidad pueda, sin riesgo para su salud, seguir desempeñando su actividad laboral²⁷.

Ante ello, y aunque no podamos equiparar enfermedad con discapacidad, el TJUE sí tiene la suficiente sensibilidad como para matizar su respuesta y entender que existen algunas, ciertas enfermedades que sí pueden equipararse al concepto de discapacidad y gozar, por ende, de la protección que la Directiva dispensa.

²⁶ Se resalta por el TJUE -y así lo destaca Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 305. la necesidad de uniformidad en la interpretación del concepto por parte de los Estados miembros pues, de lo contrario, la mencionada Directiva carecería de efecto útil (Ibidem), pg. 321.

²⁷ A mayor abundamiento y, extrayendo las aseveraciones de la Sentencia comentada: “La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad”.

Si descartada quedaba la asimilación entre discapacidad y enfermedad, solo restaba comprobar si era factible entender que la última situación se incorporaba a la Directiva por vía de analogía. Tal extensión “a otros tipos de discriminación además de las basadas en los motivos enumerados con carácter exhaustivo” se niega.

En definitiva, estaremos ante discapacidad cuando la persona en cuestión sufre una “limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”²⁸.

De ahí que si centramos nuestra atención en el propósito al que atiende la interdicción de la discriminación por discapacidad, podemos afirmar que lo que se trata es de tutelar a la persona que la sufre a fin de que esa situación que atraviesa no entrañe un obstáculo añadido para su integración social y, particularmente, laboral²⁹.

Esta visión restrictiva es asumida con naturalidad por nuestros tribunales³⁰, pues en definitiva se sigue entendiendo que la discriminación no es lo mismo que aplicación tajante del principio de igualdad, sino que lo que está vedado es el distinto trato que se dispensa por concurrir en el individuo realidades que desde antaño han colocado a “sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE”³¹.

4.3. Segunda etapa

Asentadas las anteriores consideraciones en torno al concepto de discapacidad, esta noción se verá perfilada con mayor precisión a través de la STJUE de 11 de

²⁸ Apartado 43 de la Sentencia. Posteriormente, por obra de la Convención de la ONU ratificada por la Unión Europea a través de Decisión de 26 de noviembre de 2009 se refuerza el entendimiento del concepto, expresando que (art.1.2º) las personas afectadas de discapacidad son quienes “tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

²⁹ Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 304. “... son más bien las determinadas y concurrentes condiciones externas las que al entrar en relación con la deficiencia actúan como barreras que impiden o dificultan que quien la sufre pueda desarrollar una actividad profesional adecuadamente”.

Resaltando que no es preciso que la discapacidad conlleve ineludiblemente “la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”, Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg. 112.

³⁰ Beltrán de Heredia Ruíz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op. cit.

³¹ STC 166/1988, de 26 de septiembre. ECLI:ES:TC:1988:166.

abril de 2013 (C-335/11 y C-337/11)³² -HK Danmark- que nos invita a proyectar una mirada más abierta cuando emprendemos su comprensión³³.

La discapacidad a la que se refiere la Directiva no tiene un origen concreto, pudiendo haberse originado como consecuencia de una enfermedad o accidente.

Se admite explícitamente que una enfermedad pueda verse comprendida bajo el concepto de discapacidad y, por ende, gozar de la tutela que la Directiva dispensa.

Por supuesto, no todo tipo de enfermedad se halla amparada normativamente. Será preciso que conlleve una limitación (que no impedimento absoluto³⁴) “derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, con independencia de que sea o no incurable, aun cuando sí es preciso que “esta limitación [sea] de larga duración”.

La consecuencia práctica es la exigencia al empresario para que lleve a cabo las adaptaciones necesarias en el sentido antes comentado³⁵ siempre que no supongan una carga excesiva o desproporcionada o indebida. La lectura a la inversa nos lleva a apreciar discriminación cuando el empleador pone fin a la relación laboral que le ata con un trabajador en situación de discapacidad, sin haber procedido a esos ajustes o probado la falta de obligación de llevarlos a cabo.

Y, gracias a esa comprensión de la discapacidad como limitación funcional se posibilitó, más adelante en el tiempo, que determinadas enfermedades -así la

³² ECLI:EU:C:2013:222.

³³ Tal y como se ha señalado doctrinalmente, por todos Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op.cit., de la lectura de los diferentes pronunciamientos de la justicia comunitaria se infiere la evolución en la comprensión del alcance del concepto, desde una visión restrictiva (representada por la STJUE relativa al asunto Chacón Navas) a otra mucho más flexible (así, asuntos Danmark y Daouidi). La responsable de tal giro interpretativo es la Decisión 2010/48/CE del Consejo, de 26 de noviembre de 2009 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en especial su art. 2.1.

³⁴ Lo que lleva a admitir que también es idónea de ser protegida por la Directiva la persona que está impedida en parte, sin que sea necesaria “la exclusión total del trabajo o de la vida profesional”, circunstancia que es precisamente la que concurría en el supuesto a dilucidar por el tribunal danés que planteó las cuestiones prejudiciales aquí resueltas, pues se trata de empleadas que podían realizar jornadas más breves a las que inicialmente prestaban.

Estas consideraciones sobre qué hemos de entender por discapacidad también se vierten en la STJUE DE 4 de julio de 2013, Comisión/Italia, C-312/11, EU: C: 2013:446, apartado 46.

³⁵ La interpretación de este concepto -a diferencia de lo que se sostiene con relación a la enumeración de los factores discriminatorios- sí es extensiva. Ante ello la medida consistente en la reducción de jornada se comprende bajo esta noción de ajuste razonable incluso si no se entendiera comprendida dentro de la señalada en la Directiva (art.5) bajo el título de “pautas del tiempo de trabajo”.

obesidad- entraran de lleno en el concepto y gozaran, por tanto, de la tutela que la norma comunitaria prevé³⁶.

Si antes afirmábamos -extrayéndolo del aserto comentado- que se hacía abstracción de la causa que originó la discapacidad, necesario también es apuntar que tampoco tiene incidencia alguna a estos efectos que haya sido el propio trabajador el que se hubiera colocado en esa situación³⁷.

Aclaradas las iniciales dudas sobre cuándo una enfermedad puede ser protegida por vía de asimilación a la discapacidad, queda por solventar cuáles son los requisitos exigibles a la luz de los hechos concretos. Y así, se asienta que una de las claves es que el sufrimiento de las trabas para participar de forma plena en la vida profesional constituya una limitación de larga duración, pero ¿a partir de qué momento puede entenderse esa “larga duración”?

El problema es que, si se pone el acento en la duración de la enfermedad, estamos obligados a examinar cada situación médica que, de otro lado, puede variar en virtud de otra serie de factores internos y/o externos al que queda sometido el sujeto-paciente³⁸.

4.3. Tercera etapa

En esta ocasión volverá a ser un juzgado español el que plantee las cuestiones prejudiciales dando lugar a la STJUE de 1 de diciembre de 2016 (C-396/15³⁹) -Daouidi.

Los hechos concretos a dilucidar por el órgano judicial unipersonal se refieren a la calificación del despido de un trabajador sobre el que no existe ninguna tacha, pero que se ve sorprendido por el despido cuando se hallaba en situación de

³⁶ STJUE de 18 de diciembre de 2014 (C-354/13), ECLI:EU:C:2014:2463. En el apartado 60 de la meritada sentencia se recoge “Así sería, en particular, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearán una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional”.

³⁷ Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg. 114, destaca que el TJUE emplea un “concepto funcional” de discapacidad ajeno al motivo y en donde lo verdaderamente relevante es “la existencia de una limitación objetivamente apreciable y por un tiempo suficientemente prolongado”.

³⁸ Expresado claramente por Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op.cit. El autor destaca que estamos ante “un concepto con una amplia textura abierta, muy vinculado a una casuística infinita, cuya certeza (esto es, su efectiva o presumible duración) es posible que sólo pueda conocerse mucho más tarde al acto presuntamente discriminatorio (sin perjuicio que, en el ínterin los factores que pueden provocar la “prolongación de la limitación pueden ser múltiples y de imputación diversa).

³⁹ ECLI:EU:C:2016:917.

incapacidad temporal “de duración incierta” a consecuencia de haber sufrido un accidente de trabajo.

No es un detalle banal el diagnóstico de la patología del trabajador. Se trataba de una lesión en el codo, en principio, curable pero que, “unos seis meses después de dicho accidente laboral” continuaba sin sanar y de hecho portaba un yeso que le imposibilitaba seguir prestando su actividad laboral como ayudante de cocina.

Remarcando la necesidad de que la limitación de la capacidad del trabajador sea duradera (atributo este que se refiere a una situación de hecho y, por ende, de exclusiva apreciación por la jurisdicción interna de cada Estado⁴⁰) la sentencia comentada nos ofrece una serie de “indicios” “en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio⁴¹, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo, o ... el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona”. Lamentablemente, a nuestro juicio, estos denominados indicios nos remiten a circunstancias indeterminadas, abstractas y de confusa concreción en la práctica más allá de situaciones clamorosas en las que por lo dilatadísimo en el tiempo (años) pueda apreciarse⁴².

Con sustento en estos argumentos, llega a la conclusión de que la duración incierta del proceso de incapacidad temporal no nos conduce inexorablemente a apreciar que la limitación en la capacidad es duradera.

⁴⁰ “Al comprobar ese carácter “duradero”, el juzgado remitente debe basarse en todos los elementos objetivos de que disponga, en particular, en documentos y certificados relativos al estado de dicha persona, redactados de los conocimientos y datos médicos y científicos actuales”.

⁴¹ Tal y como se señala por la doctrina “Para el TJUE, es la fecha en que se adopta la decisión empresarial de proceder al despido, la que debe tomarse como referencia para determinar el carácter “duradero” de la limitación para trabajar del trabajador”. Rojo Torrecilla, E.: (11 septiembre 2019). El blog de Eduardo Rojo: No pero sí, sí pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018. (eduardorojotorrecilla.es). De igual modo, Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (16/septiembre/2019). “Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos”. Una mirada crítica a las relaciones laborales. Enfermedad, despido objetivo y discriminación por discapacidad: el caso Nobel Plásticos - Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com)

⁴² En particular, así lo vemos cuando emplea la expresión “bien delimitada ... a corto plazo” o la que alude a la prolongación significativa del estado de salud maltrecho. Más que indicios (que vendrían referidos a circunstancias fácticas concretas) lo que nos ofrece es el concepto general de discapacidad cuando esta viene referida a un estado de enfermedad concreto del sujeto-trabajador afectado.

En esta senda de tratar de delimitar el concepto de discapacidad y su posible relación con la enfermedad, es de destacar la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18)⁴³.

De nuevo es importante señalar los hechos que dieron lugar a las diferentes preguntas que hizo, en este caso, el Juzgado de lo Social número 3 de Barcelona. Se trata de una trabajadora que se hallaba en una situación de “especialmente sensible” en virtud de sus dolencias previamente diagnosticadas, que fue despedida -junto a nueve compañeros- por razones económicas, técnicas, productivas y organizativas; la designación de los trabajadores afectados se realiza en atención a la aplicación de determinados parámetros empresariales, relativos estos al absentismo, productividad y polivalencia funcional.

Tras la extinción se le comunica a la entidad empleadora informe de la Inspección de Trabajo por medio del que se deja constancia que la empresa no había asegurado la compatibilidad entre el puesto de trabajo de la empleada y su estado de salud, a pesar de recaer sobre el empleador tal obligación.

La cuestión planteada ante el Tribunal de Luxemburgo engloba varias preguntas. La primera hace referencia a si se ha de producir la automática asimilación entre persona con discapacidad y persona especialmente sensible. Se niega.

Al no coincidir las exigencias requeridas entre ambas situaciones (discapacidad y especial sensibilidad) no puede automáticamente procederse a tal equiparación. Ahora bien, esta afirmación general no implica que, a la luz del supuesto concreto, concurren en el mismo individuo ambas cualidades, en cuyo caso resultaría tutelado por la reiterada Directiva⁴⁴.

Otra de las dudas planteadas se refiere a los criterios empleados por el empresario para proceder al despido. Del análisis de los mismos no se puede desprender circunstancia alguna que permita inferir una actuación discriminatoria.

⁴³ ECLI:EU:C:2019:703. En extenso, un comentario en Rojo Torrecilla, E.: (11/ septiembre/2019), “No pero sí, pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, op. cit.

⁴⁴ Así, Rojo Torrecilla, E.: (11 septiembre 2019), “No pero sí, pero no. A vueltas con el debate sobre el concepto, y existencia, de discapacidad (y nuevamente el juez nacional solo ante el peligro, perdón, ante el caso). Notas a la sentencia del TJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto C-397/18) y al auto del JS núm. 3 de Barcelona de 30 de mayo de 2018”, op. cit.: “Punto final al debate? En modo alguno, porque el cumplimiento de los requisitos requeridos para que una persona tenga la consideración de especialmente sensible a los efectos de prevención de riesgos laborales puede llevar a una disminución tal de su capacidad laboral que la equipare con las personas con discapacidad según el texto de la Directiva, de tal manera que si ello ocurriera la persona afectada sí sería una persona con discapacidad en el sentido de la citada norma en el momento de proceder la empresa a la extinción de su contrato.”

Los parámetros afectan por igual a todas las personas trabajadoras, sin que se haya tenido en consideración el estado de salud.

Ahora bien, en la medida en que esos criterios aparentemente neutros pueden afectar a las personas con discapacidad de forma preferente (por cuanto estos sujetos son susceptibles de ausentarse más de sus puestos de trabajo y, por supuesto, de presentar un rendimiento inferior, así como de carecer de la aptitud exigida para desempeñar diferentes funciones) se podría apreciar la discriminación indirecta. Toda vez que la discriminación es un riesgo real, al empresario le incumbe la implantación de los ajustes para eliminar las barreras con las que un trabajador con discapacidad se puede encontrar; no obstante, el cerciorarse sobre la suficiencia y pertinencia de esas medidas de ajuste es una actuación indagatoria que se pone en manos del juzgador nacional.

Sin embargo, y a pesar de que apreciar estas circunstancias sea competencia del juzgado, en este caso español, el TJUE sí aporta unas claras señales acerca de la conclusión que se debe alcanzar; así, de los datos ofrecidos (incluyendo el informe de Inspección) se constata la existencia de discriminación indirecta por motivos de discapacidad, todo ello sin perjuicio de poder sostenerse la conclusión diametralmente opuesta siempre que se fundamente jurídicamente tal alternativa y, en concreto, la implantación efectiva e idónea de los ajustes razonables.

Y, así, aplicada la tesis comunitaria a nuestra práctica judicial diaria⁴⁵, aparece claro⁴⁶ que debemos desprendernos del concepto que la Seguridad Social nos dispensa sobre la capacidad y, en concreto, sobre la declaración de las situaciones

⁴⁵ Un reflejo de lo ocurrido en nuestros tribunales hasta noviembre de 2017 en el ensayo antes citado de Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “La enfermedad o dolencia de larga duración como supuesto de discapacidad: doctrina del TJUE”, op. cit.

Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Nulidad por discriminación por discapacidad asociada a una enfermedad”, Despido y calificación judicial: nulidad, Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com) ha ido rescatando los diferentes asertos judiciales internos que, en línea (o no) con la jurisprudencia comunitaria, se han ido dictando. Así, conviene hacer mención a la STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2017 (rec. 6324/2017) que glosa este autor para dejar constancia de las únicas tres tesis a favor de considerar que el despido de trabajador enfermo es nulo; así: “a) cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por lo tanto, asimilable a discapacitado; b) cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación; y c) cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias”.

⁴⁶ Un examen exhaustivo de la reacción (reacciones) de nuestra jurisdicción social en Beltrán de Heredia Ruiz, I.: “Nulidad por discriminación por discapacidad asociada a una enfermedad”, op. cit., ha ido rescatando los diferentes asertos judiciales internos que, en línea (o no) con la jurisprudencia comunitaria, se han ido dictando. El autor glosa -entre otras- la STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2017 (rec. 6324/2017) y deja constancia de las únicas tres tesis a favor de considerar que el despido de trabajador enfermo es nulo; así: “a) cuando concurre una enfermedad que, inicialmente o con posterioridad, se pueda considerar de larga evolución y, por lo tanto, asimilable a discapacitado; b) cuando el despido obedezca a causas segregadoras o de segregación;

de incapacidad permanente, de las que ahora vamos a desplegar en relación con la discapacidad laboral. El Sistema de la SS está inspirado por fundamentos distintos, pues en el ámbito laboral debemos proyectar una imagen social a diferencia del sector de la SS en donde prima una visión médica⁴⁷.

5. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD PREVIA A LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD

Entrelazando el concepto de discapacidad con los diferentes estados de enfermedad que aquejan a una persona, se puede concluir que, si bien no opera la equiparación entre ambas situaciones, existen determinados estados de salud que sí tendrían que ser tutelados pues, de lo contrario se incurriría en realidades discriminatorias⁴⁸.

Prescindiendo de la causa que originó la enfermedad e incluso de si la actuación (o pasividad) del sujeto afectado influyó en que se desencadenara esta, parece que lo verdaderamente relevante más allá de la limitación funcional que, de otro lado entendemos (acaso apresuradamente) que se produce en mayor o menor medida en todas las situaciones y estadios de enfermedad, es que aquella sea duradera.

Es esa duración, la prolongada, la que se protege, en clara coherencia con el resto de factores discriminatorios que también son dilatados en el tiempo⁴⁹. La estabilidad en la condición deja de ser -en nuestra opinión- una cuestión meramente

y c) cuando se acredite que existen presiones empresariales para que las personas asalariadas no cojan la baja o en los que concurra un clima indiciario de previas advertencias empresariales”.

⁴⁷ Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 312, pues discapacidad no es sinónimo de incapacidad para trabajar (pg. 310). Acaso por ello resulta irrelevante la declaración formal en la que conste el estado de incapacidad, lo que a la inversa también supone que la constancia documental de la situación de incapacitado no presupone necesariamente su amparo a través de esta Directiva.

⁴⁸ Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017, 1 de noviembre de 2017. Wolters Kluwer, consultado en línea. Base de Datos Smarteca]. “A las consideraciones de justicia material se han unido las dudas a propósito de si las decisiones empresariales no están guiadas por un ánimo discriminatorio basado en la enfermedad, situación que se ha pretendido asimilar a la discapacidad en base a la proximidad entre la una y la otra, y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador enfermo.”

⁴⁹ El sexo, la raza, el origen étnico, ... son circunstancias que acompañan al individuo durante toda su vida, por lo que podríamos afirmar que son factores inmanentes a la persona. Acaso se escapa de esa idea de eternidad unida a lo que dura la vida humana el factor de la edad, pero -y aunque es cierto que la edad que tenemos depende de algo tan sencillo -o complejo como es el calendario, también es un factor duradero. Téngase en cuenta que la discriminación por edad

formal⁵⁰ para convertirse en la prueba que muestra una realidad material: la de afectación de la salud no permanente pero sí al menos con una cierta prolongación temporal⁵¹.

Previamente a la aparición en nuestro universo normativo de esta ley integral de igualdad no faltaban voces que ya invocaban que se podía defender con éxito la existencia de discriminación en razón a la enfermedad que presentaba el trabajador. No obstante, esas proclamaciones doctrinales advertían que no todo tipo de enfermedad era susceptible de ser un factor discriminatorio, sino tan solo aquellas enfermedades que eran crónicas, matizando el sentido de este adjetivo en función del propio concepto que, al efecto, nos ofrecía la Organización Mundial de la Salud⁵². Así, siguiendo esta definición entenderíamos con Fernández Martínez que lo serían patologías como el cáncer, la esclerosis múltiple, la diabetes o la obesidad mórbida⁵³, dando cabida también bajo esta calificación a los efectos que persisten tras haber superado la enfermedad de la COVID.

perseguida protege a sujetos comprendidos en franjas de edad (no edades concretas) merecedores de tutela porque son susceptibles de ataques a su persona.

⁵⁰ Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op.cit., pg.306. En la glosa que realiza de los pronunciamientos del TS califica en un primer momento el carácter permanente con un “aspecto temporal”, pero -salvo error de interpretación por nuestra parte- posteriormente lo considera como “elemento(s) formal(es)”.

⁵¹ Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op. cit., pg.114. Descendiendo a supuestos en los que se apreciaría el carácter duradero de la limitación que aqueja al sujeto y le hace merecedor de la protección jurídica: “se observaría claramente en incapacidades permanentes, como también potencialmente en las IT de pronóstico incierto o negativo. Pero también podría alcanzar, si bien con más incertidumbres, a las IT de larga duración, o de duración superior a la media en curación respecto de la enfermedad o lesión de que se trate, como respecto de aquéllas crónicas o, en general y por ejemplo, de las que se esperan recidivas o son necesarios seguimientos y control”.

⁵² Así, Fernández Martínez, S.: “La enfermedad crónica como nueva causa de discriminación”. Ciclo microjornadas. Comisión de igualdad AEDTSS. Nuevas formas y causas de discriminación en el empleo (14/06/22). Disponible en (34) Microjornadas Comisión de Igualdad (14/06/22): Nuevas formas y causas de discriminación en el empleo - YouTube (50:42). Rescata el concepto de la OMS: “aquella que produce problemas de salud e incapacidades que requieren una gestión durante años o décadas”. Destaca la autora que son “enfermedades que carecen de una cura definitiva y cuyos efectos están destinados a prolongarse en el tiempo, eventualmente, con fases de mejoría y de progresivo empeoramiento”

⁵³ Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Obesidad y sobrepeso. ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen? pg. 267. El estudio llevado a cabo parte de la premisa de que “Ni la Directiva 2000/78 ni los arts. 14 CE y 17 ET mencionan la obesidad ni el sobrepeso como causas de discriminación prohibidas”.

6. LA DISCRIMINACIÓN POR ENFERMEDAD TRAS LA LEY INTEGRAL PARA LA IGUALDAD

6.1. Apuntes previos

El pasado día 12 de julio (BOE de 13 de julio) vio la luz la Ley 15/22. Su propósito se anuncia ya en el título: abordar integralmente la igualdad de trato y no discriminación.

Es esta una norma que encuentra acomodo constitucional no solo en el art. 14 CE, sino en preceptos tan nucleares como el art. 9 y, por supuesto, el art. 10 CE. No se olvida la Ley de reconocer el papel y la notable influencia que tiene la jurisprudencia comunitaria y los instrumentos supranacionales en la concepción al derecho a no ser discriminado.

Gracias a este bagaje previo se afrontan los problemas derivados de actuaciones protagonizadas por cualquier ente o persona en cada una de las parcelas vitales con un propósito innovador que encierra la intención de avanzar hacia la igualdad real y plena del individuo en la sociedad.

Para proseguir la andadura se estimó necesario incrementar los factores tradicionales que podían dar lugar a actuaciones discriminatorias. De esta forma, a los tradicionales incluidos en el art.14 CE, esto es, nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad o discapacidad, se le añaden otros nuevos. En concreto, aparecen expresamente censuradas las actuaciones de cualquier índole que se fundamentan en criterios tales como la orientación o identidad sexual⁵⁴, “la expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica”, a lo que se une la tradicional cláusula abierta de cierre relativa a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

De todos estos factores proscritos centraremos nuestra atención en el relativo a la “enfermedad o condición de salud”⁵⁵ en el ámbito concreto de las relaciones laborales y, aún más específicamente, en sede de despido, aunque -insistimos- el

⁵⁴ Nótese la concomitancia con nuestro art. 17 ET destinado para acabar con las actuaciones empresariales inspiradas en móviles discriminatorios.

⁵⁵ La enfermedad ya aparecía como causa de discriminación en el Proyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación de 2011. Rojo Torrecilla, E. (19 agosto 2022) “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral” El blog de Eduardo Rojo: Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó (bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral. (eduardorojotorrecilla.es) El blog de Eduardo Rojo: Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Una historia que empezó en 2011 y acabó

propósito del texto es universal⁵⁶, esto es, aplicable a todas las facetas de desarrollo de la personalidad individual y colectiva.

Situados en este punto, el interrogante que se suscita -ante la ausencia de precepto legal que incluya una definición- es qué ha de entenderse por “enfermedad o condición de salud”.

Así, concretando la duda sobre el entendimiento y alcance de tales términos, la cuestión se ceñiría en resolver la espinosa pregunta: ¿La ley actúa a modo de tabla rasa impulsando y extendiendo la nulidad (art.4 Ley 15/22) del despido a trabajador aquejado de cualquier déficit de salud?

Trataremos de examinar las diferentes opciones:

6.2. Argumentos a favor de la declaración de nulidad de todos los supuestos

El primer fundamento que -entendemos- serviría de base para postular esta afirmación es la literalidad del precepto. Precisamente el empleo consciente del vocablo “enfermedad”⁵⁷ y la ausencia de condicionamientos legales referidos al mismo, nos hace concluir en que bastaría con acreditar la existencia de una patología -sea cual fuera esta- para que se descubriera el móvil discriminatorio empresarial, puesto que lo que legalmente se ha acogido es “cualquier circunstancia que guarde relación con la salud”⁵⁸.

La existencia de la alteración de la salud se erigiría en indicio de discriminación, provocando el natural efecto de la inversión del probatorio (art. 30 Ley 15/22, arts.

(bien) en 2022. Notas a la Ley 15/2022 de 12 de julio, con especial atención al contenido laboral. (eduardorojotorrecilla.es)

El “estado de salud” se contempla como factor discriminatorio en el ordenamiento francés. Circunstancia esta puesta de manifiesto por Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “El replanteamiento de la enfermedad como causa de despido, tras las SSTJUE Daouidi y Ruiz Conejero: nuevos criterios de la jurisprudencia española y reformas legales de urgencia” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm. 61, pg. 381.

⁵⁶ El art. 4.1 de la Ley 15/22, de 12 de julio dispone en su segundo párrafo que “En consecuencia, queda prohibida toda disposición, conducta, acto, criterio o práctica que atente contra el derecho a la igualdad”.

⁵⁷ Recuérdese que la OMS entiende por enfermedad: “alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos y cuya evolución es más o menos previsible”.

⁵⁸ Fernández García, A.: (19 julio 2022) “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: nuevas tipologías y causas de discriminación”. *IurisCrimPol*. Blog de los Estudios de Derecho y Ciencia Política. UOC. Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación (uoc.edu). “Además, en diversos puntos de la ley se mencionan las “enfermedades mentales, crónicas, raras, degenerativas o en fase terminal”, los “síndromes incapacitantes”; el ser persona

96.1 y 181.2 LRJS)⁵⁹, debiendo ser el empresario demandado el que fundamentara de manera contundente que su decisión extintiva fue ajena a dicha circunstancia de salud del trabajador. En este sentido, entendemos (empleando para ello el argumento contenido en STJUE de 18 de diciembre de 2014, C-354/13) que no bastaría con que el empleador probara que la decisión de despido fue tomada tras haber transcurrido un tiempo desde el conocimiento de la debilidad en el estado de salud del empleado.

Y, en este caso, si no se desvirtuaran las alegaciones del trabajador, este obtendría un pronunciamiento de nulidad (art. 26 Ley 15/22) y junto a él otro de condena para reparar el daño moral que -art. 27- se presume existente⁶⁰.

Pero es más, idéntico efecto -el de nulidad- obtendríamos con otro acto extintivo: el que se produce a instancias del empresario vigente el periodo de prueba. El blindaje a la situación de enfermedad -ocasional o no- del trabajador es completo⁶¹.

Y decimos completo por cuanto la tutela antidiscriminatoria por esta razón podría extenderse a otros trabajadores que, encontrándose en la misma empresa, mantienen una relación con ese trabajador enfermo, pudiendo apreciarse, en este supuesto, discriminación por asociación (art. 6.2.a) Ley 15/22).

De igual forma, no es descartable la apreciación de discriminación múltiple (art. 6.3 Ley 15/22) al apreciarse conjuntamente este motivo de enfermedad junto

“portadora de virus”, los “problemas de drogodependencia”, la “salud sexual y reproductiva” y el “riesgo o predisposición a sufrir patologías y trastornos de la salud graves o inhabilitantes”.

⁵⁹ Terradillos Ormaetxea, E.: (19 julio 2022) “Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación”. *Briefs* de la AEDTSS. Enfermedad y discapacidad: dos posibles causas discriminatorias que protege la nueva Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (aedtss.com)

Resalta la profesora Terradillos que estas previsiones contenidas en relación tanto a la inversión de la carga probatoria como la indemnización destinada a reparar el daño de la Ley 15/22 ya estaban en nuestro ordenamiento jurídico laboral, aun cuando “que en este momento se contemplan en una ley integral es, sin duda, una buena noticia”.

⁶⁰ Beltrán de Heredia Ruiz, I.: (14/julio/2022) “A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?” Una mirada crítica a las relaciones laborales. A partir de la Ley 15/2022, ¿puede despedirse (injustificadamente) a un trabajador enfermo o de baja por incapacidad temporal?, Una mirada crítica a las relaciones laborales (ignasibeltran.com). El autor concluye que es nulo el despido siempre, claro está, que “el empresario no [sea] capaz de justificar la decisión extintiva de forma objetiva y razonable”, pues parte “de la base de que es muy difícil que una situación de enfermedad o de baja por IT no quede subsumida en alguno de los conceptos” a los que hace alusión la norma.

⁶¹ En atención a una afección concreta, la obesidad y el sobrepeso, merece retener las palabras del profesor Fernández García, A.: “Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación: nuevas tipologías y causas de discriminación”, op. cit. El autor destaca la omisión expresa a estas situaciones “ya que no siempre esta causa de discriminación va relacionada con la salud, sino que a menudo también se vincula con el aspecto físico y la propia imagen”.

al resto de factores y, específicamente, con el de la edad que tan relacionado puede estar con la condición de salud del trabajador.

Pero es más, resulta oportuno recordar que la propia Exposición de Motivos (que se expresa de forma idéntica al enumerar los factores discriminatorios) enuncia que “Es una ley de garantías que no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen” e “*incorpora*⁶² expresamente los de enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos”.

Otra de las fundamentaciones que podrían tomarse en consideración para entender que la enfermedad amparada a estos efectos lo es de cualquier tipo, podría encontrarse en la concepción de los ajustes razonables que el art. 6.1.a) de la Ley 15/22 reserva únicamente para los supuestos de discapacidad⁶³. Si el legislador hubiera querido amparar tan solo a la enfermedad con los rasgos que la jurisprudencia comunitaria ha postulado, hubiera también previsto la adopción de ajustes razonables para estas situaciones; sin embargo, no se menciona como supuesto de hecho para la implantación de las medidas de ajuste a la enfermedad, consciente de la irrelevancia de la puesta en marcha de estas cuando el trabajador es aquejado de una enfermedad de corta vida.

6.3. Argumentos de oposición a la declaración de nulidad de todos los supuestos

El primero vendría dado por el propio concepto de discriminación que nos remite a la idea de colectivo tradicionalmente segregado. Es esta necesidad de amparo la que entronca directamente con el derecho a la dignidad humana.

⁶² La cursiva es nuestra, a fin de realzar la fundamentación.

⁶³ Art. 6.1.a) Ley 15/22 en su segundo párrafo: “Se considerará discriminación directa la denegación de ajustes razonables a las personas con discapacidad”. Véase también, en lo que hace a la carga excesiva que eximiría de la obligación empresarial de proceder a tales ajustes a Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “El replanteamiento de la enfermedad como causa de despido, tras las SSTJUE Daouidi y Ruiz Conejero: nuevos criterios de la jurisprudencia española y reformas legales de urgencia” en Molina Navarrete, C. (Coord.): *Impacto sobre la legislación laboral española de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. XXXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, 2019, núm.61, pg. 381, esa “carga irrazonable” es un “concepto indeterminado que lleva a realizar una valoración de conjunto de la persona del trabajador, así como de su recorrido laboral, el coste dichas medias y las ayudas públicas o privadas, previstas a tal fin”.

La norma comentada no contiene una definición acerca de qué es ajuste razonable, lo que a nuestro juicio hubiera sido deseable para alcanzar la añorada seguridad jurídica. De cualquier forma parece claro que se ha inspirado en la obligación que ya venía reflejada en la Directiva 2000/78 y, en concreto en su art. 5 que, recientemente ha sido interpretado por el TJUE -STJUE de 10 de febrero de 2022, C-485/20

Descendiendo a supuestos concretos, mal se compagina esta idea de estigmatización, de encontrar barreras infranqueables para el disfrute con plenitud de la integración del individuo en la sociedad, con concretos procesos víricos que aquejan al trabajador y son de muy corta duración.

Pensemos en dos supuestos concretos y cotidianos. Un empleado recientemente incorporado a la vida de la empresa y que durante el periodo de prueba incurre en un proceso de incapacidad temporal por algo tan habitual como puede ser haber contraído la gripe. Imaginemos también a otro prestador de servicios -ya sin periodo de prueba- que se ausenta de su puesto de trabajo como consecuencia de estar inmerso en un proceso de incapacidad temporal por una afección gastro-intestinal.

En ambas situaciones (extensibles, por supuesto, a otras imaginadas por el paciente lector) en las que -reiteramos- la afección a la salud es de breve duración y siendo esta circunstancia inmanente al ser humano por el mero hecho de existir, ¿se puede adivinar en el acto extintivo empresarial el propósito de segregación, el ánimo discriminatorio en definitiva?

Olvidémonos, por un momento, del acto de extinción. Acudamos a la fase de la relación en la que porcentualmente concurren mayores dosis de discriminación: la precontractual.

No resulta aventurado pensar que hemos sido apartados del proceso de selección con ocasión de ser mujer, por pertenecer a otra etnia, ser un activista comprometido con un determinado partido político o sindicato o, incluso, por nuestro aspecto, pero se nos antoja poco creíble sostener con éxito que la razón por la que no hemos sido contratados es porque en ese momento estábamos resfriados (permítasenos lo exagerado del ejemplo).

La segunda razón que entendemos avalaría la necesidad de matizar ese factor de enfermedad para considerarlo como susceptible de provocar discriminación es la literalidad de la ley.

Adviértase que la expresión de la norma completa en relación a este factor es “enfermedad o condición de salud”; el empleo de la conjunción, en este caso, no nos sitúa ante dos realidades distintas en la que la primera viene representada por la enfermedad y la segunda por la condición de salud. Si atendemos a la fórmula que utiliza el legislador para expresarse, comprobamos que para enumerar y escindir los diferentes factores discriminatorios se emplean signos de puntuación (comas), pero aquí la enfermedad no aparece separada de la condición de salud sino que se representa como un todo de forma que ha de entenderse que el factor protegido es la enfermedad, término este que se define como condición de salud.

Si enfermedad es un término idéntico a condición de salud, la clave se circunscribe en precisar esta última expresión y más concretamente qué es una “condición” cuando este término se refiere a la salud. A falta de especificación

legal optamos por acudir al concepto que, al efecto, nos dispensa la Real Academia Española de la Lengua y aun cuando son varias las acepciones de este sustantivo, si se emplea el vocablo para hacer referencia a una persona (no a un objeto inanimado) se enuncia que es “Estado, situación especial en que se halla alguien”.

Siendo así, y entendiendo que el legislador lo que trata de amparar es un estado de salud, creemos ver que para poder hablar de estado se precisa cierta estabilidad en el proceso, lo que nos remite a la idea de que no todas las enfermedades vienen a originar un estado, una condición de salud, pues aquellas que naturalmente son de corta evolución no constituyen una condición de salud, sino situaciones de enfermedad que no son especiales⁶⁴.

A mayor abundamiento, creemos encontrar otro fundamento para entender que el legislador nacional cuando enuncia el factor discriminatorio enfermedad o condición de salud ha de interpretarse conforme a la doctrina comunitaria, corriendo idéntica suerte la interpretación de los ajustes razonables, en la literalidad del art. 7 de la norma interna que prescribe que “la interpretación del contenido de la ley... se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales”. Este precepto lejos de ser superfluo (aunque ciertamente si no hubiera aparecido en nuestro texto legal la consecuencia sería exactamente la misma) parece dejar claro que lo que se pretende es coherencia nuestra realidad normativa con la idea comunitaria que se ha asentado con respecto a la no discriminación y, en concreto -pues es lo que a nosotros interesa- con relación a la enfermedad que es susceptible de provocar la discriminación prohibida, máxime cuando no aparece precepto alguno en la norma comentada que delimite el alcance del término “enfermedad”.

Si finalmente se optara por este entendimiento sí resulta congruente un pasaje de la Exposición de Motivos que explica la razón de ser de la tutela antidiscriminatoria⁶⁵. Así pues, si lo que se trata de amparar es a personas que han sufrido prejuicios sociales y sobre las que hemos proyectado estereotipos, no puede entenderse que todas las personas enfermas -dado que no presentan tampoco rasgos

⁶⁴ Se podría objetar que, si bien las dolencias de corta duración no constituyen un “estado”, sí podrían ser encuadrables en “situación especial en que se halla alguien”. No obstante, y siguiendo con la RAE, comprobamos que el adjetivo “especial” que se alza como calificador de la situación solo concurre en la medida en que sea “singular o particular, que se diferencia de lo común o general”. La enfermedad genéricamente considerada no es singular o particular, sino que forma parte de la propia esencia humana.

⁶⁵ “Resulta relevante tener en cuenta que los actos discriminatorios se cometen en un contexto de discriminación estructural que explica las desigualdades históricas como resultado de una situación de exclusión social y sometimiento sistemático a través de prácticas sociales, creencias, prejuicios y estereotipos.”

comunes que las aúnen- hayan sido objeto de ideas preconcebidas y negativas de toda o parte de la sociedad⁶⁶.

Con la inclusión de estas causas de discriminación (enfermedad y condición de salud) se estaría claramente escindiendo entre discapacidad y estos otros dos factores discriminatorios, procediéndose a acoger las opiniones doctrinales que ya antes del dictado de la ley propugnaban caminar por este sendero⁶⁷. La tutela discriminatoria de los trabajadores afectados por enfermedad crónica no se puede (a decir por esa doctrina) encauzar por los mismos caminos que la discapacidad, por el propio concepto, alcance y significado de la enfermedad protegida (la crónica), considerándose como “categoría intermedia entre la discapacidad y la simple enfermedad”⁶⁸ y, de esta forma, al no engarzarse con la discapacidad, resultaría tutelada como causa autónoma que, de otro lado, parece que ha sido la alternativa legal acogida.

Nótese que ya antes de la previsión expresa de la norma, la autorizada doctrina exponía la posibilidad de acoger normativamente la asimilación de determinadas situaciones de enfermedad a la discapacidad⁶⁹ (y, por ende, a considerar a aquellas como discriminatorias), asimilación que se produciría cuando la incapacidad temporal se dilate durante un determinado lapso temporal, “lo que nos abocaría a

⁶⁶ La relevancia del efecto de exclusión social para amparar estas situaciones, reconociéndose en algunas enfermedades crónicas, siendo por ello, aplicable la normativa antidiscriminatoria. Así, Fernández Martínez, S.: “Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada”. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 3, núm. 1, enero-marzo de 2015. Disponible en línea: Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada | Relaciones Laborales y Derecho del Empleo (adapt.it)-

⁶⁷ Así, Fernández Martínez, S.: “La enfermedad crónica como nueva causa de discriminación”, op. cit.

⁶⁸ La profesora Fernández Martínez, S. (Ibidem) sostiene esta afirmación por cuanto las situaciones que atraviesan discapacitados y enfermos crónicos son diferentes. En concreto señala que “las necesidades de inclusión en el mercado laboral de los trabajadores con enfermedades crónicas no tienen por qué ser las mismas que las de las personas con discapacidad, pues... la enfermedad crónica siempre va a afectar a la capacidad laboral y, en cambio,... las personas con discapacidad no tienen por qué ver afectada necesariamente su capacidad laboral, si se pueden poner en práctica los ajustes razonables que sean necesarios”

⁶⁹ Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”. Trabajo y Derecho. Monográfico 6/2017, 1 de noviembre de 2017. Wolters Kluwer. [Consultado en línea. Base de Datos Smarteca]. Ya en 2017 plasmaba la necesidad de “reflexionar a propósito de si el derecho interno podría otorgar una mayor protección al empleo de las personas con enfermedades duraderas que no hayan obtenido todavía la consideración de persona con discapacidad, sobre todo, considerando que la jurisdicción social no acaba de ponerse en sintonía con el TJUE”.

Este autor señalaba que “A las consideraciones de justicia material se han unido las dudas a propósito de si las decisiones empresariales no están guiadas por un ánimo discriminatorio basado en la enfermedad, situación que se ha pretendido asimilar a la discapacidad en base a la proximidad entre la una y la otra, y a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador enfermo.”

la existencia de un concepto “estable” de persona con discapacidad y una suerte de “discapacidad provisional” para supuestos específicos”⁷⁰.

Podría pensarse que si lo que se propugna es una concepción continuista con los dictados supranacionales en el entendimiento de la enfermedad como factor discriminatorio, no hubiera sido necesario aludir en este nuevo texto legal a la enfermedad. Creemos, no obstante, que la nueva inclusión legal facilita la invocación y sobre todo apreciación de la discriminación en el acto empresarial, pudiendo sostenerse una interpretación más completa de este factor. Con la alusión expresa tanto a la enfermedad como a la condición de salud, se adopta el criterio de valorar qué le ha ocurrido previamente al trabajador, qué enfermedades ha tenido y sus duraciones. Pues siguiendo con el mismo autor aunque aparentemente las bajas que ha sufrido un trabajador son diferentes entre sí, si se contemplan todas puede concluirse en que en realidad estamos ante un única enfermedad porque todas aquellas bajas aparentemente distintas en realidad obedecen a una sola causa médica⁷¹.

Además, la necesidad de la referencia a la enfermedad no resulta superflua, pues es posible que el legislador consciente de que los pronunciamientos judiciales nacionales no habían asumido plenamente la doctrina del TJUE, ha refrendado legalmente esta⁷².

7. CONCLUSIONES

De los argumentos expuestos a través del epígrafe anterior, entendemos que existen más razones para avalar que lo que se ha pretendido amparar es toda

⁷⁰ Así, Esteban Legarreta, R.: “El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad”, op. cit. Matiza aún más, indicando que la concreción temporal podría coincidir con lo que prevé “la Equality Act británica de 2010 y sus guías de desarrollo” que “asimilan a la discapacidad la situación de personas cuya enfermedad podría probablemente alcanzar los doce meses de duración, o bien cuando dicho tope ha sido ya alcanzado”.

⁷¹ La conveniencia de remontarnos a la situación precedente médica del trabajador ya fue puesta de manifiesto por Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 320.

⁷² Nos parece deducir esta idea -aunque lógicamente cuando se escribió el ensayo no estaba vigente la norma ahora analizada- de Costa Reyes, A.: “Discapacidad, discriminación y extinción del contrato del trabajador en situación de incapacidad laboral en el ordenamiento español: ajustes y desajustes respecto a la doctrina del TJ y la Directiva 2000/78/CE”, op. cit., pg. 324.

Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español”, op.cit., Comentando las sentencias del TS, y específicamente la de 3 de mayo de 2016 (rec.3348/14) enunciaba que “parece sostener una interpretación en extremo restrictiva sobre la discapacidad que, al menos en mi opinión, se desvía claramente del TJUE”.

situación de enfermedad, siendo independiente las características de esta para desplegar todos los efectos que prevé la normativa antidiscriminatoria.

A pesar de ello, no creemos acertado que se acoja esta interpretación porque, a la postre, opinamos que se pervertiría el sentido que, hasta el momento, ha tenido la concepción de la discriminación. Estar enfermo no genera prejuicios sociales, lo que sí suscita concepciones estereotipadas es sufrir enfermedades concretas⁷³.

En este sentido, no está de más recordar que la prohibición de discriminación es un derecho autónomo y diferente al de igualdad⁷⁴.

Otro de los problemas que plantearía asumir la interpretación extensiva de la noción de enfermedad sería la necesidad de afrontar una nueva concepción de los supuestos que, relacionados con la salud, podrían habilitar al despido objetivo por ineptitud sobrevenida. No planteará ningún problema si la enfermedad que incapacita al trabajador -en el sentido meramente laboral- es transitoria pues, como ya es sabido, esta ni antes ni ahora faculta al empresario a extinguir la relación laboral, pero sí en el caso de que estemos ante enfermedades que provocan una merma en sus capacidades laborales que no tiene reflejo como situación de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez en el ámbito de Seguridad Social⁷⁵.

Y, por supuesto, a los efectos de dotar de coherencia interna entre las distintas normas y dado que la Ley 15/22 no es específicamente laboral, aun cuando la trascendencia en este sector es particularmente significativa, se haría necesario

⁷³ Siguiendo a Martínez-Gijón Machuca, M.A.: “Obesidad y sobrepeso. ¿Causa de discriminación laboral autónoma o necesaria vinculación con la discapacidad o la propia imagen?, op.cit., pg. 270, aun cuando su estudio y reflexiones tienen por objeto la obesidad. Lo que, a nuestro juicio, debería ampararse es lo que se ampara es “una enfermedad concreta, que goza de ese estigma y de un perjuicio real -muchas veces subjetivo e inconsciente en su producción- pero existente y de fácil aplicación como recurso para el descarte”.

⁷⁴ Así, STC (STC 36/2011 de 28 de marzo) “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio general de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación cuando no de persecución, un rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes”.

⁷⁵ O, para concretar más y rescatando la sugerente idea de Benavente Torres, M.I.: “Los nuevos motivos de discriminación y su incidencia en el ordenamiento español, op. cit., pg. 114 antes expresada. Se preconiza la posibilidad de afrontar con éxito la reclamación de nulidad del despido del trabajador en los diferentes estadios de enfermedad, esto es, ante “incapacidades permanentes, como también potencialmente en las incapacidades temporales de pronóstico incierto o negativo. Pero también podría alcanzar, *si bien con más incertidumbres*, a las IT de larga duración, o de duración superior a la media en curación respecto de la enfermedad o lesión de que se trate, como respecto de aquéllas crónicas o, en general y por ejemplo, de las que se esperan recidivas o son necesarios seguimientos y control”. La cursiva es nuestra, por cuanto ya -con la aprobación del texto legal de 2022- desaparecería (a nuestro juicio) la incertidumbre.

proceder a la modificación tanto del art.4.2.c), como del art.17 y, por supuesto, del art.55.5 todos ellos del ET.

Pero, además, entendemos que la lectura de la norma integral suscita otra laguna no menor. Si los ajustes razonables se han circunscrito a la discapacidad del trabajador, ¿qué ocurre con aquellas situaciones de enfermedad que no generan discapacidad, pero se pueden asimilar -según consolidada doctrina del TJUE- a esta? En definitiva, los intentos que hasta el momento se han llevado a cabo por los profesionales del Derecho para asimilar la enfermedad con la discapacidad al objeto de extender la protección que específicamente se había previsto para este último caso, no van a cesar, pues se nos antoja como probable que en las reclamaciones judiciales se siga insistiendo en su asimilación por cuanto la situación de aquel trabajador que se halla en obvia situación de discapacidad continúa más protegido que el que tan “solo” tiene una enfermedad.

En definitiva, las peticiones de nulidad que se insten por razón de salud no se van a enfocar en todo caso en la alegación de la enfermedad o condición de salud para invocar la nulidad del acto empresarial, sino que seguirán planteándose demandas que arguyan la proximidad de la concreta enfermedad con la discapacidad, para así reforzar la tesis de discriminación a través del alegato acumulado de la falta de adaptación del puesto de trabajo.

Si antes tratábamos de hacer hincapié en el efecto que sobre el despido objetivo por ineptitud sobrevenida puede tener la interpretación final de erigir a cualquier tipo de enfermedad como factor discriminatorio, no podemos dejar de señalar que entra dentro de lo jurídicamente factible que también otro precepto del Estatuto de los Trabajadores -en sede extintiva- quede visiblemente afectado. Se trata del art.54.2.f) ET o lo que es lo mismo la consideración como incumplimiento contractual susceptible de ser causa de despido disciplinario a “La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo”.

A partir del momento en que se aprueba la norma integral sobre no discriminación ¿hemos de entender de forma distinta al despido disciplinario por consumo de drogas y alcohol? Téngase en cuenta que el ET recoge la toxicomanía y este concepto hace referencia no al consumo esporádico de drogas, sino al habitual⁷⁶. Así que, solo se puede despedir disciplinariamente al trabajador toxicómano o ebrio habitual, siempre que estas circunstancias afecten negativamente al trabajo prestado. En ambas causas es exigible que sea reiterada la ingesta, y a pesar de no ser profesionales de la sanidad, entendemos que es algo comúnmente sabido que

⁷⁶ Domínguez Morales, A.: “Adicciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral? en Morales Ortega, J.M (Dtor.) *Realidad social y discriminación. Estudios sobre diversidad e inclusión laboral*. Laborum. 2022, pg. 313. La autora destaca la habitualidad en la definición de la toxicomanía, no comprendiéndose en ese concepto “el mero consumo”, pues existe una coincidencia terminológica entre la embriaguez y el alcoholismo a los efectos de apreciar esta causa de despido disciplinario.

ambas situaciones inciden de manera decisiva en la salud, afectando a uno o varios órganos o bien ocasionando serios problemas psicológicos. En cualquier caso, y en la medida en que esto sea así, sí podría entenderse que en ambas situaciones se sufre una enfermedad estigmatizante, por cuanto socialmente la persona consumidora de alcohol o toxicómana cuando no tiene control sobre la ingesta o muestra claramente una conducta perturbadora y ve extinguida su relación laboral sí sufriría de discriminación, máxime si optamos por una visión no condicionada del factor de enfermedad.

A partir de ahí los efectos se desdoblán. Si mantenemos una concepción restrictiva a la hora de apreciar a la enfermedad como factor discriminatorio y el consumo de droga o alcohol no provoca una alteración visible de la salud ni tampoco afecta al funcionamiento de ningún órgano o representa un déficit psicológico, no podemos apreciar aquí el elemento imprescindible para poder estimar discriminación por cuanto la sociedad no rechaza a aquel que aparentemente no tiene problemas con las drogas o el alcohol⁷⁷.

Por el contrario, si aceptamos una visión amplia y no comedida de la enfermedad como elemento discriminatorio, se podría sostener que este individuo sí tiene una enfermedad -aunque no sea incapacitante- y no podría ser despedido ni siquiera cuando se pruebe que esa situación afecta de forma ostensible a su rendimiento. El despido a trabajador que sufre de toxicomanía o embriaguez habitual sería discriminatorio y por ende nulo.

Desde nuestro modesto punto de vista, si lo que se pretende es amparar la situación del trabajador enfermo, entendemos que debería rescatarse la previsión normativa anterior sobre la nulidad automática del despido⁷⁸, pero no tutelarla a través de la vía de la afectación al derecho a no ser discriminado.

Creemos que vamos a tener que estar especialmente pendientes de los pronunciamientos de nuestra jurisdicción social en torno a la interpretación de este

⁷⁷ Discrepamos de la conclusión alcanzada por Domínguez Morales, A.: "Adiciones: drogas, alcohol y tabaco. ¿Causa de discriminación laboral?", op. cit., pg. 322-323: "...resulta evidente que el consumo de drogas, incluyendo alcohol y tabaco, provoca la estigmatización de los afectados, siendo importante la marca negativa que propicia el ser percibido como consumidor habitual de este tipo de sustancias en más de lo que se considera el consumo social tolerable". No creemos que la clave esté en la última afirmación ("consumo social tolerable"), lo que no se tolera no es que el sujeto pueda consumir más de lo que es habitual (parámetro, de otro lado, muy difícil -a nuestro modo de ver- de concretar), sino que lo que resulta intolerable es que la persona con independencia de cuál sea el consumo que lleva a cabo muestre un comportamiento inapropiado, inoportuno. Es la manifestación de la droga o el alcohol lo que estigmatiza, con independencia de cuánto sea su consumo.

⁷⁸ Esteban Legarreta, R.: "El concepto de persona con discapacidad en la Directiva 2000/78/CE y en el RDLeg.1/2013: la asimilación de la invalidez permanente a la discapacidad", op. cit. el autor propone diferentes alternativas de acción legal, siendo una de ellas la glosada en el cuerpo del presente.

factor de discriminación, si se produce o no una nueva concepción del despido objetivo por ineptitud sobrevenida en los términos antes expresados (u otros) y, también, si cabe la extensión de la obligación de proceder a los ajustes razonables a los supuestos de enfermedades próximos a las discapacidades.

La buena noticia es que, suponemos, no tardará demasiado tiempo en producirse los primeros asertos judiciales pues, tal y como se encuentra redactada la norma es bastante probable que se incrementen el número de reclamaciones judiciales que accionando contra actos de despido (o extinciones durante el periodo de prueba) soliciten el dictado de sentencias estimatorias a la nulidad. Téngase en cuenta que el trabajador encontrará dos motivaciones poderosas para presentar su demanda: de un lado, recuperar el que fuera su puesto de trabajo y, de otro, obtener una indemnización por la lesión a su derecho.

LA PROBLEMÁTICA DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y REFLEXIONES DE LEGE FERENDA

ZHOUJIE MA ZHOU

Abogado y Doctorando en Derecho
Universidad de Granada

EXTRACTO

Palabras clave: Teletrabajo transnacional; Dumping social; Crowdsourcing; Derecho Internacional Privado; Negociación colectiva transnacional

La globalización y el avance tecnológico han propiciado la transnacionalización del empleo digital y el creciente desarrollo del teletrabajo transnacional, de modo que las personas pueden teletrabajar para empresas extranjeras sin realizar un desplazamiento físico. Sin embargo, esta modalidad de teletrabajo ha suscitado numerosos problemas jurídicos por la falta de una regulación específica sobre la materia y la ausencia de una armonización legislativa a nivel comunitario e internacional, dando lugar a la aparición y extensión del fenómeno de dumping social, así como el aumento de la precariedad laboral entre los teletrabajadores transnacionales. El objeto de este estudio se centra en el análisis de la principal problemática que presenta el teletrabajo transnacional, las normas del Derecho Internacional Privado aplicables a esta materia, el papel de la negociación colectiva en el contexto internacional, y terminando con unas reflexiones de lege ferenda para potenciar la regulación de las relaciones laborales internacionales y del teletrabajo transnacional.

ABSTRACT

Key words: Transnational teleworking; Social dumping; Crowdsourcing; Private International Law; Transnational collective bargaining

Globalization and technological progress have led to the transnationalization of digital employment and the growing development of transnational teleworking, so that people can telework for foreign companies without physically traveling. However, this form of teleworking has raised numerous legal problems due to the lack of specific regulation on the matter and the absence of legislative harmonization at the community and international level, giving rise to the appearance and extension of the phenomenon of social dumping, as well as the increase in job insecurity among transnational teleworkers. The object of this study focuses on the analysis of the main problems presented by transnational teleworking, the rules of Private International Law applicable to this matter, the role of collective bargaining in the international context, and ending with some lege ferenda reflections to promote the regulation of international labor relations and transnational teleworking.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y SUS TIPOLOGÍAS
3. EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y EL RIESGO DE DUMPING SOCIAL
4. EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
 - 4.1. Atribución de la competencia judicial internacional
 - 4.2. Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo
 - 4.3. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales internacionales
5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTEXTO TRANSNACIONAL
6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES DE *LEGE FERENDA*

1. INTRODUCCIÓN

La transformación digital y el desarrollo vertiginoso de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación han favorecido la aparición y proliferación del teletrabajo en la sociedad actual. Sin embargo, el gran empuje a la consolidación de esta nueva forma de empleo ha sido impulsado por la pandemia actual de Coronavirus, pues en tiempos de crisis sanitaria se ha demostrado como un mecanismo eficaz para mitigar los efectos del confinamiento, así como asegurar la continuidad de la actividad económica y el mantenimiento del empleo. Es más, según un estudio llevado a cabo por *CaixaBank Research*, el teletrabajo ha adquirido tal importancia que en tiempos de la pandemia de COVID-19 constituye una pieza fundamental de la actividad económica, de manera que el sostenimiento de la capacidad productiva de las empresas depende del nivel de implantación de esta modalidad del trabajo a distancia¹.

Ante la generalización del teletrabajo y la falta de una regulación específica de esta forma de trabajo, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia con el fin de regular de una forma holística e integral todos los aspectos jurídico-laborales vinculados a esta forma de prestación de servicios. Este Real Decreto-ley ha sido convalidado en el Congreso, culminando con la publicación y entrada en vigor de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. Ahora bien, esta nueva Ley se ha centrado únicamente en regular el teletrabajo desarrollado en el ámbito nacional, sin que se alude en ningún momento a una modalidad del teletrabajo que se extiende cada vez más en el mundo por los efectos de la globalización y del avance tecnológico, esto es, el teletrabajo transnacional. Ciertamente, la nueva Ley de trabajo a distancia tiene un carácter eminentemente nacional y no tiene suficiente razonabilidad legislativa para abordar un fenómeno que trasciende de las fronteras. Sin embargo, ante la ausencia de una

¹ Bras,A.y Schaefer.L, “La COVID-19 da un empujón al teletrabajo”, *CaixaBank Research*, Disponible en: <https://www.caixabankresearch.com/es/economia-y-mercados/mercado-laboral-y-demografia/covid-19-da-empujon-al-teletrabajo> [consulta: 20 de febrero de 2022]

regulación comunitaria que se ocupe de ella más allá del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo, la falta de regulación en el ámbito nacional de algún modo deja en terreno de nadie las condiciones esenciales que deben regir esta modalidad de teletrabajo.

El estudio del régimen jurídico del teletrabajo transnacional ha suscitado un gran interés entre los juristas, debido a la existencia de numerosos problemas jurídicos que acarrea por la falta de una regulación específica sobre la materia y la ausencia de una armonización legislativa a nivel comunitario e internacional, los cuales ha propiciado la aparición y extensión del fenómeno de *dumping* social y ha provocado un cierto aumento de la precariedad laboral de los teletrabajadores transnacionales. La doctrina científica ha realizado un intento de superar estos problemas mediante la aplicación e interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado, y, sin embargo, no se consiguen resolver todos los problemas que se plantean, e incluso, puede llegar a generar otras cuestiones que termina afectando a la seguridad jurídica de las normas aplicadas. Por su parte, la negociación colectiva constituye un instrumento flexible y de adaptación más adecuado para asentar las reglas que con mayor eficacia puedan responder a las necesidades de los teletrabajadores y a las peculiaridades de cada empresa². No obstante, la intervención de la negociación colectiva en materia de teletrabajo transnacional es escasa o nula.

En este contexto, el objeto de este estudio se centra en el análisis de la principal problemática que presenta el teletrabajo transnacional, la evaluación de las soluciones jurídicas que ofrecen las normas del Derecho Internacional Privado, la revisión del panorama actual de la negociación colectiva transnacional, y terminando con unas reflexiones de *lege ferenda* sobre la introducción y adopción de nuevos mecanismos para la regulación de las relaciones laborales internacionales y del teletrabajo transnacional.

2. UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y SUS TIPOLOGÍAS

Con carácter previo a la definición del concepto de trabajo transnacional, es preciso alcanzar un entendimiento sobre la figura del teletrabajo. Sin perjuicio de la existencia de multitudes de definiciones doctrinales y científicas sobre la conceptualización del teletrabajo³, a los efectos del presente estudio, se adopta la

² Ministerio de Trabajo y Economía Social, “Teletrabajo y negociación colectiva”, *XXXIII Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva*, 2022, p.13.

³ Entre otros autores, cabe citar a Andrés, J.J., Olano Ocáriz, M. y Lete Murugarren, A., “Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo de la sociedad de la información.”, *Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001, pp. 23-34; Thibault Aranda, J., “El

definición institucional contemplada en el art. 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, en virtud de la cual, se define el teletrabajo como aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante la utilización exclusiva o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación.

Una vez asentado lo anterior, se puede definir el teletrabajo transnacional como una modalidad del teletrabajo en la que, más allá de la prestación de servicios mediante el uso exclusivo o prevalente de las nuevas tecnologías de información y de comunicación, la persona teletrabajadora se encuentra establecida en un país distinto del de la empresa destinataria de la prestación. Asimismo, el concepto de teletrabajo transnacional queda enmarcado dentro de la noción del trabajo a distancia transnacional, que se define como “aquella relación laboral que transcurre a través de varios Estados, normalmente porque el empleado desarrolla las obligaciones propias de su puesto de trabajo en un territorio soberano distinto de aquel donde se sitúa su empresario”⁴. Ahora bien, algunos autores asocian indistintamente el teletrabajo transnacional con el teletrabajo transfronterizo y/o teletrabajo *off-shore*⁵, mientras que otros autores los consideran separadamente como conceptos diferentes⁶. Sin perjuicio de ello, es preciso señalar que en los últimos tiempos existe un cierto consenso en la doctrina científica sobre la utilización de los términos “teletrabajo transnacional” para referirse a esta modalidad del teletrabajo.

teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *Consejo Económico y Social*, 2001, pp. 23-38; Sanguinetti Raymond, W, “El Teletrabajo: Notas sobre su calificación y régimen jurídico”, *Revista do Instituto Goiano de Direito do Trabalho*, 2001, núm. 9, pp. 293-302; Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *Consejo Económico y Social de Andalucía*, 2011, pp. 29-49. En estas obras monográficas se contiene un estudio pormenorizado de las definiciones del teletrabajo y sus rasgos caracterizadores.

⁴ Crespí Ferriol, M, “Trabajo a distancia transnacional”, En: Pérez de los Cobos Orihuel, F y Thibault Aranda, J, *El trabajo a distancia: con particular análisis del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre*, La Ley Wolters Kluwer, 2021, p. 661.

⁵ *Vid.* Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, p. 261, que asocia el fenómeno del teletrabajo transnacional con el de teletrabajo transfronterizo u *off-shore*, al considerar este último como “aquella situación en la que un teletrabajador que reside y trabaja de forma permanente en un país lo hace para una empresa situada en otro”, si bien matiza que esta forma laboral es transregional, transnacional y transcontinental por naturaleza; Sellas i Benvingut, R., “El régimen jurídico del teletrabajo en España.”, *Editorial Aranzadi*, 2001, p. 114, que asimila el teletrabajo transnacional con el teletrabajo *off-shore*, al definir como “el desarrollo de la prestación de trabajo en un Estado distinto de aquel al que pertenece o se encuentra ubicado el centro de trabajo” y que “constituye la modalidad de ejemplar de teletrabajo por criterio espacial o locativo de clasificación”.

⁶ *Vid.* Andrés, J.J., Olano Ocáriz, M. y Lete Murugarren, A., “Perspectiva internacional del teletrabajo: nuevas formas de trabajo de la sociedad de la información.”, *op. cit.*, p. 30, que identifica el teletrabajo transfronterizo como aquellas situaciones donde la parte emisora y la parte receptora están ubicadas en países que tienen una frontera común, mientras que el teletrabajo *off-shore* se refiere a la actividad que ha sido transferida a entornos de trabajo con menor coste o de menor regulación, y que se encuentran geográficamente muy distantes.

Por su parte, el concepto del teletrabajo transnacional está íntimamente ligada a la noción de *eWork* acuñada por la Comisión Europea, que se define como todo tipo de trabajo realizado fuera de la sede de la empresa, pero coordinado con la misma mediante el empleo de las nuevas tecnologías de información y de comunicación para su recepción y entrega, con independencia de que sea realizada por trabajadores de esta o por el personal subcontratado⁷. A este respecto, es preciso señalar que la concepción del *eWork* trasciende del propio concepto de teletrabajo transnacional al referirse a las diversas formas de prestación de trabajo a distancia mediante el empleo de las nuevas tecnologías de información y de comunicación⁸.

En cuanto a las tipologías del teletrabajo transnacional, se puede distinguir entre los siguientes tipos, la doctrina científica ha identificado diferentes formas de prestación de trabajo a distancia atendiendo a las formas de ejercicio de la actividad laboral (ya sea individual o colectiva), y a las estrategias organizativas de la empresa (esto es, dependiendo si se lleva a cabo por parte de la propia plantilla o se externaliza el servicio)⁹:

- Teletrabajo transnacional dependiente: es aquel teletrabajo desarrollado individualmente por una persona trabajadora contratada por la empresa y que reside en un país distinto del lugar donde se encuentra establecida la empresa. Asimismo, dicha persona trabajadora desarrolla su trabajo siguiendo directamente las normas internas, procedimientos y/o instrucciones operativas establecidas por la empresa.
- Teletrabajo transnacional en oficinas remotas en el exterior: es aquel teletrabajo realizado por personas trabajadoras contratadas la empresa para que presten sus servicios en las diferentes oficinas remotas establecidas en el exterior.
- En este subtipo del teletrabajo transnacional, la empresa adopta la decisión de deslocalizar ciertas actividades del proceso productivo hacia otros países, pero mantiene el control directo sobre su gestión.
- Teletrabajo transnacional autónomo: es aquel teletrabajo prestado por una persona trabajadora por cuenta propia o autónomo residente en el extranjero.

Asimismo, esta persona ejerce de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo

⁷ Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, núm. 13, 2005, p. 110.

⁸ Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 88.

⁹ Estas tipologías están inspiradas en las diferentes formas de trabajo a distancia facilitadas por las nuevas tecnologías de información y de comunicación, expuestas en Sanguinetti Raymond, W, “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España*, 2002, pp. 8-12.

con la empresa contratante. Igualmente, no están sujetos a jornada, vacaciones, órdenes, ni instrucciones operativas por parte de la empresa y realizan el teletrabajo encargado con entera libertad e independencia.

- Teletrabajo transnacional subcontratado: es aquel teletrabajo llevado a cabo por personas trabajadoras residentes en el extranjero que no mantienen una vinculación contractual directa con la empresa destinataria de los servicios, sino con aquella otra empresa que asume la posición de contratista. También se suele conocer como teletrabajo *off-shore* o internacional.

En este subtipo del teletrabajo transnacional, lo que se produce en realidad es una externalización de servicios, de manera que se encarga a una contratista extranjera la realización de un proceso, la prestación de un servicio o la ejecución de una actividad que, de otro modo, serían realizados por la propia empresa contratante.

A pesar de las diferentes tipologías del teletrabajo transnacional expuestas anteriormente, es preciso destacar que, en lo que atañe al presente estudio, el foco de atención se centra especialmente en el teletrabajo transnacional dependiente, ya que es el único supuesto en el que se puede identificar las notas características de un contrato de trabajo internacional¹⁰, así como las dos partes concernidas en una prestación laboral virtual y transnacional, esto es, el teletrabajador transnacional y la empresa. En cuanto al teletrabajo transnacional en oficinas remotas en el exterior, y coincidiendo con alguna parte de la doctrina científica, cabe señalar que no estamos ante una modalidad de teletrabajo propiamente dicho, ya que en este caso no se cumple la característica esencial de realización de la prestación fuera de las instalaciones de la empresa, al asimilar las oficinas en el exterior de la empresa con sus centros de trabajo¹¹. Con respecto al teletrabajo transnacional autónomo y subcontratado, es preciso destacar que no se puede atribuir la condición de teletrabajador a aquellas personas que trabajan por cuenta propia y sin estar sujetos a un contrato de trabajo, o a quienes trabajan para las empresas que asumen la posición de contratista, puesto que en estos casos no concurren las notas específicas de una relación laboral, esto es, la ajenidad del trabajo y la dependencia en el régimen de ejecución del mismo.

¹⁰ Se define el contrato de trabajo internacional como aquel contrato referido a la prestación de un servicio por cuenta ajena bajo la dirección de otro a cambio de una remuneración, concurriendo las notas definitorias de la relación laboral - personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena - y a las que habrá de añadirse la internacionalización de la prestación laboral. En este sentido se expone en Hierro Hierro, F.J., “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Vol. VI, núm. 119 (73), 2002, p. 2.

¹¹ En este sentido, Sanguinetti Raymond, W., “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, p.11.

3. EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL Y EL RIESGO DE *DUMPING SOCIAL*

Con la implementación del teletrabajo transnacional, las empresas pueden incorporar en su plantilla personas teletrabajadoras que residen y prestan sus servicios en cualquier país del mundo distinto del de la sede de la empresa. Ciertamente, con la adopción de esta forma de organización de trabajo, se traduce en una minoración de los costes laborales y sociales de las empresas, al poder recolocar sus actividades productivas y empresariales en aquellos países donde estos costes resultan inferiores con respecto a los de un puesto de trabajo en el país de origen, o en Estados con unas normativas laborales o de seguridad social más laxas que las del país donde se encuentra ubicada la sede de la empresa¹².

En este contexto surge la noción de *dumping social*¹³, un fenómeno que nace como consecuencia de la globalización y se refiere a aquellas prácticas empresariales de naturaleza abusiva y que persiguen la finalidad de eludir la legislación laboral nacional, las cuales permiten el desarrollo de una competencia desleal favoreciendo la reducción al mínimo de los costes laborales y sociales y, además, conducen a vulneraciones de los derechos de las personas trabajadoras y a su explotación. Asimismo, de acuerdo con el Informe sobre el *dumping social* en la Unión Europea¹⁴, las principales repercusiones y consecuencias derivadas del *dumping social* se manifiestan en los siguientes tres aspectos:

- Aspecto económico: el uso de las prácticas de *dumping social* puede conducir a importantes distorsiones del mercado y de la competencia, las cuales perjudican a las empresas de buena fe, y en particular, a las pequeñas y medianas empresas.

¹² Sierra Benítez, E.M., “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 87.

¹³ A pesar de la extensión en el uso de este término, lo cierto es que todavía no existe una definición clara y universalmente aceptada de *dumping social*. En este mismo sentido se posiciona Marianne Thyssen, Comisaria europea de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral, que en el 14 de agosto de 2015 respondió por escrito a una pregunta del Parlamento Europeo sobre definiciones (preguntas parlamentarias, 27 de mayo de 2015, E-008441-15), en la que afirmaba que no existe una definición del concepto de *dumping social* en la normativa comunitaria, si bien señaló que este término se utiliza generalmente para señalar la competencia desleal debido a la aplicación de diferentes salarios y normas de protección social a diferentes categorías de trabajadores, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-008441-ASW_EN.html. [Consulta: 13 de marzo de 2022]. Sin perjuicio de lo anterior, según la definición recogida en el glosario de la Dirección General de Migración y Asuntos de Interior de la Comisión Europea, se define *dumping social* como “aquella práctica por la cual los trabajadores reciben salarios y/o condiciones de trabajo y de vida que son inferiores a las especificadas por la ley o los convenios colectivos en el mercado laboral pertinente, o que prevalecen allí”. Disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/pages/glossary/social-dumping_en [Consulta: 13 de marzo de 2022]

¹⁴ Guillaume B., “Informe sobre el *dumping social* en la Unión Europea (2015/2255(INI))”, *Comisión de Empleo y Asuntos Sociales*, 2016, p. 9.

- Aspecto social: el dumping social puede generar situaciones de discriminación y de desigualdad de trato entre las personas trabajadoras, así como privarles del ejercicio efectivo de sus derechos sociales y laborales, incluyendo aquellos otros derechos en materia retributiva y de protección social. Igualmente, puede conducir al aumento del número de puestos de trabajo precarios y un deterioro de los niveles de protección de los trabajadores y de la calidad del empleo en general.
- Aspecto financiero y presupuestario: el *dumping* social representa una amenaza grave para la hacienda pública y los sistemas nacionales de seguridad social, ya que las empresas que recurren a su uso tienden a no pagar los impuestos y las cotizaciones a la seguridad social por la elusión intencional de la normativa fiscal, laboral y de Seguridad social. Para ello, estas empresas pueden no declarar la contratación del teletrabajador transnacional, utilizar un falso teletrabajador transnacional autónomo, o recurrir a la externalización o la subcontratación transnacional con fines elusivos de la legislación social y laboral del ámbito nacional, entre otras prácticas ilegales.

Sin perjuicio de lo anterior, las consecuencias directas del *dumping* social para aquellos países con alto nivel de protección social son la reducción del empleo, salarios y condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, debido al afán de las empresas de reducir los costes del personal a través de la deslocalización transnacional de actividades productivas. Mientras que para los países con bajo nivel de protección social, el *dumping* social trae consigo un crecimiento de ofertas de empleo para su población, y, sin embargo, existen presiones a la baja en estos países de mantener salarios bajos y condiciones precarias, todo ello con el fin de preservar las controvertidas ventajas competitivas para las empresas¹⁵. Estas presiones propician, a su vez, una carrera internacional a la baja de la protección social de las personas trabajadoras, pues esta última constituye una estrategia utilizada por los países en vía de desarrollo o economías emergentes para atraer la inversión extranjera y aumentar las exportaciones. En palabras de Thibault Aranda, de ahí surge “un mercado internacional de la materia gris en vías de desarrollo y un terciario apátrida y nómada que distorsiona la competitividad y el normal funcionamiento de las empresas en el mercado”¹⁶. Ahora bien, los efectos que producen para estos países pueden ser muy negativos, tales como el escaso desarrollo del sistema de la Seguridad Social para impedir el aumento de los costes laborales y sociales, la limitación en el ejercicio de los derechos colectivos a fin de impedir la limitación de las presiones sindicales sobre la mejora de los salarios y condiciones de trabajo, la desatención en la prevención de los riesgos laborales

¹⁵ Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *op. cit.*, 2005, p. 112.

¹⁶ Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, p. 268.

y el consiguiente aumento de la siniestralidad laboral, así como la degradación y contaminación del medio ambiente¹⁷.

Por su parte, es preciso destacar que el riesgo de *dumping* social es mayor cuando se traten de personas trabajadoras que prestan sus servicios desde países extracomunitarios, puesto que las condiciones laborales y sociales de estos países suelen ser inferiores y el sistema de protección social es insuficiente e ineficaz¹⁸, y a las empresas les interesan contratar en estos países una mano de obra barata para desempeñar las tareas más elementales, tales como el control de la introducción y procesamiento de los datos, el control de las cámaras de seguridad, la gestión de las reservas de hoteles, la tramitación de las reclamaciones de los clientes, entre otros. Ahora bien, la mayor parte de estos empleos mantiene unos niveles muy bajos niveles de cualificación y apenas se ofrecen oportunidades de crecimiento, formación y desarrollo profesional para las personas contratadas, pues las empresas no tienen ninguna intención de mejorar las condiciones de trabajo y los salarios de las mismas. Todo ello conlleva al aumento de la desigualdad y polarización económica y social entre los diferentes países del mundo¹⁹.

Coincidiendo con la mayoría de la doctrina científica, el teletrabajo transnacional es considerado como un mecanismo facilitador del *dumping* social²⁰, ya que posibilita la reubicación de los puestos de trabajo en otros países donde los costes laborales y sociales son sustancialmente menores y donde las personas teletrabajadoras no disfrutan de los mismos niveles de protección social²¹. A su vez se propicia el desarrollo y consolidación del fenómeno conocido como la subcontratación a distancia del trabajo, en el que se externalizan todas aquellas actividades *non core* de las empresas. Sobre esto último, según el Informe del Consejo Económico y Social de España sobre el Futuro del trabajo²², es previsible

¹⁷ Sanguinetti Raymond, W, “El desafío de la transnacionalización del empleo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 6, 2004, p. 8. Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=402951 [Consulta: 19 de marzo de 2022]

¹⁸ Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, pp. 109-110.

¹⁹ Sanguinetti Raymond, W, “El desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, pp. 9-13.

²⁰ En este sentido, Sanguinetti Raymond, W, “El Teletrabajo: Notas sobre su calificación y régimen jurídico”, *op. cit.*, pp. 293-302; Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, pp. 86-87; Martín-Pozuelo López, A., “La vertiente internacional del Teletrabajo: el Teletrabajo Transnacional y sus problemas.”, En: Sala Franco, T. y López Terrada, E, *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant lo Blanch, 2022, pp.305-306.

²¹ Organización Internacional del Trabajo, “La globalización de Europa. El trabajo decente en la economía de la información”, *Oficina Internacional del Trabajo*, 2000, p. 49.

²² Informe 03/2018 sobre El futuro del trabajo, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 30 de mayo de 2018, p. 90. Disponible en: <http://www.ces.es/documents/10180/5182488/Inf0318.pdf/79443c12-b15b-850d-afbc-8ac0336193d1> [Consulta: 17 de marzo de 2022]

que la subcontratación de actividades mediante teletrabajo transnacional sea cada vez más, lo que puede generar otras problemáticas relacionadas con los límites de los marcos normativos nacionales y la legislación aplicable.

Ciertamente, el teletrabajo transnacional elimina las barreras geográficas y las distancias físicas, lo cual permite que las empresas contraten a personas teletrabajadoras en cualquier parte del mundo sin tener que realizar ningún desplazamiento. En este sentido, mediante el desarrollo del teletrabajo transnacional se consigue desplazar el trabajo de un país a otro en búsqueda de destinos siempre más baratos. Asimismo, este tipo de teletrabajo contribuye favorablemente al despliegue e implementación de las estrategias de deslocalización productiva adoptadas por parte de las empresas, las cuales les proporcionan enormes ventajas competitivas derivadas de las diferencias en el nivel de protección social de los trabajadores²³. Por ende, el teletrabajo transnacional se convierte, así mismo, en un instrumento de elusión que facilita una elección a la carta por parte de las empresas del nivel de protección social de las personas trabajadoras, privando a estas últimas de la tutela que les sería reconocida por la legislación laboral del país en el que su prestación es efectivamente aprovechada²⁴.

Finalmente, no hay que perderse de vista que en los últimos tiempos existe una tendencia creciente de descentralización de tareas profesionales intensivas en conocimiento, de manera que se descomponen determinados trabajos en microtareas²⁵ para que puedan ser ejecutadas telemáticamente por personas teletrabajadoras situadas en diferentes lugares del mundo. Esta tendencia ha dado lugar al nacimiento de un fenómeno de reciente expansión, conocido con el término en inglés *crowdsourcing*, que consiste en la externalización de microtareas a un grupo de personas indefinido y generalmente grande, mediante una convocatoria abierta que normalmente se hace por Internet o a través de plataformas digitales de trabajo²⁶. Este nuevo fenómeno no solo permite a las empresas subcontratar

²³ Sanguinetti Raymond, W, “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, p.14-15.

²⁴ Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *op. cit.*, 2005, p. 111-112.

²⁵ A modo ilustrativo y no exhaustivo, la descomposición del trabajo de gestión de marketing y comunicación en microtareas, tales como el análisis de opiniones y comentarios en las redes sociales, la creación y moderación de contenidos, la realización de encuestas de investigación, el etiquetado de imágenes, la captura de reacciones a campañas de marketing, la transcripción de documentos, la recopilación de datos, entre otros. Otro ejemplo consiste en la descomposición del trabajo de desarrollo de una aplicación informática o software en microtareas específicas de codificación y programación, el diseño de interfaz de usuario, el testeo del *software* desarrollado, así como la puesta en producción.

²⁶ Organización Internacional del Trabajo, “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”, *Oficina Internacional del Trabajo*, 2019, p. 13. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_684183.pdf [Consulta: 19 de marzo de 2022]. El modelo

tareas a una mano de obra distribuida por todo el mundo y a un coste reducido, sino también conseguir que concluyan los encargos a un ritmo mucho más rápido que el modelo tradicional de subcontratación, al contener en estas plataformas unos algoritmos a través de los cuales se consiguen seleccionar aquellas personas trabajadoras más adecuadas para realizar las tareas objeto de contratación²⁷.

Ahora bien, es preciso destacar que en general las plataformas digitales de trabajo en línea no reconocen a las personas teletrabajadoras que realizan las microtareas encargadas como trabajadores asalariados dependientes, sino que les requieren que acepten la condición de trabajadores o contratistas independientes²⁸. Esto último tiene una importante repercusión en el régimen jurídico laboral de las personas trabajadoras, ya que, por el hecho de que estas últimas trabajan como autónomos, a las empresas contratantes de las microtareas les eximen de toda responsabilidad laboral y social con respecto a estos trabajadores, pudiendo pagarles con una remuneración por debajo del salario mínimo interprofesional y sin ofrecerles unas mínimas condiciones de trabajo. Es más, cuando surja un litigio internacional con la empresa contratante, las personas teletrabajadoras ni siquiera puedan beneficiarse de los foros y normas de protección previstos en el Derecho Internacional Privado. En definitiva, se puede concluir que el teletrabajo transnacional favorece el desarrollo y expansión de *crowdsourcing*, que, sin duda alguna, constituye una nueva forma de *dumping* social.

4. EL TELETRABAJO TRANSNACIONAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La principal característica diferencial del teletrabajo transnacional con respecto a las demás tipologías del teletrabajo es la presencia de un elemento internacional. En particular, en el teletrabajo transnacional se puede apreciar la concurrencia de uno o varios elementos de extranjería (tales como el lugar de ejecución de la obligación en el extranjero, la residencia de las partes del contrato de trabajo en distintos Estados, la distinta nacionalidad de los contratantes, la

de negocio de las plataformas digitales de trabajo consiste en cobrar una comisión a los clientes que publican tareas en las plataformas. Entre las principales plataformas digitales de trabajo que realizan la asignación de microtareas cabe destacar *Amazon Mechanical Turk* (AMT), *Clickworker*, *CrowdFlower*, *Upwork*, y *Microworkers*.

²⁷ Organización Internacional del Trabajo, “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo 2021. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo”, *Oficina Internacional del Trabajo*, 2021, pp. 82-83. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_823119.pdf [Consulta: 19 de marzo de 2022].

²⁸ Organización Internacional del Trabajo, “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”, *op. cit.*, 2019, p. 13.

celebración del contrato de trabajo en el extranjero, entre otros)²⁹ que determinan su sujeción también a las normas del Derecho Internacional Privado. Por consiguiente, el teletrabajo transnacional es un concepto que convergen tanto el Derecho de Trabajo como el Derecho Internacional Privado.

A la hora de examinar las relaciones internacionales de trabajo desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, se analizan fundamentalmente la competencia judicial internacional y la ley aplicable a los litigios internacionales suscitados entre las personas trabajadoras y la empresa. Para ello se atenderán a las disposiciones generales y especiales contempladas en el Reglamento Bruselas I Bis³⁰ y el Reglamento Roma I³¹. Ahora bien, es preciso valorar la adecuación o idoneidad de las normas de Derecho Internacional Privado en el contexto de teletrabajo transnacional, ya que, debido a sus especificidades, la aplicación a rajatabla de estas normas puede dar lugar a resultados no deseables para la protección de las personas teletrabajadoras en su condición de parte débil de un contrato internacional de trabajo, tal y como veremos a continuación.

4.1. Atribución de la competencia judicial internacional

En cuanto a la atribución de la competencia judicial internacional, es preciso analizar, como punto de partida, los diferentes ámbitos de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis, y en concreto, los siguientes³²:

- **Ámbito espacial:** el Reglamento Bruselas I Bis se aplica en todos los territorios de los Estados miembros en los términos establecidos en el artículo 355 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, incluyendo a Dinamarca³³.
- **Ámbito temporal:** el Reglamento Bruselas I Bis se aplica a todas las acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015 (art. 66.1).
- **Ámbito material:** el Reglamento Bruselas I Bis se aplica a todos los litigios internacionales en materia civil y mercantil, excluyendo explícitamente de su ámbito de aplicación las materias fiscal, aduanera o administrativa,

²⁹ Hierro Hierro, F.J, “Las nuevas perspectivas laborales en la sociedad de la información: el teletrabajo (un ejemplo a tener en cuenta)”, *op. cit.*, p.3.

³⁰ Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 351 de 20.12.2012.

³¹ Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008.

³² Luis Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González J., “Derecho Internacional Privado. Volumen I.”, *Comares*, Granada, 2017, pp. 203-225.

³³ En virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (art. 1.1), así como otras materias específicas expresamente determinadas³⁴.

- **Ámbito personal:** el Reglamento Bruselas I Bis se aplica a los litigios derivados de los contratos internacionales que estén totalmente conectados con la Unión Europea. Con carácter general, se utiliza el criterio del domicilio del demandado en un Estado miembro para determinar si resulta aplicable o no las normas de competencia judicial internacional que recoge este Reglamento.

Ahora bien, en el caso de que la parte demandada tenga su domicilio en un tercer estado, la competencia judicial internacional se regirá por los foros contenidos en las normas de los Estados miembros de producción interna, salvo que se traten de situaciones en las que un determinado Estado miembro goza de competencia exclusiva (art. 24); la existencia de una sumisión tanto expresa como tácita de las partes (arts. 25 y 26); o, en su caso, se trate de excepciones contempladas en los arts. 18.1 y 21.2 del Reglamento Bruselas I Bis para la protección de la parte más débil de un contrato internacional (esto es, los consumidores o los trabajadores).

Centrando ahora en lo que nos interesa, cabe destacar que los artículos 20-23 del Reglamento Bruselas I Bis establecen criterios de atribución de la competencia judicial internacional para dirimir los litigios internacionales suscitados en materia de contratos individuales de trabajo, todo ello con el fin de proteger a la parte más débil del contrato y evitar la aparición del fenómeno denominado *forum shopping*³⁵. A partir del análisis de los citados artículos, se pueden extraer las siguientes reglas de atribución de la competencia judicial internacional:

- En el supuesto de que las personas trabajadoras sean la parte demandante, éstas se podrán presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que esté domiciliada la empresa (art. 21.1.a). A este respecto, el art. 20.2 del Reglamento Bruselas I Bis asimila el concepto de domicilio de la empresa con la sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento instalado en uno de los Estados miembros.

³⁴ Entre otras, el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable; la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos; la seguridad social (art. 1.2 del Reglamento Bruselas I Bis).

³⁵ El *forum shopping* es una expresión que designa objetivamente la posibilidad de que existan varios tribunales estatales competentes para conocer de un mismo asunto; y subjetivamente, la facultad que ello otorga a los particulares de elegir el que más convenga a sus intereses. Esta elección está directamente relacionada con el derecho aplicable al fondo del asunto, pues el sujeto acudirá al tribunal cuyo sistema de conflicto de leyes le facilite el acceso al ordenamiento que resulte más favorable a su pretensión.

Vid. Juárez Pérez, P., “Bad forum shopping y recurso de revisión: “Causa Causae est causa causati” (STS de 25 de noviembre de 2019)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, p. 1055. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5653> [Consulta: 26 de marzo de 2022].

Alternativamente, las personas trabajadoras podrán interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que o desde el cual la persona trabajadora desempeñe habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo haya desempeñado (art. 21.1.b.i.). Ahora bien, en aquellos casos en los que no existe un único Estado miembro en el que el trabajador desarrolle habitualmente su trabajo, se podrá interponer subsidiariamente la demanda ante el órgano jurisdiccional del lugar en que esté o haya estado situado el establecimiento que haya empleado al trabajador (art. 21.1.b.ii.).

- Ante el caso de que sea la empresa la parte demandante, ésta sólo podrá demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio, salvo que se trate de formular una reconvencción, en cuyo caso se interpondrá ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicial presentada por la persona trabajadora. (art. 22).
- En aquellos supuestos en los que se pacten cláusulas de sumisión expresa, el Reglamento Bruselas I bis establece en su art. 23 que sólo tendrán efecto y prevalecerán sobre las reglas anteriores, siempre y cuando las mismas hayan sido pactadas con posterioridad al nacimiento del litigio o que habiendo sido pactadas con anteriores, permitan a la persona trabajadora formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los contemplados en el propio Reglamento.

Ahora bien, a la hora de adaptar las reglas de atribución de competencia judicial internacional al ámbito de teletrabajo transnacional, se aprecia la dificultad en la determinación del lugar habitual de trabajo a efecto de aplicación del foro de protección contemplado en el artículo 21.1.b del Reglamento Bruselas I Bis, esto es, el *locus laboris*³⁶. Para la resolución de este problema, es preciso recurrir a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de este foro, a través de la cual se asienta una serie de criterios atributivos de competencia con respecto al trabajo cuya prestación se lleva a cabo en distintos lugares. A este respecto, conviene destacar que en la sentencia del caso *Mulox*³⁷, el Tribunal de Justicia había establecido como criterio de determinación

³⁶ Iriarte Ángel, J.L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, p. 483. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4385> [Consulta: 26 de marzo de 2022]

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC Ltd contra Hendrick Geels*, Asunto C-125/92, EU:C:1993:306. Este caso tiene origen en un litigio surgido entre una sociedad mercantil inglesa, *Mulox IBC Ltd*, con domicilio social en Reino Unido, y uno de sus antiguos empleados con domicilio en Francia, con motivo a la resolución del contrato de trabajo por parte de la primera. Este trabajador fue contratado por *Mulox* como Director de Marketing Internacional y sus principales funciones consiste en introducir los productos de la empresa en los diferentes países (entre otros, Alemania, Bélgica, Países Bajos y los países escandinavos) y también, en Francia. Ahora bien, el trabajador había establecido su despacho en su domicilio de

del lugar habitual de trabajo aquel lugar en el cual o a partir del cual la persona trabajadora cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa. Para la determinación de dicho lugar, se ha tenido en cuenta la circunstancia de que el desempeño de la misión confiada a la persona trabajadora por cuenta ajena se realizó desde un despacho situado en un Estado contratante, en el que el trabajador había establecido su residencia, desde el que desempeñaba sus actividades y al que regresaba después de cada uno de sus desplazamientos profesionales. Asimismo, en la sentencia del caso Rutten³⁸, el Tribunal de Justicia había reiterado como criterio de determinación del lugar habitual de trabajo el lugar en el que se produce el cumplimiento de las obligaciones principales con la empresa, y que se asocia, a su vez, con el lugar en el que la persona trabajadora haya establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales, en la medida en que éste era el lugar donde podía, con menores gastos, acudir a los Tribunales o defenderse ante los mismos. Por su parte, para la determinación concreta de dicho lugar, se ha considerado la circunstancia de que la persona trabajadora pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de su empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero.

Por consiguiente, siguiendo la doctrina elaborada por el TJUE, las reglas atributivas de competencia judicial internacional establecidas en el Reglamento Bruselas I Bis resultan aplicables al ámbito de teletrabajo transnacional, ya que

Francia, desde el que desempeñaba sus actividades y al que regresaba después de cada uno de sus desplazamientos profesionales. Con la finalidad de reclamar indemnización por incumplimiento de plazo de preaviso y por daños y perjuicios a la empresa, el antiguo empleado interpuso la demanda ante los Tribunales de Francia, Sin embargo, la sociedad Mulox se opuso alegando que los órganos jurisdiccionales franceses no eran competentes para conocer este litigio internacional, ya que el lugar de cumplimiento del contrato de trabajo no se limitaba al territorio francés y que dicha empresa tenía su domicilio social en el Reino Unido. Por consiguiente, la cuestión principal que se suscita en este caso consiste en determinar si los tribunales franceses gozan de competencia judicial internacional para conocer este asunto, considerando que solo una parte, eventualmente principal, de la obligación que caracteriza al contrato de trabajo haya sido cumplida en el territorio de dicho Estado.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de enero de 1997, Petrus Wilhelmus Rutten contra Cross Medical Ltd, Asunto C-383/95, EU:C:1997:7. La cuestión, en este caso, se suscitó en el marco de un litigio entre una persona trabajadora, Sr. Rutten, con domicilio sito en los Países Bajos, y la empresa inglesa domiciliada en Reino Unido en relación con el despido efectuado por parte de esta última. Este trabajador ejercía sus funciones no sólo en los Países Bajos, sino también en el Reino Unido, en Bélgica, en Alemania y en los Estados Unidos. Ahora bien, cabe destacar que el trabajador desempeñaba su trabajo desde el despacho instalado en su domicilio de los Países Bajos, al que regresaba después de realizar cada viaje profesional. A raíz del despido efectuado por la empresa, el trabajador Sr. Rutten interpuso la demanda ante los tribunales de los Países Bajos y la empresa inglesa se opuso por falta de competencia judicial internacional. Por tanto, en el presente caso se centra en analizar los diferentes criterios de interpretación del concepto de lugar habitual de trabajo a efecto de determinar la competencia judicial internacional en esta materia.

se prevé que las partes fijen el lugar físico a través del cual la persona trabajadora ejecuta la prestación de sus servicios³⁹. En este mismo sentido se posiciona la doctrina científica, decantando por atribuir la competencia judicial internacional a los órganos jurisdiccionales del *vero locus laboris*, esto es, lugar físico en el que la persona teletrabajadora presta sus servicios y cumplen sus obligaciones principales con la empresa⁴⁰.

4.2. Determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo

Para la determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo, es preciso acudir a las normas previstas en el Reglamento Roma I, y antes de entrar en detalle, conviene recordar los diferentes ámbitos de aplicación de este Reglamento⁴¹:

- **Ámbito espacial:** el Reglamento Roma I se aplica en todos los territorios de los Estados miembros, exceptuando a Dinamarca.
- **Ámbito temporal:** el Reglamento Roma I se aplica a todos los contratos celebrados a partir de 17 de diciembre de 2009 (art. 29).
- **Ámbito material:** el Reglamento Roma I es aplicable a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, excluyendo explícitamente de su ámbito de aplicación las materias fiscal, aduanera y administrativa (art. 1.1), así como otras materias específicas expresamente determinadas⁴².
- **Ámbito personal:** A diferencia del Reglamento Bruselas I Bis, el Reglamento Roma I es un reglamento *erga omnes*, ya que la ley designada por dicho Reglamento se aplicará con independencia de que sea o no la de un Estado miembro (art. 2).

³⁹ Gimeno Ruiz, A., “Teletrabajo y Competencia Judicial Internacional”, *Diario La Ley*, N° 9801, 2021, pp.4-5.

⁴⁰ Sanguinetti Raymond, W, “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, pp. 69-70; Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, pp. 91-92; Martín-Pozuelo López, A., “El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?”, En: Rodríguez-Piñero Royo, M y Todolí Signes, A, *Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 497.

⁴¹ Luis Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González J., “Derecho Internacional Privado. Volumen II.”, *Comares*, Granada, 2017, pp. 950-951.

⁴² Entre otras, el estado civil y la capacidad de las personas físicas; las obligaciones que se deriven de relaciones familiares; las obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales; las obligaciones que se deriven de letras de cambio (art. 1.2 del Reglamento Roma I).

Adicionalmente, un aspecto relevante a considerar es la existencia de una vinculación hermenéutica o coherencia conceptual entre el Reglamento Roma I y el Reglamento Bruselas I Bis⁴³, todo ello con el fin de garantizar la coherencia entre ambos instrumentos normativos. En este sentido, a la hora de interpretar las disposiciones del Reglamento Roma I referentes al contrato individual de trabajo, es preciso considerar las interpretaciones efectuadas sobre las disposiciones del Reglamento Bruselas I Bis vinculadas a dicha materia.

Una vez asentado lo anterior, las reglas de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo están reguladas en el art. 8 del Reglamento Roma I, en virtud del cual se reconoce preferentemente la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable. Ahora bien, dicha autonomía está sometida a un condicionante, esto es, que la elección de la ley aplicable no puede tener por resultado el privar a la persona trabajadora de la protección que le aseguren las disposiciones que se aplican, a falta de elección de la ley por las partes, en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del art. 8 del Reglamento Roma I, y en concreto, la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente o, en su defecto, la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador; y finalmente, si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del lugar habitual de trabajo o del establecimiento que contrató al trabajador, se aplicará la ley de ese otro país.

Al igual que en las disposiciones equivalentes del Reglamento Bruselas I Bis, se suscitan problemas de interpretación en relación con el *locus laboris*, esto es, el lugar habitual de trabajo. A este respecto, resulta interesante examinar las conclusiones del Abogado General sobre el caso Nogueira⁴⁴, en virtud de las

⁴³ Iriarte Ángel, J.L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos”, *op. cit.*, p. 485.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General presentadas el 27 de abril de 2017 en el asunto Noguera, EU:C:2017:312. Disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=190172&doclang=ES> [Consulta: 27 de marzo de 2022] En este caso, la Sra. Nogueira y otros, de diferentes nacionalidades europeas, celebraron sendos contratos de trabajo con Crewlink, que es una empresa domiciliada en Irlanda. Esta empresa ponía los trabajadores contratados a disposición de Ryanair como personal de cabina. Según lo dispuesto en el contrato de trabajo, los aviones del cliente están matriculados en Irlanda y, dado que se ejercían sus tareas en estos aviones, su puesto de trabajo estará situado en Irlanda. Sin embargo, durante el transcurso del procedimiento, se ha puesto de manifiesto que, si bien el contrato de trabajo daba a la empresa la posibilidad de decidir trasladar a la Sra. Nogueira y otros a un aeropuerto distinto, en el presente asunto está acreditado que su única base mientras estuvo al servicio de la empresa irlandesa Crewlink fue el aeropuerto de Charleroi (Bélgica). En segundo lugar, cada uno de los trabajadores comenzaba su jornada de trabajo en el aeropuerto de Charleroi y volvía sistemáticamente a la base al final de cada jornada de trabajo. En tercer lugar, todos se habían visto obligados en algún momento a hacer guardias en el aeropuerto de Charleroi por si era necesario sustituir a algún empleado que no hubiera acudido al trabajo. Por tanto, la cuestión principal de este caso se centra en determinar la

cuales se recogen de manera sistemática los principales indicios pertinentes para identificar el lugar habitual de trabajo, y en concreto, los siguientes:

- Lugar desde el que la persona trabajadora comienza y finaliza su jornada laboral.
- Lugar donde el trabajador recibe instrucciones y organiza su trabajo.
- Lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo utilizadas por el trabajador para la prestación de sus servicios.
- Lugar en el que está obligado a residir el trabajador en virtud del contrato suscrito.
- Lugar en el que la empresa ha puesto a disposición del trabajador una oficina.
- Lugar en el que la persona trabajadora pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo.

Ahora bien, es preciso matizar que los indicios expuestos anteriormente son los que se han utilizado principalmente por la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien no son los únicos, ya que se deberá atender a las circunstancias que concurran en cada caso concreto para identificar el indicio más idóneo a efecto de determinación del lugar habitual de trabajo⁴⁵.

Ciertamente, la determinación de la ley aplicable en el ámbito del teletrabajo transnacional constituye la mayor preocupación de la doctrina científica, ya que una interpretación estricta de las normas contempladas en el Reglamento Roma I conduce a un aumento del riesgo de *dumping social*, pues la determinación de la ley aplicable basada en el lugar habitual de trabajo posibilita a la empresa a aplicar una ley que ofrece menor nivel de protección social que la del país donde se encuentra ubicada la sede empresarial.

Con el fin de combatir contra el problema de *dumping social*, una parte de la doctrina científica ha planteado la necesidad de redefinir la noción de *locus laboris* adaptándola a las particularidades específicas del teletrabajo transnacional, e identificar el lugar real de prestación habitual de los servicios laborales, esto es, el *vero locus laboris*⁴⁶. Para ello, se ha considerado que el lugar habitual de teletrabajo no debe asociarse al lugar donde se encuentra físicamente la persona trabajadora, sino al lugar donde se satisface el interés perseguido por la empresa, y,

competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato internacional de trabajo en base a las circunstancias expuestas anteriormente.

⁴⁵ Iriarte Ángel, J.L., “La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos Europeos”, *op. cit.*, pp. 487-488.

⁴⁶ Sellas i Benvingut, R., “Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, 2000, p. 1133.

por tanto, donde debe entenderse cumplidas las obligaciones principales asumidas por el trabajador. Igualmente, se aprecia la circunstancia de que existe un contacto permanente entre la empresa y la persona teletrabajadora cuando el teletrabajo transnacional se desarrolla de manera interactiva y en tiempo real, de manera que no sólo permite la emisión de instrucciones y el control del cumplimiento de las obligaciones del trabajador, sino también la transmisión inmediata de sus resultados. Siguiendo a este razonamiento, el lugar habitual de trabajo no debe ser el lugar en que permanece la persona trabajadora, sino en el que la prestación de trabajo es dirigida y aprovechada. E incluso, se ha planteado asociar el verdadero lugar de trabajo con el lugar donde se ubica el ordenador central de la empresa desde el que se realiza la misma⁴⁷. En definitiva, todas las anteriores apreciaciones conducen al mismo fin, esto es, la aplicación preferente de la ley del país donde se encuentra ubicada la empresa frente a la ley del lugar en que se encuentra físicamente el teletrabajador.

Sin embargo, esta tesis no ha sido acogida por otra parte de la doctrina científica, ya que supone un forzamiento de la interpretación de las disposiciones recogidas en el Reglamento Roma I que no responde a su fin⁴⁸. En concreto, la redacción del art. 8 del Reglamento Roma I es muy clara, estableciendo que se rige por la ley del Estado a partir del cual la persona trabajadora, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. En este sentido, no resulta relevante el país al que se envían los datos, ni tampoco el país donde radica la empresa que contrata al teletrabajador⁴⁹. Asimismo, es preciso garantizar la coherencia en la interpretación del Reglamento Roma I con Reglamento Bruselas I Bis, por lo que no se puede mantener interpretaciones diferentes para un mismo término, toda vez que ello conduciría a la ineficacia del privilegio de dualidad de foros previstos en el Reglamento Bruselas I Bis⁵⁰. Por su parte, no parece razonable que los trabajadores que prestan sus servicios en un mismo Estado se sometan a legislaciones diferentes, ocasionando un resultado discriminatorio entre los mismos e impidiendo al Estado organizar con efectividad las condiciones de su mercado laboral⁵¹.

Como alternativa a la tesis anterior, otra parte de la doctrina científica ha planteado la posibilidad de acudir a la cláusula de salvaguardia establecida en el art. 8.4 del Reglamento Roma I, en virtud de la cual se permite a los órganos jurisdiccionales no aplicar la ley del lugar donde se desempeña habitualmente el

⁴⁷ Sellas i Benvingut, R., “El régimen jurídico del teletrabajo en España.”, *op. cit.*, pp. 124-125.

⁴⁸ Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *op. cit.*, 2005, p. 119.

⁴⁹ Luis Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González J., “Derecho Internacional Privado. Volumen II.”, *op. cit.*, p. 1287.

⁵⁰ Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 92.

⁵¹ Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op.cit.*, 2001, p.267.

trabajo o la ley del establecimiento donde se contrató al trabajador, sino la ley de otro país cuando el conjunto de las circunstancias del caso pongan de manifiesto que el contrato internacional de trabajo presenta vínculos más estrechos con este otro país. A este respecto, cabe destacar que en la sentencia del caso Schlecker⁵², el Tribunal de Justicia había pronunciado que en el supuesto de que un trabajador realice el trabajo en ejecución del contrato no sólo habitualmente sino también de manera duradera y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar la ley del país en que se realiza habitualmente el trabajo cuando del conjunto de las circunstancias resulte que dicho contrato presenta un vínculo más estrecho con otro país. Asimismo, entre los principales elementos significativos de vinculación, cabe destacar el país en el que la persona trabajadora paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro de enfermedad y/o de incapacidad, así como aquellos otros parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo.

Aplicando al ámbito del teletrabajo transnacional, se puede apreciar que, pese a la distancia existente entre las partes de la relación laboral, esta modalidad de teletrabajo presenta una vinculación más estrecha con el país del establecimiento del que el trabajador depende funcionalmente o donde se espera y manifiesta el resultado productivo, resultando insignificante el lugar físico de realización habitual del trabajo. Con este planteamiento, se pretende alcanzar el mismo resultado que la tesis anterior, esto es, la aplicación al teletrabajo transnacional de aquella legislación que la empresa buscaba evitar⁵³. No obstante, la doctrina científica ha señalado que esta solución puede atentar contra la seguridad jurídica y la certeza interpretativa de la propia ley aplicable, ya que se remite a una cláusula

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de septiembre de 2013, Anton Schlecker contra Melitta Josefa Boedeker, Asunto C-64/12, EU:C:2013:551. Este caso tiene origen en un litigio surgido entre una empresa alemana Schlecker y su trabajadora Sra. Boedeker, residente en Alemania pero que trabajaba en los Países Bajos, en relación con la modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador y del Derecho aplicable al contrato de trabajo. La trabajadora emprendió diversos procedimientos judiciales en los Países Bajos y solicitó la aplicación del Derecho neerlandés como Derecho aplicable a su relación laboral, ya que este último le ofrece un mayor nivel de protección frente al Derecho alemán en materia de modificación unilateral del lugar de trabajo por parte del empleador. Sin embargo, la empresa alemana Schlecker se opuso alegando que el contrato de trabajo presentaba vínculos más estrechos con Alemania (entre otros, el hecho de que la empresa empleadora es una persona jurídica alemana, que la remuneración se pagaba en marcos alemanes -antes de la introducción del euro-, que el seguro de jubilación estaba suscrito ante un asegurador alemán, que la trabajadora había mantenido su domicilio en Alemania donde pagaba sus cotizaciones sociales, que el contrato de trabajo hacía referencia a disposiciones imperativas del Derecho alemán y que el empleador abonaba los gastos de desplazamiento de la trabajadora de Alemania a los Países Bajos), por lo que el Derecho aplicable debería ser el Derecho alemán.

⁵³ Sanguinetti Raymond, W, "Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo", *op. cit.*, p.71.

de escape de naturaleza generalista, abierta e indeterminada, cuya interpretación y aplicación depende en última instancia del criterio judicial⁵⁴.

Finalmente, merece especial atención el planteamiento de Sanguinetti Raymond, en el que se propone la modificación del Reglamento Roma I, introduciendo un nuevo punto de conexión basado en el lugar virtual de trabajo, esto es, el *locus laboris virtual*⁵⁵. De este modo se consigue resolver de forma clara y definitiva el problema de *dumping* social derivado del teletrabajo transnacional, dando una nueva interpretación de la noción del lugar habitual de trabajo adaptada al nuevo contexto tecnológico, y que coincide con el lugar de destino virtual o telemático de la prestación de servicios, lo cual supone la aplicación de la ley del país de la sede de la empresa.

4.3. Reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales internacionales

Con carácter general, se puede apreciar la existencia de una libertad de circulación de las resoluciones judiciales dentro de la Unión Europea, cuyo su reconocimiento y ejecución se rigen por lo dispuesto en los arts. 36 y siguientes del Reglamento Bruselas I Bis. A este respecto, cabe destacar que la principal novedad introducida por el Reglamento Bruselas I Bis ha sido la supresión del exequátur⁵⁶, pues en atención a lo establecido en los arts. 36.1 y 39 del Reglamento, las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva. Ahora bien, conviene matizar que los arts. 45 y siguientes del Reglamento Bruselas I Bis contempla una serie de circunstancias para denegar el reconocimiento y la ejecución de la resolución judicial, las cuales se constituyen como causas europeas de denegación del reconocimiento y ejecución⁵⁷.

⁵⁴ En este mismo sentido, Sanguinetti Raymond, W, “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, p.72; Martín-Pozuelo López, A., “El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol?”, *op. cit.*, p. 491.

⁵⁵ Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *op. cit.*, 2005, pp. 123-124.

⁵⁶ El exequátur es concebido como un procedimiento procesal establecido para transformar la sentencia judicial extranjera en un título ejecutivo en el Estado miembro requerido. La parte interesada sólo podrá instar la ejecución material de la resolución judicial dictada por los tribunales de otro Estado miembro de la Unión Europea una vez que haya obtenido el exequátur en sentido favorable.

Vid. Rodríguez Vázquez, M.A., “Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la Reforma del Reglamento Bruselas I”, Cuadernos de Derecho Transnacional, 2014, p. 334. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1920/913> [Consulta: 27 de marzo de 2022].

⁵⁷ Entre otras, la vulneración del orden público del Estado miembro requerido, la lesión de los derechos de defensa de la parte demandada, así como la inconciliabilidad con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o, en su caso, con una resolución

Sin perjuicio de lo anterior, cuando se trate de resoluciones judiciales dictadas por los órganos jurisdiccionales de los terceros países, el régimen de reconocimiento y ejecución se determinará conforme a los diferentes instrumentos legales internacionales y vigentes en el Derecho nacional. Para el caso de España, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras y provenientes de terceros países se atenderá a lo dispuesto en los diferentes convenios bilaterales celebrados entre España y estos países sobre esta materia. Ante el supuesto de que no resulta aplicable ningún instrumento legal internacional, se aplicarán subsidiariamente las normas de producción interna⁵⁸ para verificar si la sentencia extranjera podrá o no ser reconocida y ejecutada en España.

Ciertamente, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales puede constituir un obstáculo de orden procesal para los trabajadores transnacionales, ya que, pese a que disponga de una resolución judicial dictada a su favor, debe llevar a cabo un conjunto de trámites procesales para que pueda surtir efectos en el Estado miembro requerido, lo cual puede desincentivar el ejercicio de sus derechos ante los tribunales.

5. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL CONTEXTO TRANSNACIONAL

En el ámbito nacional, la negociación colectiva constituye un instrumento primordial para regular las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras, así como garantizar el respeto de sus derechos fundamentales en el seno de la empresa. Sin embargo, cuando se trasciende de las fronteras nacionales, como es el caso del teletrabajo transnacional, resulta conveniente analizar el papel que puede desempeñar la negociación colectiva transnacional como instrumento para la salvaguarda del conjunto de los derechos de los trabajadores a nivel global, así como la mejora de sus condiciones de trabajo.

Como punto de partida, es preciso señalar que no existe un marco legal a nivel internacional y comunitario que regule de manera integral la figura de la negociación colectiva transnacional, debido principalmente a la existencia de un conjunto de elementos impeditivos que dificultan su desarrollo, tales como las diferencias históricas, institucionales, económicas y culturales existentes entre los diferentes países, así como las diferentes estrategias de negociación colectiva

dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido.

⁵⁸ En particular, los artículos 952-954 del Real Decreto de 3 de febrero de 1881 por el que se aprueba el proyecto de reforma de la Ley Enjuiciamiento civil.

de los interlocutores sociales⁵⁹. Sin embargo, existen dos instrumentos que han fomentado la negociación colectiva a nivel europeo y transnacional, y en concreto, los comités de empresa europeos y los acuerdos colectivos transnacionales.

Entre las principales referencias normativas sobre la figura de los comités de empresa europeos, cabe destacar la Directiva 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, así como la ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, modificada por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, como consecuencia de la trasposición de la mencionada Directiva. En estas normas se sientan las bases para la constitución un comité de empresa europeo o el desarrollo de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en cada una de las empresas de dimensión comunitaria⁶⁰ y en cada grupo de empresas de dimensión comunitaria⁶¹.

En cuanto a las competencias del comité de empresa europeo y el alcance del procedimiento de información y consulta a los trabajadores regulado en la Directiva 2009/38/CE, quedan limitadas a las cuestiones transnacionales, entendidas estas últimas como aquellas que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes. Sin perjuicio de la voluntad de las partes y la autonomía colectiva con respecto a las atribuciones específicas del comité de empresa europeo y el procedimiento de información y consulta al mismo, en el Anexo I de la mencionada Directiva se contempla una especificación de lo que se entiende por estas cuestiones transnacionales: la estructura; la situación económica y financiera; la evolución probable de las actividades; la producción y las ventas de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria; la situación y evolución probable del empleo; las inversiones; los cambios sustanciales que afecten a la organización; la introducción de nuevos métodos de trabajo o de nuevos métodos de producción; los traslados

⁵⁹ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, “La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal”, *Informes y Estudios Relaciones Laborales*, 2019, pp.441-442.

⁶⁰ Según la definición contemplada en el art. 2.1. a) de la Directiva 2009/38/CE, se define como empresa de dimensión comunitaria a toda empresa que emplee a 1.000 o más trabajadores en los Estados miembros y, por lo menos en dos Estados miembros diferentes, emplee a 150 o más trabajadores en cada uno de ellos.

⁶¹ De acuerdo con la definición prevista en el art. 2.1. c) de la Directiva 2009/38/CE, se define como grupo de empresas de dimensión comunitaria a todo grupo de empresas que cumpla las siguientes condiciones: que emplee a 1.000 o más trabajadores en los Estados Miembros; que comprenda al menos dos empresas miembros del grupo en Estados miembros diferentes y que al menos una empresa del grupo emplee a 150 o más trabajadores en un Estado miembro y al menos otra de las empresas del grupo emplee a 150 o más trabajadores en otro Estado miembro.

de producción; las fusiones; la reducción del tamaño o el cierre de empresas, de establecimientos o de partes importantes de estos; y los despidos colectivos.

Por consiguiente, se puede apreciar que la obligación emanada tanto de la Directiva comunitaria como de la norma nacional de transposición contribuye positivamente a reforzar el derecho de los trabajadores o de sus representantes a que se les garantice la información y consulta en las empresas de dimensión transnacional, lo que a su vez contribuye a la extensión voluntaria de la representación de los trabajadores a las filiales no europeas a través de la creación de empresas mundiales⁶². Igualmente, la existencia de los comités de empresa europeos puede favorecer el desarrollo de buenas prácticas de negociación colectiva a nivel transnacional. Sin embargo, es preciso destacar que las normativas mencionadas anteriormente no reconocen en absoluto facultades de negociación a los comités de empresa europeos, sino tan sólo los derechos de información y consulta de las personas trabajadoras en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, lo cual hace que el papel de la negociación colectiva transnacional quede constreñida a una mera concertación y diálogo social⁶³.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que los comités de empresa europeos han actuado como fuerza motriz de la negociación colectiva de los llamados acuerdos colectivos transnacionales, que son aquellos acuerdos voluntarios firmados entre la dirección de una empresa multinacional y uno o más representantes de los trabajadores, a través de los cuales se gobiernan las relaciones laborales de carácter transnacional. Asimismo, cabe destacar que estos acuerdos están dotados de la eficacia jurídica propia del contrato que tiene fuerza de ley entre las partes. Por su parte, existe una tendencia creciente de que los acuerdos colectivos transnacionales dejan de ser meras declaraciones de intenciones, sino de manera progresiva se convierten en un instrumento negocial propio de la negociación colectiva transnacional y dotado de una serie de procedimientos y mecanismos de control, seguimiento y verificación en su implementación.⁶⁴

Finalmente, es preciso resaltar que el desarrollo de negociación colectiva a nivel transnacional y comunitario se encuentra con un fuerte obstáculo, esto es, el derecho a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que garantiza la movilidad de las empresas en toda la Unión Europea. En este sentido, la doctrina jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

⁶² Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, “La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal”, *op.cit.*, pp. 444-445.

⁶³ Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, p. 271.

⁶⁴ Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, “La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal”, *op.cit.*, pp. 444-455.

en las sentencias de los casos *Laval*⁶⁵ y *Viking*⁶⁶, ha puesto de manifiesto que la libertad de prestación de servicios del Derecho Comunitario ha prevalecido sobre el derecho a la negociación colectiva y a adoptar medidas de conflicto colectivo de

⁶⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet*, Asunto C-341/05, EU:C:2007:809. El litigio del presente caso se deriva que una sociedad letona Laval había desplazado a Suecia a unos treinta y cinco trabajadores para la construcción de un nuevo centro escolar en dicho territorio. En este contexto, se iniciaron las negociaciones para la adhesión de Laval al convenio colectivo de la construcción de Suecia. Dicha adhesión supone para los empresarios, incluidos los que desplazan trabajadores a Suecia, la obligación de cumplir todas las cláusulas de dicho convenio, si bien algunas normas se aplican caso por caso, en función, especialmente, de la naturaleza de la obra y del modo en que se realicen los trabajos. Adicionalmente, la adhesión al convenio colectivo de la construcción también conlleva para la empresa la aceptación de varias obligaciones de carácter pecuniario. Ante el fracaso de las negociaciones, las organizaciones sindicales pusieron en práctica una medida de conflicto colectivo contra la empresa Laval, consistente en el bloqueo de las obras a través de impedir la entrega de mercancías en el lugar de las obras, así como un boicot de todas las obras emprendidas por dicha empresa en Suecia. En este contexto, la empresa Laval presentó una demanda contra las organizaciones sindicales suecas por las medidas de conflicto colectivo adoptadas. En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha pronunciado que, según jurisprudencia reiterada, la libre prestación de servicios implica, en especial, la eliminación de cualquier discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad o por el hecho de que esté establecido en un Estado miembro diferente de aquel en el que debe ejecutarse la prestación, salvo que la discriminación esté justificada por razones de orden público y de seguridad y salud públicas. Ahora bien, las medidas de conflicto colectivo no están justificadas al no responder a una razón de orden público, de seguridad pública o de salud pública, y en consecuencia, constituyen una discriminación hacia los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro diferente de aquel en el que debe ejecutarse la prestación.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti*, Asunto C-438/05, EU:C:2007:772. En este caso, el litigio surge entre una sociedad finlandesa Viking (empresa dedicada al transporte con los transbordadores y que explota siete buques) y el sindicato finlandés FSU debido al interés de la primera de cambiar su pabellón registrándolo en Estonia o en Noruega para poder celebrar un nuevo convenio colectivo con un sindicato establecido en uno de esos Estados, y de esta manera, conseguir pagar unos salarios inferiores a los que perciben las tripulaciones finlandesas. Sin embargo, el sindicato finlandés FSU se opuso radicalmente a esta propuesta justificando su postura con la necesidad de proteger los empleos finlandeses. Para reforzar su postura de negociación, el sindicato finlandés FSU anunció una medida de conflicto colectivo de huelga. Ante esta situación, la empresa Viking demandó a las organizaciones sindicales por vulneración de su derecho a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. A este respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que las medidas de conflicto colectivo que tienen como finalidad conseguir que una empresa privada cuyo domicilio social se encuentra situado en un Estado miembro determinado celebre un convenio colectivo de trabajo con un sindicato establecido en ese Estado y aplique las cláusulas previstas por ese convenio a los trabajadores asalariados de una filial de dicha empresa establecida en otro Estado miembro, si constituyen restricciones a la libertad de establecimiento, salvo que estén justificadas por la protección de una razón imperiosa de interés general, como la protección de los trabajadores, siempre y cuando se compruebe que son adecuadas para garantizar la realización del objetivo legítimo perseguido y que no van más allá de lo necesario para lograr este objetivo.

las personas trabajadoras a nivel transnacional. Por consiguiente, todo ello conduce a que la autonomía colectiva a nivel transnacional quede en un segundo plano en el contexto de las relaciones laborales transnacionales⁶⁷.

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES DE *LEGE FERENDA*

En el contexto de la globalización actual, el mercado laboral ha experimentado grandes transformaciones que ha dado lugar a cambios significativos en la organización del proceso de trabajo. Una de las manifestaciones más claras de estos cambios radica en la flexibilización de las formas de empleo, lo que a su vez ha propiciado la aparición del teletrabajo transnacional.

Aunque las empresas no consideran el teletrabajo transnacional como una estrategia de abaratamiento de los costes laborales, sino una estrategia organizacional transnacional, de “ajustes de costes” de acuerdo con sus necesidades⁶⁸ y/o una estrategia de gestión de talento internacional⁶⁹, lo cierto es que constituye un mecanismo por excelencia de *dumping* social, cuyo fin primordial que se persigue con el desarrollo e implementación de esta modalidad de teletrabajo consiste en la obtención de ventajas competitivas a partir del aprovechamiento de las diferencias salariales entre los trabajadores de diferentes países y de la disparidad de cargas sociales existentes entre unas naciones y otras⁷⁰. De hecho, cuando se encontraba en tramitación la nueva ley de trabajo a distancia, el presidente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), Antonio Garamendi, advirtió que en caso de que la nueva ley de trabajo a distancia lo haga poco favorable para las empresas, estas últimas terminarán contratando a teletrabajadores situados en el extranjero⁷¹. De ahí se infiere la verdadera intención de las empresas a la hora de adoptar el teletrabajo transnacional. Por su parte, con la creciente expansión del nuevo fenómeno *Crowdsourcing* a través de plataformas digitales de trabajo, las empresas pueden obligar a las personas teletrabajadoras a declarar su condición de autónomo, a someterse a una determinada jurisdicción y ley aplicable que resulten favorable para los empleadores, así como a aceptar unas condiciones retributivas

⁶⁷ Correa Carrasco, M., “La negociación colectiva transnacional como instrumento de gobernanza mundial del trabajo del futuro”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, p. 77.

⁶⁸ De Juan Juan, A. y Caballero Savorido, J.M., “Tendencias estratégicas en la dirección internacional de personas: teletrabajo, brecha salarial, big data y nuevos roles”, *Respuestas Memento Francis Lefebvre*, 2022, pp. 118-119.

⁶⁹ En concreto, el acceso a perfiles profesionales altamente cualificados y escasos en el mercado, pero sin intención de desplazarse para trabajar en el país donde se encuentra ubicada la sede de la empresa.

⁷⁰ Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, p. 263.

⁷¹ Noticia de Expansión del día 26 de junio de 2020, “Garamendi advierte de las consecuencias de hacer “poco atractivo” el teletrabajo con la nueva ley”, Disponible en: <https://www.expansion.com/economia/2020/06/26/5ef5bfd3468aeb0a1e8b4596.html> [Consulta: 30 de marzo de 2022]

inferiores a lo que marca la legislación laboral. En definitiva, todo ello ha supuesto la conversión del teletrabajo transnacional en un trabajo precario, entendido este último como aquella forma de empleo que no cumplen las normas y leyes nacionales e internacionales o que no ofrecen recursos suficientes para una vida digna o una protección social adecuada de las personas trabajadoras⁷².

Desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, se carece de una normativa específica comunitaria que regule las cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable, así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia laboral, ya que esta regulación queda actualmente bajo el manto de las normas de Derecho Internacional Privado establecidas en materia civil y mercantil. Asimismo, y centrándose en el contenido de las disposiciones aplicables, se puede apreciar que existe una desalineación de objetivos entre las normas de atribución de la competencia judicial internacional y las de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo, pues las primeras tienen un afán de proteger a las personas trabajadoras por ser la parte más débil de un contrato internacional de trabajo, de manera que se les ofrece una dualidad de foros previstos en el Reglamento Bruselas I Bis; mientras que las segundas no persiguen la aplicación de ley más favorable a los trabajadores, sino tan solo de impedir la imposición unilateral por parte de la empresa de una ley aplicable al contrato internacional de trabajo que puedan perjudicar los derechos de los trabajadores consagrados en las normas imperativas de la *Lex Loci Laboris*. Como resultado, puede dar lugar a soluciones jurídicas incoherentes, de modo que un órgano jurisdiccional de un Estado con competencia judicial internacional en virtud del Reglamento Bruselas I Bis tenga que aplicar una ley extranjera *ex. art. 8* del Reglamento Roma I.

Por su parte, una vez analizado el panorama actual de la negociación colectiva en el contexto transnacional, se puede apreciar la existencia de debilidades manifiestas en cuanto a su eficacia y efectividad, toda vez que los comités de empresa europeos, como órganos de representación de los trabajadores que se crean en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, carecen de facultades de negociación y su ámbito de actuación queda reducido a un mero derecho de información y consulta sobre las cuestiones transnacionales, lo que se traduce en una inoperancia de la negociación colectiva para regular las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras transnacionales, evitando los fenómenos de *dumping* social entre los diferentes Estados, así como garantizar el respeto de sus derechos fundamentales en el seno de las empresas multinacionales.

Conscientes de los efectos de la globalización y las repercusiones que suponen las prácticas del *dumping* social, las diferentes instituciones y organizaciones

⁷² Jiménez García, M., “Tres caras de la precariedad laboral. Un estudio económico, social y criminológico.”, *Dykinson*, 2020, p.20.

internacionales han contemplado un conjunto de medidas e iniciativas orientadas a evitar la expansión de estos fenómenos, entre las cuales destacan las siguientes:

- La Organización Internacional del Trabajo había adoptado por unanimidad una Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa en el pasado día 10 de junio de 2008, en virtud de la cual se establece la necesidad de adoptar y ampliar las medidas de protección social, con especial hincapié en la ampliación de la seguridad social a todas las personas trabajadoras, incluyendo medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; el establecimiento de condiciones de trabajo saludables y seguras, así como las medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todas las personas trabajadoras una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección.
- En el informe sobre el *dumping* social en la Unión Europea, emitido por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo, se contempla una serie de medidas para la lucha contra el fenómeno de *dumping* social, entre las cuales destaca el reforzamiento de los controles e inspecciones de trabajo y la coordinación y cooperación entre los Estados miembros para el intercambio de información y datos, la puesta en marcha de una plataforma europea contra el trabajo no declarado a fin de prevenir e desincentivar la realización del trabajo no declarado, la extensión de la responsabilidad solidaria a toda la cadena de subcontratación, así como la regulación de la economía digital y colaborativa a fin de garantizar una competencia leal y la protección de los derechos de las personas trabajadoras.

Sin perjuicio de lo anterior, en el contexto de la transnacionalización del empleo, todavía queda un largo recorrido para hacerlas efectiva, pues según el reciente informe de la Organización Internacional del Trabajo⁷³, se pone de manifiesto la existencia de importantes lagunas en la protección social de las personas teletrabajadoras. En este sentido, conviene llevar a cabo algunas propuestas y/o reflexiones *lege ferenda* sobre la legislación vigente a fin de prevenir los casos de abusos y combatir contra las consecuencias indeseables del *dumping* social, así como salvaguardar los derechos e intereses de los teletrabajadores transnacionales, destacando las siguientes:

1. Establecimiento de una normativa comunitaria integral que regule las normas específicas de Derecho Internacional Privado aplicables en materia laboral, y

⁷³ Organización Internacional del Trabajo, “El trabajo a domicilio. De la invisibilidad al trabajo decente.”, *Oficina Internacional del Trabajo*, 2021, p. 12. Disponible en: <https://>

en su defecto, la alineación de las disposiciones del Reglamento Roma I con los foros especiales de protección contemplados en el Reglamento Bruselas I Bis: Dada la complejidad y relevancia de los litigios laborales internacionales, y con el fin de dotar de una coherencia estructural a las normas de Derecho Internacional Privado en esta materia, así como alcanzar una mayor seguridad jurídica, se propone establecer una normativa comunitaria integral que regule de manera uniforme en todo el territorio de la Unión las cuestiones relativas a la determinación de la competencia judicial internacional y ley aplicable, así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia laboral.

En defecto de lo anterior, se propone modificar las reglas de determinación de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo establecidas en el Reglamento Roma I asegurando la alineación con las normas de atribución de la competencia judicial internacional en virtud del Reglamento Bruselas I Bis, de manera que si la persona trabajadora decida interponer la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado en el que esté domiciliada la empresa, se aplique la ley del país de la sede de la empresa; mientras que, para el caso de que el trabajador decida presentar la demanda ante los órganos jurisdiccionales del lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo, se aplique la ley del país del lugar habitual de ejecución del trabajo.

De este modo, se garantiza la consistencia y coherencia de las soluciones jurídicas derivadas de la aplicación de las normas del Derecho Internacional Privado sobre los contratos internacionales de trabajo. Igualmente, se consigue potenciar la posición jurídica de los trabajadores transnacionales frente a la empresa, ya que los mismos gozan de privilegios de elección, tanto de los foros de competencia judicial internacional como de las leyes aplicables. Por su parte, al juez nacional le resultaría más fácil aplicar la legislación laboral nacional que una ley extranjera que la desconoce, por lo que se podrá alcanzar una solución judicial más exacta a la controversia que le sea planteada.

Ahora bien, esta propuesta también adolece de inconvenientes, como puede ser la falta de previsibilidad de los foros y de la ley aplicable a los contratos internacionales de trabajo, al depender su determinación de la discrecionalidad de las personas trabajadoras. No obstante, el objetivo último de las normas es evitar las prácticas abusivas por parte de las empresas y proteger a la parte más débil de un contrato internacional de trabajo, por lo que, en el fondo, este régimen propuesto tiene un carácter disuasorio.

2. Creación y desarrollo de una nueva normativa comunitaria para la protección de los teletrabajadores transnacionales, de forma análoga a la Directiva 96/71/CE

www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_765806.pdf [Consulta: 20 de marzo de 2022].

sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios y a la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios:

Se considera oportuna la creación y desarrollo de una nueva normativa comunitaria análoga a la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicio, en la que se establezcan las condiciones mínimas de trabajo y empleo a aplicar a los teletrabajadores transnacionales, entre las cuales destacan el tiempo máximo de trabajo; el tiempo mínimo de descanso y el derecho a la desconexión digital; las cuantías de salario mínimo; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; así como la igualdad de trato y no discriminación⁷⁴.

Igualmente, se propone que en esta nueva normativa se incluyan disposiciones análogas a las contempladas en la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, a fin de garantizar el cumplimiento normativo y reforzar el control administrativo y laboral para combatir contra abusos, elusiones y fraudes, sobre todo en aquellas situaciones en que los teletrabajadores transnacionales tengan dificultades para hacer valer sus derechos.

3. Atribución de mayores competencias a los comités de empresa europeos:

Se propone ampliar el espectro de competencias de los comités de empresa europeos, de manera que se les atribuyan facultades de negociación del régimen de teletrabajo transnacional en las empresas multinacionales y se les reconozcan facultades de vigilancia y control sobre la prestación de servicios bajo esta modalidad de trabajo. De este modo, se consigue convertir a la negociación colectiva internacional en un instrumento indispensable en la gestión y el desarrollo del teletrabajo transnacional.

3. Incorporación de normas reguladoras del teletrabajo transnacional en los acuerdos colectivos transnacionales y, en su defecto, el fomento de la autorregulación empresarial:

Se propone regular los aspectos esenciales de la regulación del teletrabajo transnacional en los acuerdos colectivos transnacionales adoptados en el marco de la negociación colectiva a nivel transnacional, todo ello con el fin de combatir el fenómeno del *dumping social* y salarial, y evitar que las empresas deslocalicen ciertas actividades del proceso productivo hacia abajo costes laborales en otros países con menores derechos sociales.

⁷⁴ En este mismo sentido se posicionan los autores Sanguinetti Raymond y Sierra Benítez. Vid. Sanguinetti Raymond, W, “El derecho del trabajo frente al desafío de la transnacionalización del empleo: teletrabajo, nuevas tecnologías y dumping social”, *op. cit.*, p. 122 y Sierra Benítez, E.M, “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, p. 95.

En su defecto, se propone impulsar la adopción de normas de asunción voluntaria por parte de las empresas transnacionales, tales como los códigos éticos, los códigos de conducta y las políticas de responsabilidad social corporativa, a través de las cuales se asientan las condiciones mínimas de trabajo bajo la modalidad de teletrabajo transnacional⁷⁵. Asimismo, tal y como señala Thibault Aranda, “en un terreno tan difícilmente transitado como el de las relaciones laborales internacionales, cualquier auxilio, por elemental que sea, debe ser bienvenido.”⁷⁶

En definitiva, nos enfrentamos al reto importante de construir un nuevo derecho transnacional de trabajo para regular nuevas formas de trabajo que trascienden de las fronteras nacionales, como es el caso del teletrabajo transnacional, cuyo logro está supeditado a la convergencia de un amplio número de mecanismos reguladores de orígenes y naturalezas muy diversas, ya sea pública o privada, internacional o nacional, imperativa o voluntaria, unilateral o concertada, todo ello con el fin de paliar los desequilibrios sociales generados por la globalización⁷⁷.

⁷⁵ En este mismo sentido se posicionan los autores Thibault Aranda, Sanguinetti Raymond y Sierra Benítez. Vid. Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, pp. 270-271; Sanguinetti Raymond, W., “Teletrabajo y globalización: En busca de respuestas al desafío de la transnacionalización del empleo”, *op. cit.*, pp. 92-94; y Sierra Benítez, E.M., “El contenido de la relación laboral en el teletrabajo”, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁷⁶ Thibault Aranda, J., “El teletrabajo. Análisis jurídico-laboral”, *op. cit.*, p. 271.

⁷⁷ Sanguinetti Raymond, W., “La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor”, *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2021, pp.122-123.

Informes y Documentos

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA EN 2021

La situación provocada por la crisis sanitaria originada por la pandemia COVID 19 ha determinado en nuestra Comunidad Autónoma, al igual que en el conjunto del Estado, una paralización de la negociación colectiva, tanto a nivel de empresa como de sector. Durante el primer semestre de 2021 la paralización de las mesas de negociación afectó sobre todo a los ratios globales de convenios con vigencia expresa, con una cifra inferior a los años anteriores. No obstante, en el segundo semestre se ha percibido una reactivación si atendemos a la cifra de convenios originarios en 2021, es decir, los firmados en ese año, superior al año anterior en las mismas fechas, pero igualmente más bajo que los años 2017, 2018 y 2019. Asimismo, los incrementos salariales de los convenios con vigencia expresa se situaron en 2021 en el 1,31%, siendo la cifra más baja de los últimos años. No obstante, la firma de los últimos convenios del año hizo que la media salarial de los convenios firmados en 2021 (convenios originarios) se situara en el 1,48%. Si avanzamos en el análisis de la afectación personal de estos incrementos medios, podemos observar que el 28 % de los trabajadores bajo convenio en vigencia expresa tuvo incrementos inferiores al 1%, el 41,3% tuvo incrementos entre el 1% y el 2%, el 30,2% de trabajadores tuvo incrementos entre el 2% y el 3%, el resto (0,5%) tuvo incrementos superiores al 3%.

En cualquier caso estos incrementos pactados quedaron por debajo del IPC del 6,5% registrado a final del año, que supone el dato interanual de diciembre más elevado desde mayo de 1992, y que ha situado la inflación media de 2021 en el entorno del 3%. En este sentido cabe resaltar que el 21% de los convenios con vigencia expresa contiene cláusula de garantía salarial referenciada al IPC, no obstante, dichos convenios dan cobertura al 55% de los trabajadores afectados por convenios pactados en Andalucía. Si centramos el análisis en los convenios pactados en 2021 la cifra trabajadores bajo cobertura de convenio con cláusula de garantía salarial se sitúa en el 28% de los trabajadores.

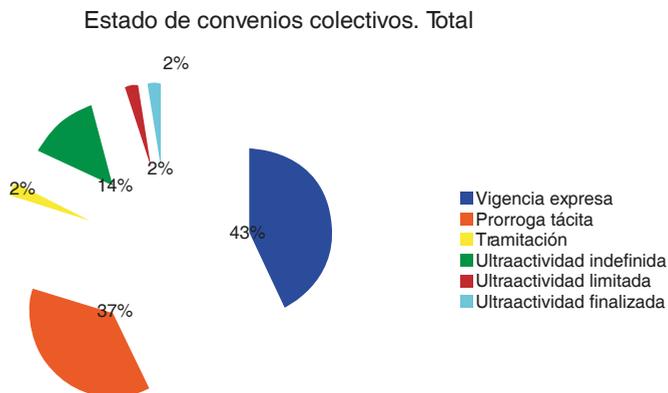
A 31 de diciembre de 2021 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanzó la cifra de 1.507 con una afectación de 1.485.806 de personas trabajadoras y 296.817 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo.

Atendiendo a la diversa situación jurídica en la que se encontraba el convenio colectivo a final de año, y aplicando la legislación anterior al 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; a efectos estadísticos, podemos clasificar los convenios colectivos en convenios colectivos en vigencia expresa (convenios que se encuentran dentro de la vigencia expresada en el convenio- a su vez a efectos estadísticos los diferenciamos en primeros

convenios, convenios originarios y convenios revisados), convenios colectivos en prórroga tácita (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada pero que al no ser denunciados se prorrogan de año en año automáticamente), convenios colectivos en ultraactividad indefinida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta la firma del siguiente convenio), convenios colectivos en ultraactividad limitada (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y se encuentran en ultraactividad hasta una fecha determinada, normalmente un año desde la denuncia) y convenios colectivos con ultraactividad vencida (convenios que han finalizado su vigencia inicial pactada, han sido denunciados y su ultraactividad ha traspasado su fecha de finalización, jurídicamente habrían decaído y se aplicaría el convenio superior si lo hubiese).

Con estas premisas el número de convenios colectivos en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita ascendió a 1201 convenios colectivos que dieron cobertura a 226.412 empresas y 1.004.277 trabajadores. Junto a ellos, 235 convenios más se encontraban en ultraactividad (55.823 empresas y 359.350 trabajadores) y por tanto habrían de haberse negociado en 2021, 34 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. 37 convenios colectivos habrían finalizado su ultraactividad durante 2021, de ellos 9 de sector, aunque en la práctica continuaron aplicándose.

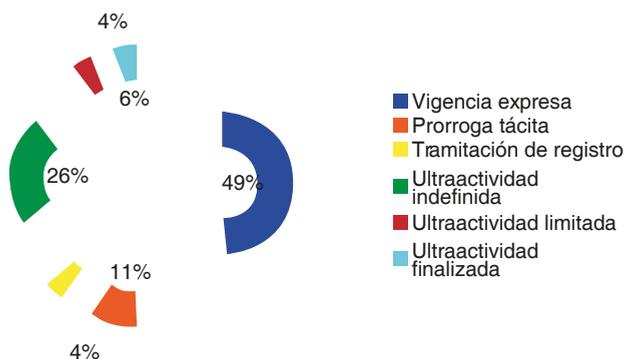
Porcentualmente, el 43% de convenios estaba en vigencia expresa, el 37% en vigencia prorrogada tácitamente. El 14% de los convenios estaba en ultraactividad indefinida, el 2% estaba en ultraactividad limitada, un 2% habría finalizado su ultraactividad en 2021, el resto se encontraba en tramitación ante la Autoridad Laboral.



Atendiendo al ámbito funcional de los convenios colectivos se distinguen convenios colectivos de sector y convenios colectivos de empresa. De forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. Sin embargo, esta situación se altera drásticamente si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación, ya que resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa. Estos convenios por tanto tienen un papel fundamental en orden a asegurar la mayor cobertura posible de empresas y personas trabajadoras. Dada la importancia cualitativa de estos convenios colectivos de sector, resulta pertinente realizar un análisis específico de los mismos.

El número de convenios colectivos de sector en nuestra comunidad en vigencia expresa o prórroga tácita a 31 de diciembre ascendió a 93 convenios colectivos dando cobertura a 225.304 empresas y 873.575 trabajadores. Junto a ellos, 47 convenios más se encontraban en ultraactividad (55.635 empresas y 326.516 trabajadores) y por tanto habrían de haberse negociado en 2021, 7 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. En los últimos meses del año se firmaron más de 25 convenios de sector.

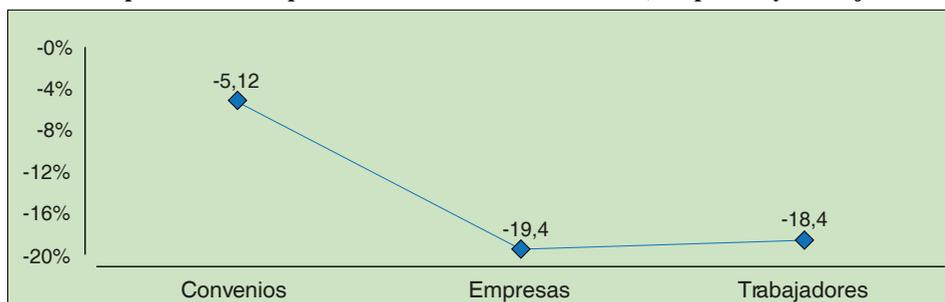
Estado de convenios colectivos sector



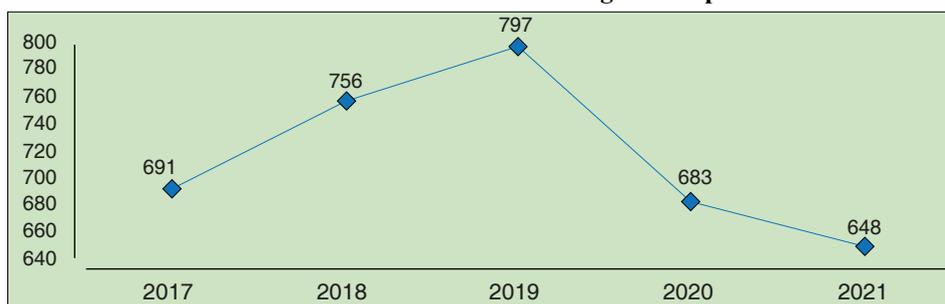
Porcentualmente, el 49% de convenios está en vigencia expresa, el 11% en vigencia prorrogada tácitamente. El 26% de los convenios está en ultraactividad indefinida, el 4% en ultraactividad limitada, el 6% en ultraactividad finalizada. El resto está en tramitación ante la Autoridad Laboral.

Si centramos el análisis en los 648 convenios con vigencia expresa podemos observar que son inferiores a los años anteriores.

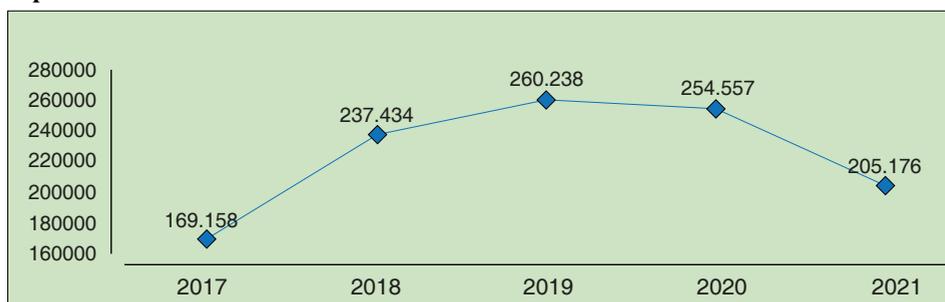
Variación porcentual respecto a año anterior. Convenios, empresas y trabajadores



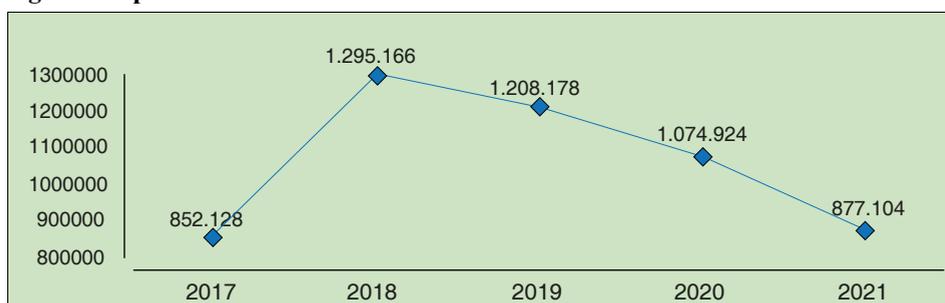
Evolución del número de convenios colectivos con vigencia expresa



Evolución del número de empresas acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

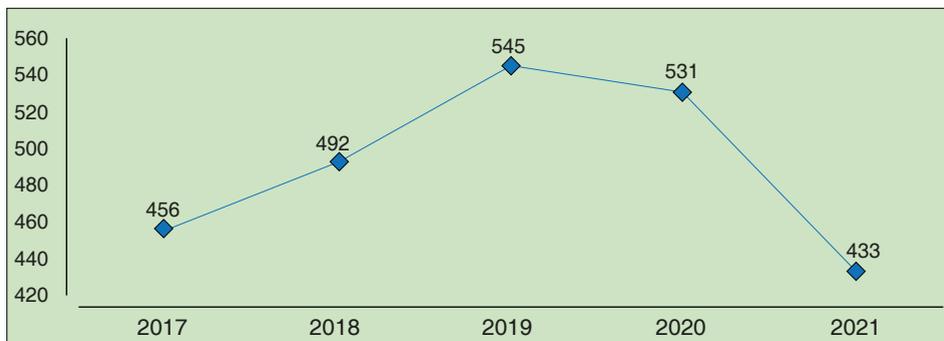


Evolución del número de personas trabajadoras acogidas a convenios colectivos con vigencia expresa

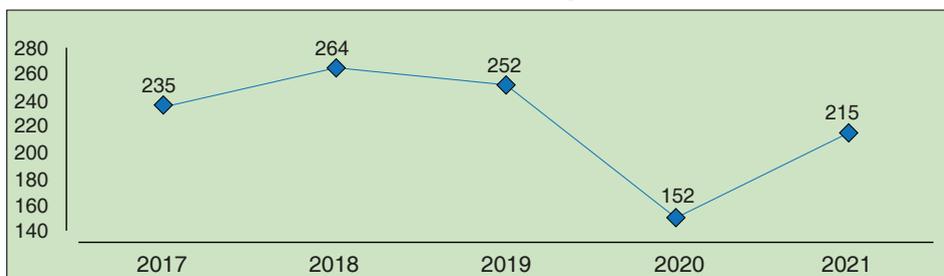


El descenso del número de convenios colectivos con vigencia expresa no es igual en todas las dimensiones de análisis pues se observa un repunte de la actividad negociadora (convenios originarios, y primeros convenios).

Evolución del número de convenios colectivos revisados

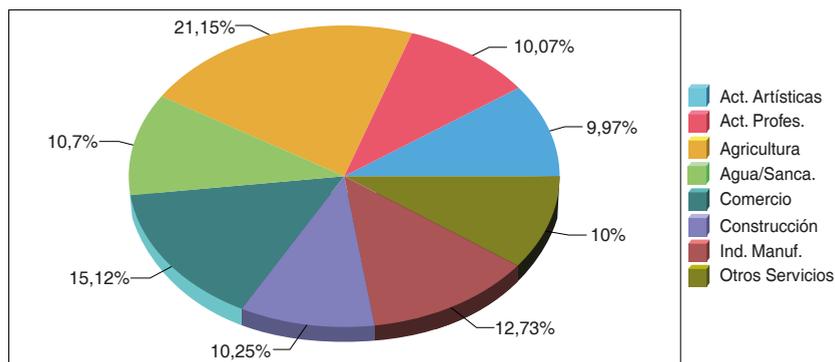


Evolución del número de convenios colectivos originarios



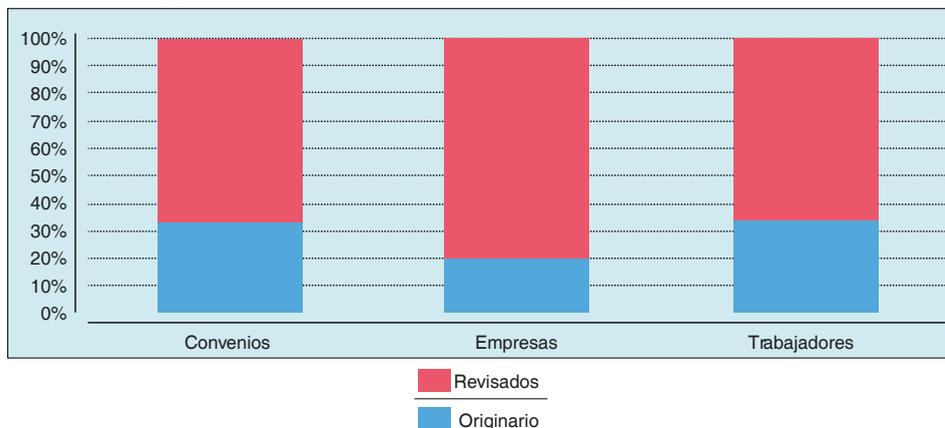
Atendiendo al tipo de actividad económica y al número de trabajadores que acogen, los convenios con vigencia expresa más significativos de la Comunidad Autónoma andaluza son los del sector de comercio.

Convenios de sectores más significativos (nº de trabajadores)

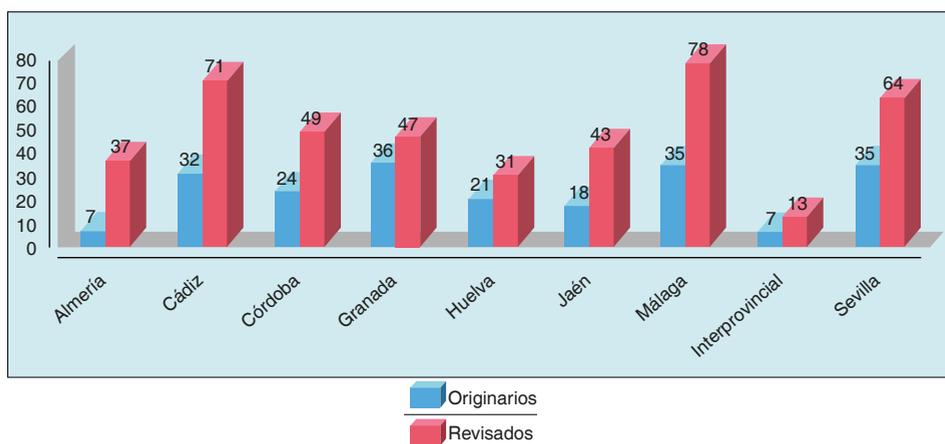


De los 648 convenios colectivos con vigencia expresa, el 33,17% (215 convenios colectivos) fueron originarios del año 2021, el resto revisados.

Convenios originarios-Convenios Revisados. Porcentajes de afectación



Convenios Originarios - Convenios Revisados. Distribución Provincial



Si dentro de los convenios originarios, circunscribimos el análisis a los primeros convenios, vemos como se recibieron un total de 69.

Convenios Originarios / Primeros Convenios

Ámbito geogr.	Convenios OriginariosP			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.T	rab.	Nº	Empr.T	rab.
Almería	7	1.055	29.773	3	3	850
Cádiz	32	13.033	63.268	11	11	464
Córdoba	24	14.853	94.069	4	4	232
Granada	36	3.254	25.562	18	18	1.774
Huelva	21	656	8.793	7	7	202
Jaén	18	2.875	28.716	7	7	245
Málaga	35	1.844	20.750	8	8	250
Interprovincial	7	7	1.694	3	3	635
Sevilla	35	2.371	20.796	8	8	551
Total	215	39.948	293.421	69	69	5.203

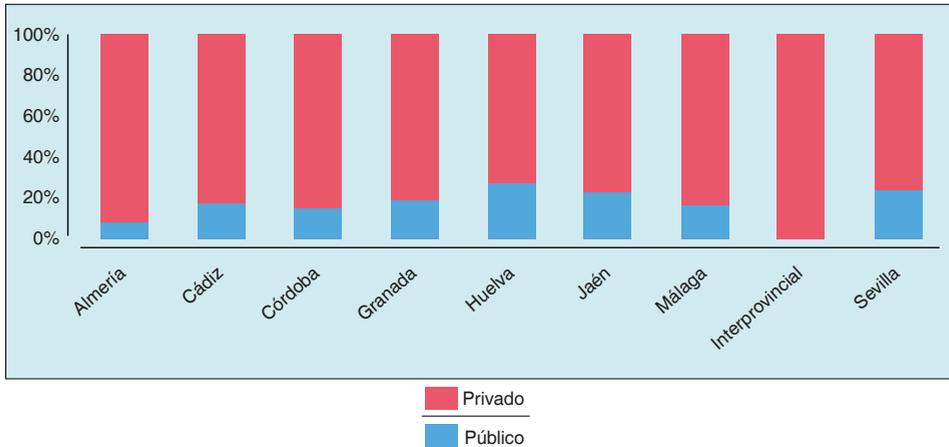
Convenios de sector y de empresa

Desde un punto de vista funcional, examinando la distribución de la actividad negociadora entre convenios de empresas y de sector, se observa que, de forma similar a lo que sucede en el resto del Estado, en la negociación colectiva andaluza es clara la supremacía numérica de los convenios de empresa. De esta forma, de los 648 convenios con vigencia expresa, 572 eran de empresa, y 76 eran convenios de sector. Sin embargo, si se analizan estos mismos datos desde la perspectiva del grado de afectación personal, resulta patente la primacía de los convenios sectoriales respecto de los de empresa, el 93% de personas trabajadoras y el 99% de las empresas bajo cobertura de convenios con vigencia expresa, lo estaban bajo la cobertura de convenios colectivos de sector. La situación descrita es una pauta que se reitera en todas las provincias andaluzas.

Convenios vigencia expresa sector/empresa

Ámbito geogr.	Convenios OriginariosP			Primeros Convenios		
	Nº	Empr.T	rab.	Nº	Empr.T	rab.
Almería	5	3.170	39.650	39	39	4.193
Cádiz	7	18.806	100.942	96	96	7.036
Córdoba	9	17.921	111.300	64	64	9.010
Granada	8	9.328	44.766	75	75	6.532
Huelva	12	2.313	24.610	49	40	6.584
Jaén	11	58.913	138.840	50	50	6.816
Málaga	9	66.956	181.315	104	104	12.680
Interprovincial	2	230	4.000	18	18	4.885
Sevilla	13	26.967	163.715	86	86	10.230
Total	76	204.604	809.138	572	572	67.966

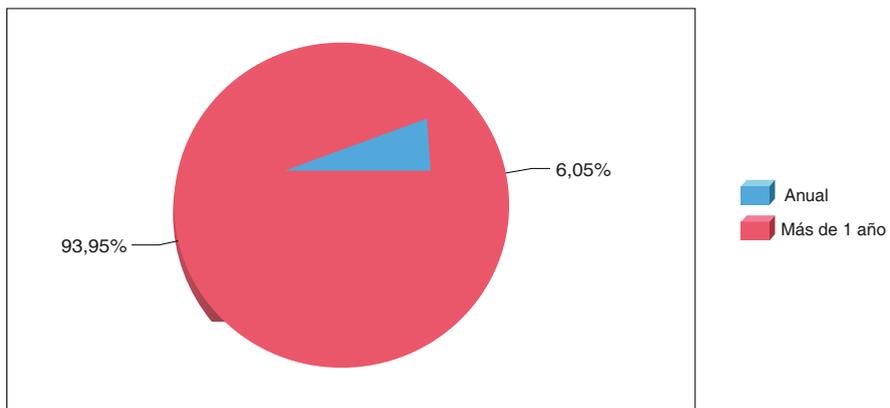
Convenios vigencia expresa de empresa. Porcentajes provinciales según ámbito público/privado



Período de vigencia

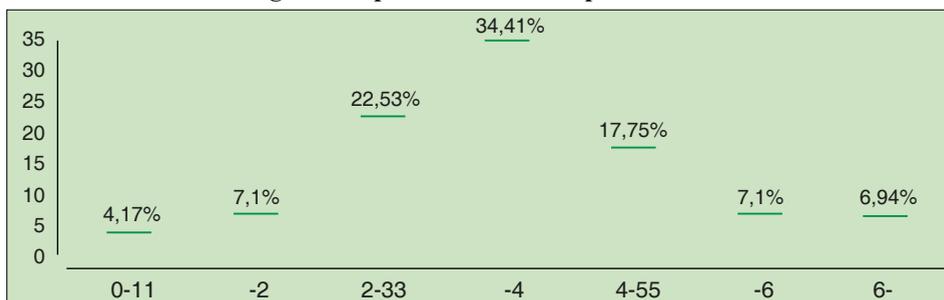
Por lo que se refiere al periodo de vigencia determinado en los convenios en el momento de su suscripción, sigue constatándose un fuerte predominio de aquellos que se han pactado por un periodo de duración superior al año, frente a los que se han ultimado con una vigencia de carácter anual.

Convenios originarios anuales/supraanuales



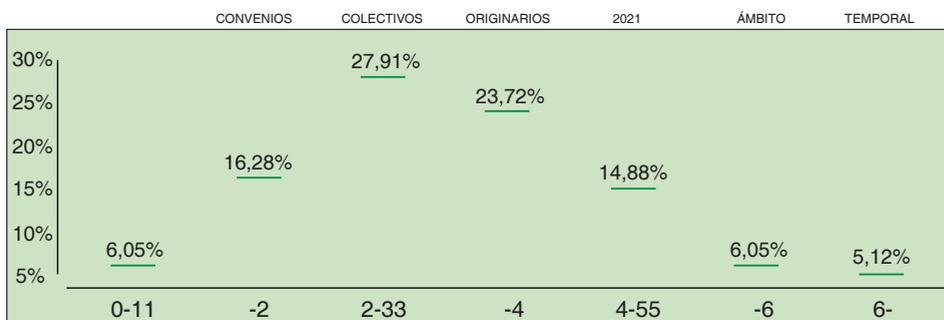
Son mayoritarios los convenios que fijan un periodo de hasta 4 años de vigencia, suponiendo el 34,41% del total de los convenios con vigencia expresa en Andalucía.

Convenios colectivos vigencia expresa. **Ámbito temporal**



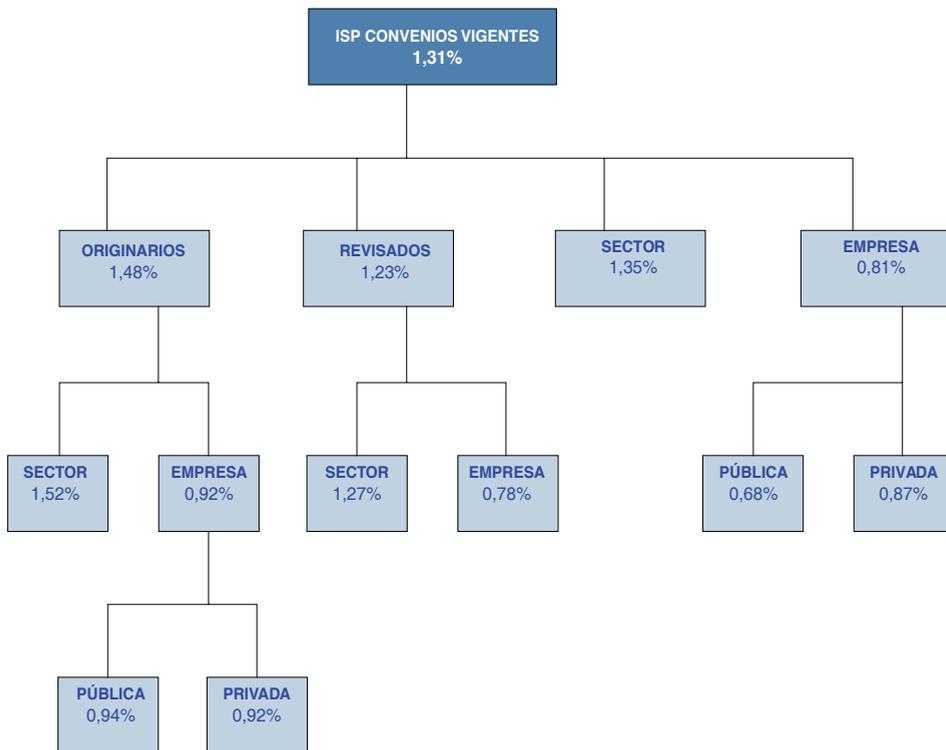
Si centramos el análisis de las vigencias en los convenios originarios del año 2021 vemos como la tendencia hacia convenios de duración hasta tres años supera a la de cuatro años.

Convenios colectivos originarios 2021. **Ámbito temporal**



Por otra parte el análisis de estos convenios colectivos con vigencia expresa nos permite conocer cuál es el incremento salarial ponderado pactado (ISP) en estos convenios, así como cuál es la jornada anualizada ponderada.

El ISP se situó en el 1,31%, si bien los convenios originarios establecieron un ISP del 1,48%.

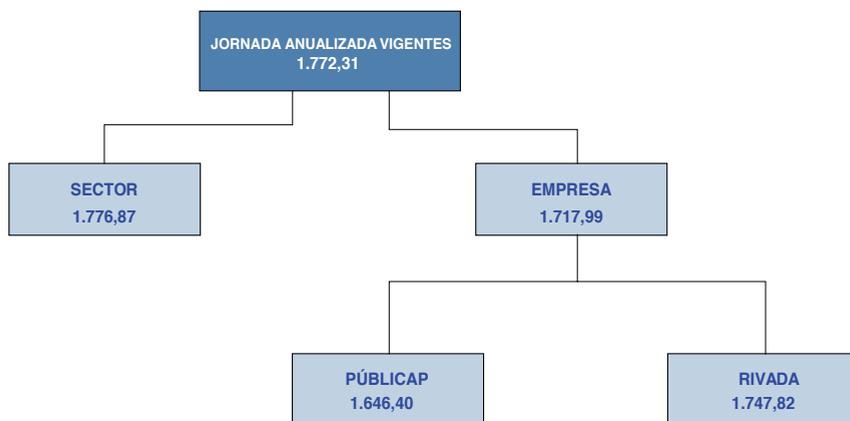


Evolución del ISP en convenios colectivos con vigencia expresa



Evolución del ISP en convenios colectivos originarios

Por su parte la jornada anualizada ponderada se sitúa en 1.772,31 horas, magnitud superior al año anterior (1.771,59 horas).



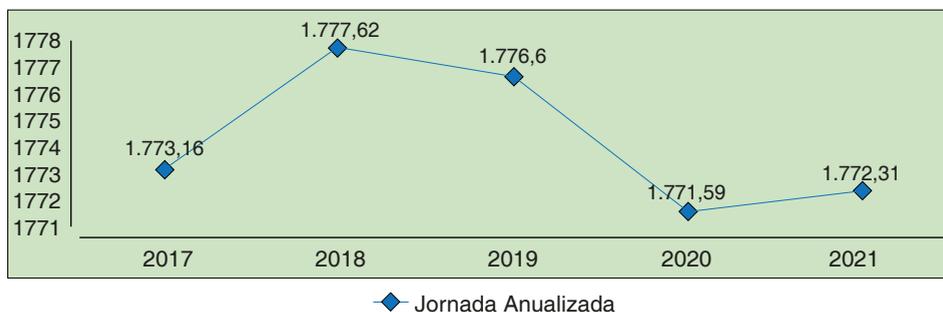
De manera provincializada en la siguiente tabla puede observarse la jornada pactada en los convenios colectivos con vigencia expresa

Jornada promedio de convenios colectivos con vigencia expresada

Ámbito geográfico	Jornada Anualizada	Jornada Semanal	Jornada Anual
Almería	1.791,73	39,77	1.796,17
Cádiz	1.768,41	39,57	1.761,47
Córdoba	1.773,41	39,28	1.748,20
Granada	1.766,29	39,70	1.761,48
Huelva	1.745,34	39,52	1.746,23
Jaén	1.770,65	39,07	1.765,77
Málaga	1.775,83	39,66	1.778,22
Interprovincial	1.781,18	39,39	1.769,56
Sevilla	1.772,68	38,92	1.774,29
Total	1.772,31	39,37	1.770,52

Evolución de la Jornada anualizada en convenios colectivos con vigencia expresa

Evolución de la jornada anualizada en convenios colectivos con vigencia expresa

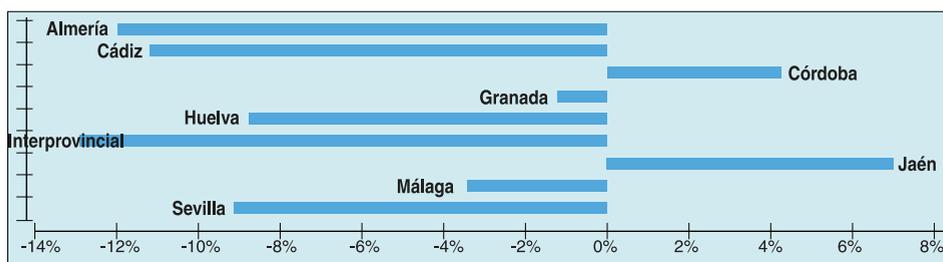


De manera provincializada en la siguiente tabla puede observarse como se distribuyeron los 683 convenios colectivos con vigencia expresa

El descenso global de número de convenios colectivos con vigencia expresa respecto al año anterior anterior se produjo en la mayoría de las provincias.

Ámbito geográfico	Nº Conv	Empresas	Trabajadores	ISP
Almería	44	3.209	43.843	2,36%
Cádiz	103	18.902	107.978	1,42%
Córdoba	73	17.985	120.310	1,42%
Granada	83	9.403	51.298	1,81%
Huelva	52	2.353	31.194	1,53%
Jaén	61	58.963	145.656	1,78%
Málaga	113	67.060	193.995	0,44%
Interprovincial	20	248	8.885	0,73%
Sevilla	99	27.053	173.945	1,35%
Total	648	205.176	877.104	1,31%

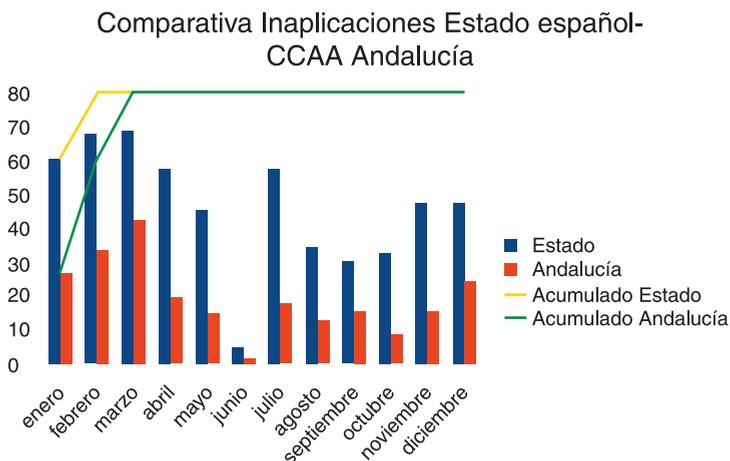
Fuente: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales



Inaplicaciones de convenio colectivo.

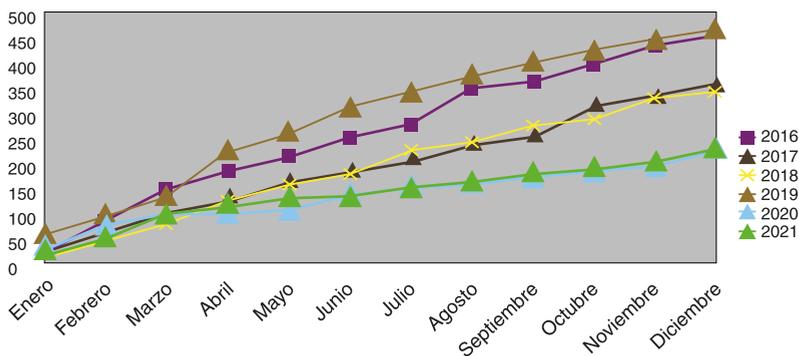
Durante el año 2021 se han presentado a la autoridad laboral un total de 238 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. A estos acuerdos están afectados una totalidad de 4.547 trabajadores.

Las inaplicaciones presentadas en la Comunidad Autónoma suponen el 42'57% de las inaplicaciones de convenios colectivos de todo el territorio español presentadas en este año, afectando a un 16,88% de los trabajadores de todo el territorio español.

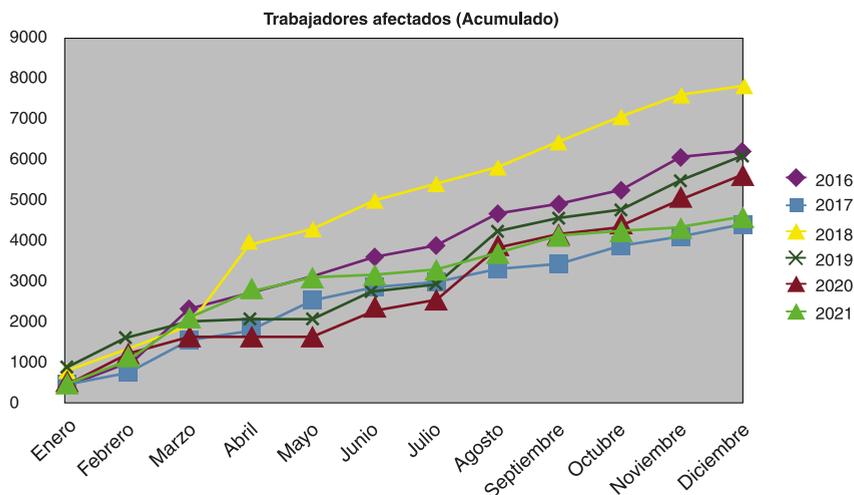


El número de inaplicaciones depositadas durante el mes de diciembre ha sido inferior al mismo mes del año pasado, no obstante es el segundo más alto del mismo mes de toda la serie en estudio. Con respecto al número de trabajadores afectados, este mes de diciembre el número de trabajadores afectados es inferior al mismo mes del año anterior, siendo el segundo más bajo del mismo mes de toda la serie en estudio.

Expedientes por meses acumulados. Ejercicios 2016-2021.



Trabajadores afectados por meses acumulados. Ejercicios 2016-2021.

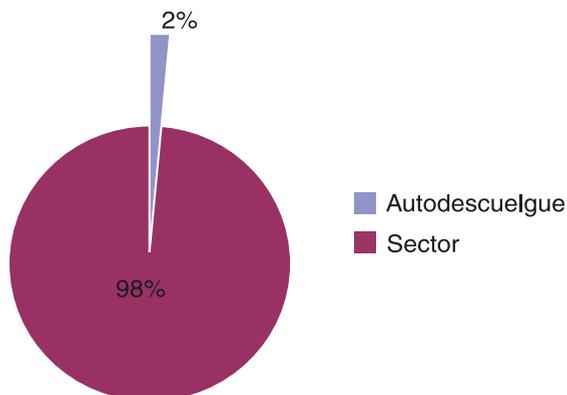


La provincia de Málaga es la que ha presentado mayor número de inaplicaciones de convenios colectivos hasta este mes de diciembre. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que es Málaga, con gran diferencia, la provincia que mayor número de trabajadores afectados tiene, la siguen, aunque con un número bastante inferior de trabajadores afectados, las provincias de Córdoba, Cádiz y Granada.

Expedientes por provincias (acumulado 2021)

Provincia	Empresas	Trabajadores
Almería	4	178
Cádiz	32	450
Córdoba	33	817
Granada	42	418
Huelva	26	295
Jaén	17	138
Málaga	70	1801
Sevilla	12	244
Interprovinciales	2	206
Total	238	4547

Como se puede observar en el siguiente cuadro, en lo que va de año, el 98% de las inaplicaciones son de convenios colectivos de sector.

Gráfica 6. Expedientes según ámbito (acumulado 2021).

Los sectores de actividades que mayor número de inaplicaciones tienen en 2021, son el sector de la Construcción y el de la Hostelería. Asimismo, si se analiza el número de trabajadores afectados por las mencionadas inaplicaciones se observa que es el sector de la Construcción el que tiene mayor número de trabajadores afectados por las inaplicaciones, seguido del sector de Hostelería.

Expedientes por sectores de actividad (acumulado 2021)

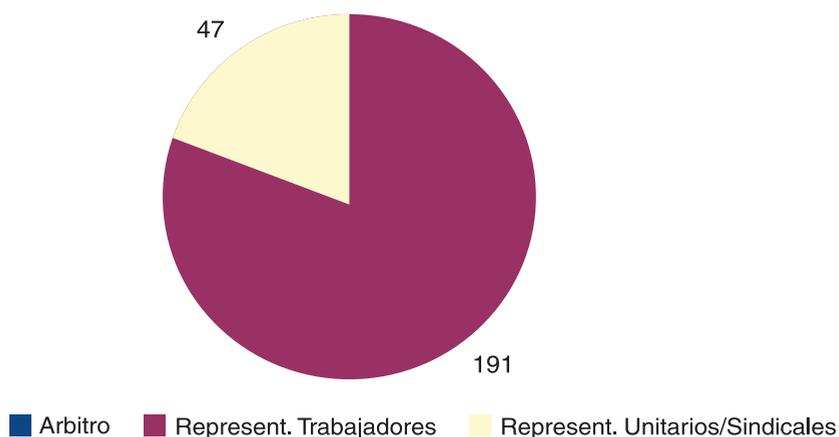
Sector de Actividad	Empresas	Trabajadores
Comercio	16	216
Construcción	75	1463
Dependencia / Actividades Sanitarias	9	502
Hostelería	48	910
Limpieza	1	4
Madera	8	404
Metal / Automoción	33	263
Oficinas y Despachos	6	39
Otros	24	426
Transporte	18	320
Total	238	4547

La mayoría de las inaplicaciones afectan mayoritariamente al salario, ya sea de manera aislada o conjuntamente con otras materias. Si bien, hay que señalar que en el sector de la construcción, las inaplicaciones afectan principalmente al horario y a la jornada de trabajo.

Expedientes según materias inaplicadas (acumulado 2021).

Materias	Empresas	Trabajadores
Jornada / Horario	49	1329
Jornada + Salario	13	125
Jornada + Salario + S. Social	30	277
Mejoras S. Social	0	0
Salario + S. Social	11	162
Sistemas / Cuantía Salarial	135	2654
Total	238	4547

En cuanto a los firmantes en los descuelgues de convenios, en lo que va de año, cabe señalar que a través de representación unitaria y sindical se han producido 47 inaplicaciones de convenios, mientras 191 acuerdos han sido adoptados por una comisión de representantes de los trabajadores de la empresa, elegidos ad hoc de acuerdo con el artículo 41.4 párrafo 4 del Texto Refundido de los Estatuto de los Trabajadores.

Gráfica 9. Expedientes según firmantes (acumulado 2021)

Durante el año 2021, el total de los acuerdos (238) se han alcanzado durante el periodo de consultas.

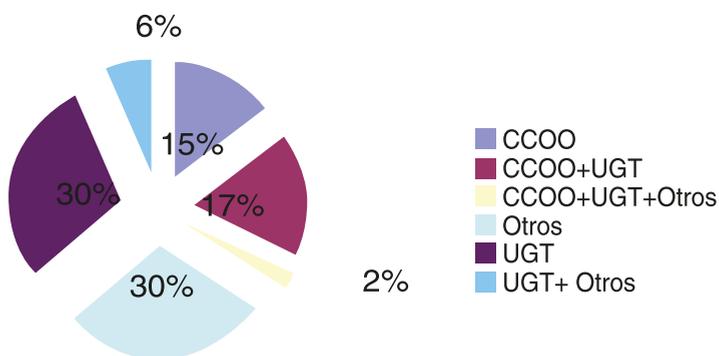
Expedientes según tipo de acuerdos (acumulado 2021)

Tipo Acuerdo	Empresas	Trabajadores
C. Paritaria	0	0
Laudo	0	0
Mediación SERCLA	0	0
Período Consultas	238	4547

Dentro de la representación unitaria y sindical es posible desagregar los sindicatos firmantes:

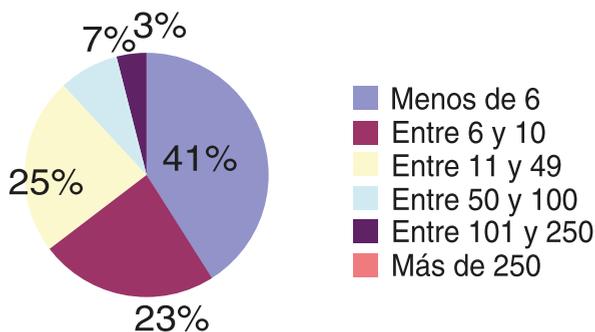
Expedientes acordados por representación unitaria/sindical. Organizaciones firmantes (acumulado 2021)

Sindicatos	Empresas	Trabajadores
CCOO	7	209
CCOO + UGT	8	680
CCOO + UGT + Otros	1	142
Otros	14	364
UGT	14	401
UGT + Otros	3	116



Las inaplicaciones de convenios colectivos que se han producido en Andalucía en lo que va de año 2021, afectan principalmente a empresas de menos de 6 trabajadores (98 empresas), y a empresas de entre de entre 11 y 49 trabajadores (60), seguidos de empresas entre 6 y 10 trabajadores (55), empresas de entre 50 y 100 trabajadores (17), y de entre 101 y 250 (8).

Inaplicaciones según dimensión empresas (acumulado 2021).



En la siguiente tabla se observa que en las empresas de menos de 6 trabajadores, y en las de entre 6 y 10 trabajadores, las inaplicaciones de convenios colectivos han sido acordadas con representantes de los trabajadores elegidos ad hoc mayoritariamente. Mientras que en las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, el 22% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o delegados de personal; en las empresas de entre 50 y 100 trabajadores, el 53% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa; y en las empresas de entre 101 y 250 trabajadores, el 75% de las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado con representación sindical o comités de empresa.

Descuelgues s/número de trabajadores	
Menos de 6	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	85
Represent. Unitarios	13
Entre 6 y 10	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	49
Represent. Unitarios	6
Entre 11 y 49	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	47
Represent. Unitarios	13
Entre 50 y 100	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	8
Represent. Unitarios	9
Entre 101 y 250	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	2
Represent. Unitarios	6
Más de 250	
Árbitro	
Represent. Trabajadores	
Represent. Unitarios	

Comentarios de Jurisprudencia

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA SUCESIÓN DE EMPRESA

*Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2021
ECLI:ES:TS:2021:3329*

JOSÉ MARÍA RUZ LÓPEZ* **

SUPUESTO DE HECHO: El trabajador demandante prestaba servicios como conductor de ambulancias para Ambunova Servicios Sanitarios, SLU hasta que fue subrogado por Ambuibérica, SL, en virtud del convenio colectivo en cuestión. En este momento, la empresa saliente adeudaba al trabajador los salarios correspondientes a tres meses. Tanto la identificación y aplicación del convenio colectivo como la existencia de deuda a favor del trabajador no son hechos controvertidos en el proceso. El conflicto surge a raíz de la confluencia de ambos aspectos dado que el art. 9 f) del convenio determina que la empresa cesante es la única responsable de dicha deuda. De ese modo, el trabajador solo puede dirigirse contra esta última mientras que, si el cambio de contratista fuera considerado subrogación legal a efectos del art. 44 ET, ambas empresas serían responsables con carácter solidario.

RESUMEN: La sentencia que protagoniza el presente comentario versa sobre una cuestión que suele pasar desapercibida en materia de sucesión de empresa: la determinación de la carga de la prueba. El principal problema barajado por la sentencia reside en determinar quién debe acreditar la concurrencia de elementos constitutivos del art. 44 ET, sobre la base de una previa asunción de plantilla impuesta convencionalmente.

En esta lógica, la Sala cuarta asevera que la parte que niegue la existencia de subrogación legal es la encargada de acreditar dicho extremo; pero no ante cualquier escenario sino únicamente cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Si bien el TS no aplica la anterior solución al considerar que la actividad objeto de litigio es de naturaleza patrimonial, sus reflexiones son de especial relevancia en cuanto confirman expresamente la inversión de la carga de la prueba en ciertos supuestos de subrogación empresarial.

* Investigador predoctoral en formación FPU.

** El presente comentario ha sido objeto de comunicación oral en el IX Encuentro de la Sección Juvenil de la AEDTSS celebrado en la Universidad de León los días 8 y 9 de septiembre de 2022.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO JURÍDICO APLICABLE
3. REVISIÓN Y VALORACIÓN DE LA STS 8-9-2021
 - 3.1. Relato fáctico
 - 3.2. Íter procesal
 - 3.3. Fundamentación jurídica
4. BREVES REFLEXIONES FINALES
5. ANEXO JURISPRUDENCIAL

1. INTRODUCCIÓN

Desde inicios de 2021, la situación de la jurisprudencia sobre contratas y subcontratas puede ser calificada de sorprendente estabilidad. Los últimos años de la década anterior, incluyendo 2020, constituyen un período de convulsos cambios jurisprudenciales en la materia. En esta dirección pueden tomarse como ejemplo los debates sobre el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas¹, el cambio de doctrina relativo a los contratos temporales vinculados a contratas y subcontratas² o la modificación de la jurisprudencia interna como consecuencia de la doctrina comunitaria sobre el vínculo entre subrogación convencional y legal³. En contraposición, durante el pasado año, así como el presente, los sucesivos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal no han planteado importantes cambios en la doctrina jurisprudencial. Esta situación puede deberse, entre otras razones, a la reciente reforma laboral. Téngase en cuenta que ciertos contenidos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, coinciden con los citados cambios jurisprudenciales. El recién introducido art. 42.6 ET intenta resolver el problema del convenio colectivo aplicable a empresas contratistas. La nueva redacción de los arts. 15 y 16 ET pretende ofrecer un cauce contractual adecuado para cubrir las exigencias derivadas de las contratas y subcontratas. De hecho, no sería descabellado afirmar que el RD-ley pretende consagrar normativamente los avances jurisprudenciales al respecto. De cualquier manera, la modificación legal de estos aspectos implica que debe transcurrir un prudente período de tiempo hasta que la nueva normativa sea objeto de interpretación por nuestro Alto Tribunal y,

¹ STS 11-6-2020 (rec. 9/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1957).

² STS 29-12-2020 (rec. 240/2018) (ECLI:ES:TS:2020:1957). En 2018, el TS plantea una importante matización al respecto, que sirve como base para el posterior cambio de jurisprudencia. Vid. SSTS 19-7-2018 (rec. 824/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3218) (rec. 1037/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3308) (rec. 972/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3192) (rec. 823/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3243).

³ STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545) y STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559), respectivamente.

por ende, hasta que las reseñadas controversias vuelvan a protagonizar debates en casación.

La sorprendente estabilidad anteriormente descrita no es óbice para que la Sala cuarta siga resolviendo recursos de casación sobre el régimen jurídico de subcontratación y, en consecuencia, ofreciendo exégesis de gran relevancia y utilidad. En esta dirección, se ha dictado sentencia sobre el ámbito de aplicación del art. 42 ET y el controvertido concepto de propia actividad⁴, la difusa frontera entre la válida contrata o subcontrata y la cesión ilegal del art. 42⁵ o la sucesión de empresas del art. 44 ET ante la transmisión del contratista, entre otros. Este último extremo representa el principal núcleo temático del presente trabajo. Durante las siguientes páginas se revisará la reciente jurisprudencia sobre la sucesión de empresas con especial referencia a los supuestos de novación en la parte contratista.

2. MARCO JURÍDICO APLICABLE

Si bien no constituye un objetivo inherente al comentario de jurisprudencia, conviene plantear una revisión del marco normativo sobre el que pivotan los sucesivos litigios. Sin pretensión de exhaustividad, el actual apartado se articula en torno a los principales hitos normativos y jurisprudenciales que han conducido la evolución de la institución y que configuran el actual marco jurídico.

El art. 44 ET en conjunción con la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, representan los cimientos sobre los que se sustenta el régimen jurídico de la subrogación empresarial⁶. Según las citadas normas⁷, se produce una sucesión de empresa si el elemento objeto de transmisión puede ser considerado una “entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”⁸.

Inicialmente, jurisprudencia tanto nacional como europea sostuvo una tesis patrimonialista⁹, lo que implica que la transmisión de una entidad económica se

⁴ STS 13-6-2022 (rec. 677/2021) (ECLI:ES:TS:2022:2446).

⁵ STS 13-1-2022 (rec. 2715/2020) (ECLI:ES:TS:2022:366).

⁶ A lo largo de este trabajo es posible advertir la influencia del Derecho comunitario en materia de sucesión de empresa, ya sea a través de la citada directiva o mediante los avances introducidos por el propio TJUE.

⁷ Art. 44.2 ET y art.1, 1. b) de la Directiva 2001/23/CE.

⁸ De hecho, el art. 44 ET incluye dicha definición a raíz de la modificación introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, con el objetivo de adaptar el ordenamiento nacional al comunitaria tras la recién aprobada Directiva 2001/23/CE.

⁹ Sobre la tesis patrimonialista y las tensiones entre la empresa como organización o como actividad, véase Navarro Nieto, F. “Descentralización productiva y relaciones laborales”, *Documentación laboral*, núm. 71, 2004, pp. 54-59.

identifica con una transmisión de elementos materiales¹⁰. Progresivamente, el Tribunal de Luxemburgo fue admitiendo que, ante actividades desmaterializadas, cuando la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, la transmisión de una parte esencial de la plantilla equivale a la transmisión de una entidad económica, lo que acciona las garantías de la subrogación legal; doctrina que recibirá el nombre de sucesión de plantilla¹¹. A pesar de las reticencias planteadas por nuestro Alto Tribunal¹², finalmente dicha solución fue incorporada al acervo jurisprudencial interno¹³. En resumen, la jurisprudencia comunitaria seguida de la nacional ha instrumentado dos posibles vías para demostrar la sucesión de empresa: la transmisión de activos si la actividad se basa en el patrimonio o la asunción de personal si la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra.

El anterior régimen legal bifronte no impide la existencia de subrogación de origen convencional. En esos supuestos, la subrogación discurriría según lo dispuestos en las cláusulas convencionales, con independencia del régimen del art. 44 ET. Una vez más, el Tribunal comunitario, nuevamente con la oposición inicial del Alto Tribunal español, actualiza la doctrina al determinar que la subrogación convencional puede derivar en subrogación legal, siempre y cuando se cumplan los elementos constitutivos del art. 44.3 ET¹⁴. En otras palabras, la asunción de una parte de la plantilla en virtud de un convenio colectivo podría derivar en subrogación legal si dicha asunción representa una parte esencial de la plantilla y la actividad descansa en la mano de obra. Desde otra perspectiva, el origen convencional de la asunción de la plantilla no impide la constatación de los elementos constitutivos del art. 44 ET¹⁵.

La revisión del marco jurídico de la subrogación empresarial ha de completarse con la referencia a la sucesión de contratistas. Ante el silencio legal, la jurisprudencia ha negado de forma reiterada que la novación de la parte contratista pueda ser

¹⁰ A nivel interno, véase SSTs 28-4-2009 (rec. 4614/2007) (ECLI:ES:TS:2009:2925) y 12-3-2020 (rec. 1916/2017) (ECLI:ES:TS:2020:1137). A nivel comunitario, vid. STJUE 10-12-1998, asunto Sánchez Hidalgo, C-173/97 (ECLI:EU:C:1998:595).

¹¹ Entre muchas otras, véase STJUE 20-1-2011, asunto CLECE, C-463-09 (ECLI:EU:C:2011:24).

¹² Una visión crítica de esta doctrina en Sánchez-Urán Azaña, Y. “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 214, 2018, pp. 139-172.

¹³ Entre otras, STS 26-10-2018 (rec.937/2018) (ECLI:ES:TS:2018:3932).

¹⁴ STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559) inicialmente traspuesta al ordenamiento interno por la STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545).

¹⁵ En exhaustividad sobre esta materia, véase en un número anterior de esta misma revista, Yagüe Blanco, S. “La sucesión de empresas en las contratistas y subcontratistas: una propuesta de reforma normativa”, *Temas laborales: revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 162, 2002, pp. 155 y ss. así como De la Puebla Pinilla, A. “La subrogación convencional tras la doctrina “Somoza Hermo”. Aspectos conflictivos”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, núm. 3, 2021, pp. 4-12.

considerada *per se* una transmisión de una entidad económica en línea con el art. 44 ET¹⁶. Consiguientemente, para que una sucesión de contratistas despliegue los efectos de la subrogación legal, adicionalmente al mero cambio de contratista, deben concurrir los requisitos del art. 44 ET, ya sea el traspaso de medios patrimoniales o la asunción de mano de obra, según corresponda. Como breve apunte, esta interpretación que impide que una contrata pueda ser considerada una entidad económica a efectos del art. 44 ET plantea difícil encaje con las nuevas, y no tan nuevas, formas organizativas, donde la propia ejecución de la contrata puede adquirir una importancia central, más allá de la infraestructura y mano de obra¹⁷.

3. REVISIÓN Y VALORACIÓN DE LA STS 8-9-2021

En línea con las reflexiones introductorias, nuestro Alto Tribunal sigue resolviendo controversias respecto a la sucesión de contratistas y su regulación convencional y/o legal. Por mencionar algunos ejemplos, resulta de interés reparar en la STS 20-5-2021 (rec. 145/2020) (ECLI:ES:TS:2021:2082). Este pronunciamiento, de un lado, declara que el concepto de entidad económica desde una perspectiva patrimonial incluye tanto medios materiales como inmateriales. De otro lado, recuerda que la transmisión de dichos activos no se limita al traspaso entre contratante y contratista, admitiendo el supuesto en el que la parte contratante, propietaria de los medios, los pone a disposición del nuevo adjudicatario. Por otro lado, la STS 28-1-2021 (rec. 3781/2020) (ECLI:ES:TS:2022:270) aporta una nueva pieza en el complejo debate relativo al personal indefinido no fijo. Como consecuencia de la reversión de cierta contrata por parte de un Ayuntamiento, se produce la transmisión de una entidad económica en los términos del art. 44 ET. Ante este supuesto, la Sala cuarta determina que la subrogación legal exige respetar la modalidad contractual, no pudiendo transformar un contrato fijo en un indefinido no fijo como consecuencia de la reversión de la contrata. Finalmente, la STS 29-3-2022 (rec. 2062/2020) (ECLI:ES:TS:2022:1220) resuelve una cuestión de teoría general del Derecho sobre la base de un supuesto de subrogación empresarial. Según el tribunal, la doctrina introducida por la STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, afecta igualmente a supuestos con fecha anterior a su dictamen dado que

¹⁶ Por mencionar algún ejemplo lejano en el tiempo, STS 6-2-1997 (rec. 1886/1996) (ECLI:ES:TS:1997:730).

¹⁷ A principios de siglo, Cruz Villalón planteaba razonamientos en esta dirección al afirmar que “lo relevante en materia laboral hoy en día, particularmente en el sector servicios y más aún en los supuestos de externalización donde se mantiene el contacto permanente y estable con la empresa principal, es, justamente, la transmisión del propio servicio, que viene a ser, por otra parte, el capital central de la empresa”. Vid. Cruz Villalón, J. “Outsourcing y relaciones laborales” en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2000, p. 286.

el principio de irretroactividad desfavorables se predica respecto a las normas y no respecto a la jurisprudencia.

Entre los recientes pronunciamientos sobre sucesión de empresa es posible destacar un conjunto de resoluciones que adquieren un interés singular debido a varias razones. Por un lado, plantean una síntesis de la doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria sobre la relación entre subrogación convencional y legal; la cual será empleada de forma sucesiva por las siguientes resoluciones sobre la materia. Por otro lado, abordan una incógnita procesal cuya resolución es esencial para la correcta aplicación del complejo marco jurídico anteriormente descrito. Admitiendo que los aspectos procesales no adquieren un papel central en nuestra materia, la actual incógnita presenta ciertas peculiaridades que justifican su interés. Como se comprobará a lo largo de las siguientes páginas, la cuestión procesal objeto de análisis es de origen jurisprudencial, además de estar íntimamente vinculada a consideraciones sustantivas. Más aún, la regla procesal no se limita a los supuestos de sucesión de contratas, sino que podrá, y deberá, ser tenida en cuenta con carácter general al aplicar el instituto de la subrogación empresarial.

El día 8 de septiembre de 2021, la Sala cuarta de nuestro Alto Tribunal dicta tres sentencias coincidentes tanto en el componente fáctico como en la fundamentación jurídica¹⁸. Un día más tarde, dicha sala dicta una cuarta resolución prácticamente idéntica a las anteriores¹⁹. La única diferencia reseñable desde el punto de vista de los hechos reside en que cada demanda fue interpuesta por un trabajador de forma individual²⁰. A parte de ello, coinciden entre sí tanto las pretensiones de las partes como el propio iter procesal, obteniendo como resultado cuatro resoluciones muy similares, si no idénticas. Respecto a la fundamentación jurídica, el pronunciamiento del 9 de septiembre extracta literalmente lo dispuesto en las sentencias del día anterior. Respecto a las sentencias de 8 de septiembre, aunque es posible apreciar varias diferencias de redacción, el núcleo de la fundamentación jurídica coincide textualmente. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el presente análisis jurisprudencial gira en torno a la STS 8-9-2021 (rec. 874/2021) (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3329), cuyo ponente es el magistrado D. Ricardo Bodas Martín²¹.

¹⁸ SSTs 8-9-2021 (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3329); (rec. 2543/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3332); (rec. 2554/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3381).

¹⁹ STS 9-9-2021 (rec. 2143/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3347).

²⁰ De hecho, los cuatro trabajadores estaban representados por la misma letrada. Las razones por las cuales no se ha decidido actuar colectivamente o no se ha promovido la acumulación procesal escapan del presente análisis.

²¹ La STS 8-9-2021 (rec. 874/2021) contiene la fundamentación jurídica más extensa y detallada, razón por la cual ha sido seleccionada frente al resto de sentencias.

3.1. Relato fáctico

El trabajador en cuestión prestaba servicios por cuenta de Ambunova Servicios Sanitarios, SLU desde el 1 de abril de 2016. Meses más tarde, con fecha 16 de agosto de 2018, el trabajador fue subrogado por Ambuibérica, SL. La novación contractual se produce de conformidad con el IV Convenio colectivo de trabajo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia (código 82000895012006)²²; cuya aplicación en el caso no es controvertida. El art. 9 f) de dicha norma colectiva advierte expresamente: “siendo la relación laboral anterior a tal momento de la exclusiva responsabilidad de la cesante”. En consecuencia, se exceptúa de cualquier responsabilidad al contratista entrante, lo cual deviene fundamental en el caso concreto puesto que, al tiempo de la subrogación, la contratista saliente mantenía una deuda con el trabajador correspondiente al salario de junio, julio y agosto. En resumidas cuentas, tanto la novación subjetiva de la parte contratista como la existencia de deudas a favor del trabajador no producen conflictividad. En contraposición, destaca la ausencia de cualquier referencia en los hechos probados tanto a la causa de la novación como a las circunstancias de la transmisión, especialmente, si se han transmitido activos o se ha asumido una parte del personal²³. Tras revisar el marco jurídico de aplicación, es posible advertir que la anterior información es básica para seleccionar la norma aplicable a la subrogación y, por ende, determinar sus correspondientes efectos.

El presente supuesto refleja de forma evidente las consecuencias de la calificación de la subrogación. Si se considera que se ha producido una subrogación convencional, será aplicable el régimen jurídico recogido en el convenio colectivo, que en el concreto supuesto de hecho implica una exención de responsabilidad de la empresa entrante. Sin embargo, si se produce una subrogación legal, en virtud del art. 44.3 ET, ambas empresas serán responsables subsidiariamente.

3.2. Íter procesal

El trabajador, tras la celebración del acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto, interpone una demanda de reclamación de cantidad contra las empresas saliente y entrante. El Juzgado de lo Social nº1 de Santiago de Compostela, mediante sentencia de 7 de febrero de 2019, condenó solidariamente a ambas empresas a abonar al trabajador el sumatorio de los tres meses adeudados

²² Aunque el convenio es publicado en el correspondiente boletín oficial el 10 de junio de 2019, su entrada en vigor se retrotrae al 1 de enero de 2016.

²³ Respecto a la causa, el propio art. 9 del convenio muestra ciertos supuestos que podrían servir de referencia: “Cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, o terminación de contrato con entidades privadas”.

que asciende a 4.775,41 euros más los correspondientes intereses laborales, ex art. 29.3 ET y procesales, art. 576 LEC.

La empresa entrante interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia, denunciando errónea interpretación del art. 44 ET en relación con el art. 9 del convenio. Tras la correspondiente impugnación de la contraparte, el TSJ gallego, mediante sentencia de 9-3-2020 (rec. 3636/2019) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:1492), desestima el recurso de suplicación, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

Frente a ello, la empresa entrante interpone un nuevo recurso, esta vez de casación para unificación de doctrina. La parte codemandada, ahora recurrente, articula un único motivo de casación mediante el cual alega la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 217 LEC. Se propone como sentencia de contraste una resolución dictada por el propio TSJ gallego sobre una reclamación de cantidad dirigida contra las mismas empresas, STSJ Galicia 26-9-2019 (rec. 1678/2019) (ECLI:ES:TSJ:GAL:2019:5315). Planteada la impugnación contra el recurso y oído el Ministerio Fiscal, que sostiene la improcedencia del recurso, la Sala cuarta estima el recurso de casación, revocando parcialmente el pronunciamiento de suplicación y absolviendo a la empresa entrante de la reclamación de cantidad.

3.3. Fundamentación jurídica

A grandes rasgos, durante el proceso objeto de análisis no se discute acerca de las bases teóricas sobre las que se sustenta el actual régimen jurídico en cuestión. Por su parte, el núcleo del debate reside en la determinación de la carga de la prueba en supuestos de sucesión de empresa, en otras palabras, a quién le corresponde probar la existencia de los requisitos constitutivos del art. 44 ET.

Paradójicamente, la anterior cuestión pasa inadvertida tanto en primera como segunda instancia. Para comenzar, si bien es cierto que la parte actora basa su pretensión en el art. 44.3 ET, en la demanda no se alega, y mucho menos se prueba, que la concreta actividad de transporte de enfermos o accidentados se base en el uso de medios materiales y, en ese caso, cuáles han sido transmitidos. Tampoco es alegado ni probado que dicha actuación descansa en la mano de obra y, menos aún, que una parte esencial de la plantilla haya sido asumida por la nueva adjudataria. La empresa entrante, al contestar a la demanda, admite que se ha subrogado en la plantilla de la empresa anterior según lo dispuesto en el convenio colectivo, pero sin que ello llegue a suponer, a su juicio, una transmisión de la entidad económica²⁴. En primera instancia, el juzgador concluye que ambas empresas son responsables solidariamente, sin hacer referencia alguna a las circunstancias de la

²⁴ Ni la demanda ni la contestación a la demanda pueden ser consultadas. Las anteriores consideraciones se basan en lo dispuesto por la sentencia de casación (F.J. 5º).

transmisión que permitan demostrar si se ha producido cualquiera de las opciones anteriormente barajadas²⁵. La citada omisión se refleja de forma manifiesta en los hechos probados, donde no se introduce ninguna información al respecto.

En suplicación sí se plantea cierta alusión al núcleo del litigio, aunque de forma indirecta. En el recurso, la empresa entrante denuncia que la sentencia de instancia obvie mencionar los requisitos para aplicar el art. 44 ET. Tras una fundamentación jurídica algo farragosa, dado que no se distingue con claridad las argumentaciones extractadas de las propias, el TSJ concluye que ha sido “acreditado y no discutido” que la actividad descansa en la mano de obra. Sin embargo, como efectivamente advierte el TS, la sentencia de suplicación no demuestra el mencionado extremo.

Es en casación dónde se introduce abiertamente el debate en torno a la carga de la prueba. De hecho, la empresa entrante fundamenta su recurso de casación en la infracción del art. 44 ET en relación con el art. 217 LEC. En esta dirección, alega que la carga de la prueba corresponde al demandante conforme al art. 217.2 LEC, quien debió probar en el momento procesal oportuno la concurrencia de los requisitos constitutivos del art. 44 ET.

En paralelo a la cuestión de la carga de la prueba, el TS ofrece una síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre el vínculo entre subrogación convencional y legal, mediante la reproducción de algunos párrafos de la STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545). Sin embargo, es preciso abordar el mencionado sumario con cautela. Por un lado, la sentencia objeto de examen, al transcribir la doctrina jurisprudencial, no respeta el orden de la sentencia de origen. Por otro lado, la resolución de 2018 incluye títulos y subtítulos que orientan y nutren la fundamentación jurídica, los cuales no ha sido trasladados a la sentencia objeto de estudio²⁶. A pesar de lo anterior, la síntesis plasmada en la resolución objeto de comentario adquirirá notable repercusión dado que, a partir de su publicación, las sentencias del TS que versan sobre sucesión de empresas transcriben el resumen del pronunciamiento de 2021 y no el texto original de 2018²⁷.

Volviendo a la cuestión probatoria, en la sentencia a examen es posible diferenciar una argumentación genérica sobre la carga de la prueba y una referencia, aunque más escueta, centrada en el concreto supuesto de la sucesión de empresa.

Respecto a la primera cuestión, de conformidad con el art. 217 LEC, nuestro Alto Tribunal establece que le corresponde al demandante probar los hechos que sustentan su pretensión. Concretamente, el trabajador debería haber alegado y

²⁵ En las principales bases de datos no es posible localizar la sentencia de instancia. Sin embargo, tanto en suplicación como en casación se extractan los hechos probados, así como el fallo.

²⁶ Si bien escapa del alcance del presente trabajo, cabe destacar la claridad conceptual y alto nivel pedagógico de la STS 27-9-2018, ponente don Antonio Sempere Navarro.

²⁷ Entre otras resoluciones, vid. SSTS 15-11-2021 (rec. 4236/2019) (ECLI:ES:TS:2021:4834); 18-1-2022 (rec. 3876/2019) (ECLI:ES:TS:2022:185).

probado la transmisión de una entidad económica en los términos del art. 44 ET, lo que a juicio de la sala no se ha producido en el presente proceso. En paralelo, el TS asevera que la parte demandada, ahora recurrente, tampoco prueba ni intenta probar la inexistencia de subrogación legal. Sin embargo, para el tribunal ello no implica necesariamente la estimación de la pretensión de la parte actora. Técnicamente, ex. art. 217.3 LEC, el demandado tiene la carga de probar los “hechos impeditivos, extintivos o excluyente” con la finalidad de neutralizar la eficacia de los hechos constitutivos aducidos por la contraparte. Ante la falta de prueba de los correspondientes hechos que sustentan la demanda, esta ha de ser desestimada, aunque no se hubieren probado los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, so pena de otorgar “tutela a pretensiones infundadas”. Finalmente, el tribunal concluye que el demandante no puede amparar la ausencia de prueba, como mantiene en su escrito de impugnación del recurso de casación, en el art. 217.7 LEC, precepto que permite modular la regla general en función de la “disponibilidad y facilidad” de la prueba por cada parte. Como afirma el TS, en el concreto supuesto de hecho la carga de la prueba no pudo ser considerada excesiva ni inaccesible, del mismo modo que el demandante tampoco intentó probar la falta de acceso a los medios probatorios.

En segundo lugar, la sentencia alude expresamente a la inversión de la carga de la prueba en materia de sucesión de empresa. En palabras del tribunal, “la inversión de la carga probatoria, mantenida por nuestra doctrina en supuestos de sucesión de contratas, se predica de aquellas empresas cuyas actividades se desarrollen esencialmente mediante mano de obra”; afirmación que merece ser examinada de manera sopesada.

Por un lado, nuestro Alto Tribunal admite de forma manifiesta la existencia de doctrina jurisprudencial a favor de la inversión de la carga de la prueba ante supuestos de sucesión de empresa. En esta lógica, se presumirá *iuris tantum* la aplicación del art. 44. ET, con sus correspondientes efectos; recayendo en el sujeto que se oponga a dicho extremo el deber de acreditar la no concurrencia de los requisitos constitutivos. Si bien no se señala de forma expresa, es posible deducir que la citada doctrina se correspondería con la siguiente fundamentación, introducida por la sentencia de 2018 y reiterada en la presente: “será lógico que quien sostenga que no se ha producido la asunción suficientemente relevante de la mano de obra así lo acredite (art. 217 LEC) y que se produzca el debate correspondiente cuando la cuestión sea controvertida”²⁸.

Por otro lado, el propio TS advierte explícitamente que la aplicación de la regla anterior se circunscribe a actividades que descansen en la mano de obra. De ese modo, la citada inversión probatoria no pretende abarcar la institución en su

²⁸ La STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384), objeto de posterior análisis, se posiciona en esta dirección puesto que la resolución objeto de comentario se mencionada inmediatamente después del extracto de dicho párrafo.

conjunto, sino que se circunscribe a los supuestos de sucesión de plantilla. Dicha limitación de la inversión probatoria estaba implícita en la argumentación de la STS 27-9-2018, donde se hacía referencia a la “a la asunción suficientemente relevante de la mano de obra” y no a los requisitos constitutivos de la sucesión de empresa con carácter general. Sin embargo, cabría cuestionar si la alusión a este tipo de actividad se debe a que la sentencia de 2018 resolvía un supuesto de sucesión de plantilla o que, en contraposición, la regla en cuestión se circunscribe a esa concreta tipología de actividades. La sentencia objeto de comentario resuelve expresamente la anterior incógnita, manifestando sin ningún género de dudas que la inversión probatoria está limitada a actividades basadas en la mano de obra. Por otro lado, aunque la inversión probatoria surge en el concreto contexto de la sucesión de contratas, de las palabras del tribunal no se extraen razones que impidan la aplicación de dicha solución ante supuestos de sucesión de plantilla que no tengan su origen en cambios de contratistas.

Más allá de la STS 27-9-2018 y la que protagoniza el presente análisis, es complejo encontrar referencias a la carga de la prueba en supuestos de sucesión de empresa. En el lapso temporal que discurre entre una y otra, nuestro Alto Tribunal, aun de forma escueta, aborda la presente materia. Según la STS 8-1-2019 (rec. 2833/2016) (ECLI:ES:TS:2019:370)²⁹, “quien tenía la carga de probar que no se había producido una transmisión en los términos de sucesión de una entidad económica con identidad propia era la recurrente”. Con carácter aclaratorio, el recurso de casación fue interpuesto por la parte demandada, concretamente la nueva empresa adjudicataria. En consecuencia, con la citada afirmación, aun de forma implícita, el TS ratifica la inversión de la carga de la prueba ante supuestos de sucesión de empresa. Con posterioridad a la sentencia objeto de análisis, también de forma tácita, nuestro Alto Tribunal ha vuelto a posicionarse al respecto en la reciente STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384)³⁰. Según el TS, la empresa entrante, parte demandada, era la encargada de acreditar la no concurrencia de los requisitos de la subrogación legal. En este caso no hay inconvenientes para invertir la carga de la prueba puesto que la actividad descansa en la mano de obra. De una lectura conjunta de las sentencias reseñadas es posible deducir el surgimiento de una excepción a la regla general sobre carga de la prueba aplicable ante supuestos de sucesión de empresas en actividades que descansen en

²⁹ Como mero acercamiento, se produce una novación de contratas del sector de la vigilancia. La empresa saliente comunica al trabajador que será subrogado por la nueva adjudicataria en virtud del convenio colectivo. Por su parte, la empresa entrante niega que el trabajador deba ser subrogado. Ante ello, el trabajador interpone una demanda de despido sobre la base de una subrogación legal ex. art. 44 ET.

³⁰ Brevemente, en el marco de una subcontratación del servicio de limpieza, se produce un cambio de adjudicatario, aplicándose las cláusulas subrogatorias del convenio colectivo, las cuales no abarcan a la totalidad de la plantilla. Una trabajadora excluida de la subrogación por no cumplir ciertos requisitos fijados en el convenio interpone una demanda de despido sustentada en la existencia de una subrogación legal en el marco del art. 44 ET.

la mano de obra, imponiendo a la parte que niegue la subrogación legal el deber de acreditar dicho extremo.

Desde una perspectiva crítica, cabría plantear diversas puntualizaciones. En primer lugar, destaca la ausencia de razonamientos que justifiquen la inversión de la carga de la prueba dado que la citada excepción no viene acompañada de una fundamentación que sostenga su necesidad e idoneidad. La inversión de la carga probatoria representa una alteración de una norma general de carácter procesal, lo cual debería ser correspondientemente motivado. En segundo lugar, convendría cuestionar las razones que sustentan la diferenciación entre ambos tipos de actividades; esto es, por qué se aplica exclusivamente ante actividades que descansan en la mano de obra y, en sentido contrario, por qué se exceptúan las actividades basadas en la infraestructura. En tercer lugar, cabe preguntarse si la inversión de la carga de la prueba en actividades que descansan en la mano de obra podría suponer un círculo vicioso. Por un lado, se invertirá la carga de la prueba si la actividad descansa en la mano de obra mientras que, por otro lado, el hecho de que la actividad descansa en la mano de obra es uno de los elementos que han de ser acreditados. De ese modo, el requisito que permite aplicar la inversión probatoria coincide con un elemento objeto de prueba.

A pesar de los avances teóricos descritos *supra*, en el proceso objeto de estudio no sería de aplicación la inversión probatoria puesto que, a juicio del tribunal, la actividad en cuestión no descansa en el uso de mano de obra. En contraposición con la primera y segunda instancia, donde se presupone sin fundamento que la actividad objeto del litigio descansa en la mano de obra, nuestro Alto Tribunal argumenta que “no se puede transportar enfermos o accidentados en ambulancia, si no se dispone de ambulancias y vehículos mecanizados o, en su caso, de medios aéreos o marítimos”, razón la cual concluye que la actividad está basada en infraestructura. La presente consideración podrá resultar de utilidad en futuros litigios a la hora de identificar la naturaleza de la actividad de transporte de enfermos y accidentados.

Sobre la base de todo lo anterior, el TS estima el recurso de casación, revocando parcialmente la sentencia de instancia, absolviendo así a la empresa entrante. Para el tribunal no ha quedado acreditado que el cambio de contratista cumpla los requisitos constitutivos del art. 44 ET, lo que hubiere accionado la garantía de la responsabilidad solidaria del art. 44.3 ET. En contraposición, el cambio de contratista constituye una subrogación en virtud del convenio colectivo de aplicación, el cual restringe la responsabilidad de la empresa entrante.

4. REFLEXIONES FINALES

A pesar de lo que a priori pudiera considerarse, la cuestión probatoria está íntimamente ligada a la sucesión de empresa, como así ha advertido nuestro Alto Tribunal al declarar que “no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo

abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba³¹. Las sentencias de 8 y 9 de septiembre de 2021, con especial referencia a la que resuelve el recurso nº874/2020, no abordan un debate sustantivo sino procesal. La inversión de la carga de la prueba planteada es de gran interés desde el punto de vista teórico puesto que deriva de la propia jurisprudencia y no de una norma. Adicionalmente, dicha regla está vinculada a una condición sustantiva, esto es, que la actividad descansa en la mano de obra. Desde la perspectiva práctica, la inversión de la carga de la prueba objeto de examen no es baladí dado que podría condicionar y de hecho condiciona, como así se ha demostrado, el sentido de la decisión judicial. Precisamente el supuesto seleccionado permite constatar con claridad las diferencias prácticas entre subrogación convencional y legal.

En suma, la inversión de la carga de la prueba en supuestos de subrogación empresarial fue introducida por la STS 27-9-2018. Aunque ciertos pronunciamientos en casación han aplicado la mencionada solución, la sentencia objeto de comentario, por un lado, reconoce expresamente la existencia de dicha inversión probatoria y, por otro lado, esclarece que su alcance se circunscribe a las actividades que descansan en la mano de obra. En paralelo a lo anterior, conviene a su vez plantear reflexiones críticas acerca de la justificación e incluso idoneidad de la inversión probatoria ante el concreto supuesto de la sucesión de plantilla.

5. ANEXO JURISPRUDENCIAL

TJUE

STJUE 10-12-1998, asunto Sánchez Hidalgo, C-173/97 (ECLI:EU:C:1998:595)

STJUE 20-1-2011, asunto CLECE, C-463-09 (ECLI:EU:C:2011:24)

STJUE 11-7-2018, asunto Somoza Hermo, C-60-17 (ECLI:EU:C:2018:559)

TS

STS 6-2-1997 (rec. 1886/1996) (ECLI:ES:TS:1997:730)

STS 28-4-2009 (rec. 4614/2007) (ECLI:ES:TS:2009:2925)

SSTS 19-7-2018 (rec. 824/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3218) (rec. 1037/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3308) (rec. 972/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3192) (rec. 823/2017) (ECLI:ES:TS:2018:3243)

STS 27-9-2018 (rec. 2747/2016) (ECLI:ES:TS:2018:3545)

STS 26-10-2018 (rec.937/2018) (ECLI:ES:TS:2018:3932)

STS 8-1-2019 (rec. 2833/2016) (ECLI:ES:TS:2019:370)

³¹ Dicha afirmación proviene de la STS 27-9-2018, aunque ha sido transcrita en numerosas resoluciones sobre la materia.

STS 12-3-2020 (rec. 1916/2017) (ECLI:ES:TS:2020:1137)
STS 11-6-2020 (rec. 9/2019) (ECLI:ES:TS:2020:1957)
STS 29-12-2020 (rec. 240/2018) (ECLI:ES:TS:2020:1957)
STS 28-1-2021 (rec. 3781/2020) (ECLI:ES:TS:2022:270)
STS 20-5-2021 (rec. 145/2020) (ECLI:ES:TS:2021:2082)
SSTS 8-9-2021 (rec. 1866/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3328); (rec. 2543/2020)
(ECLI:ES:TS:2021:3332); (rec. 2554/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3381)
STS 9-9-2021 (rec. 2143/2020) (ECLI:ES:TS:2021:3389)
STS 15-11-2021 (rec. 4236/2019) (ECLI:ES:TS:2021:4834)
STS 11-1-2022 (rec. 2635/2018) (ECLI:ES:TS:2022:384)
STS 13-1-2022 (rec. 2715/2020) (ECLI:ES:TS:2022:366)
STS 18-1-2022 (rec. 3876/1019) (ECLI:ES:TS:2022:185)
STS 29-3-2022 (rec. 2062/2020) (ECLI:ES:TS:2022:1220)
STS 13-6-2022 (rec. 677/2021) (ECLI:ES:TS:2022:2446)
TSJ
STSJ Galicia 26-9-2019 (rec. 1678/2019) (ECLI:ES:TSJ:GAL:2019:5315)
STSJ Galicia 9-3-2020 (rec. 3636/2019) (ECLI:ES:TSJGAL:2020:1492)

**LOS TRABAJADORES INDEFINIDOS NO FIJOS SON
TRABAJADORES TEMPORALES DESDE LA PERSPECTIVA DE
LA DIRECTIVA 1999/70/CE SOBRE TRABAJO DE DURACIÓN
DETERMINADA**

*Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 26 de abril de 2022
ECLI:EU:C:2022:337*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO*

SUPUESTO DE HECHO: La cuestión prejudicial tiene por base un supuesto de encadenamiento de contratos temporales en fraude de ley celebrados por parte de una Universidad Pública. El demandante, técnico superior del grupo 1 en la Universidad de Barcelona, estuvo prestando servicios para la citada entidad mediante sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado desde 2005 a 2019, sin solución de continuidad, hasta que, llegada esa fecha, firmó un nuevo contrato de duración determinada, esta vez, de interinidad para ocupar la plaza vacante que, en realidad, llevaba ocupando desde sus inicios, a pesar de que no se hubiera creado; puesto que las tareas realizadas por el demandante seguían siendo las mismas.

El Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona consideró necesario que se resolviera la siguiente cuestión: si “la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo, de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”.

RESUMEN: Uno de los aspectos más controvertidos de la figura del indefinido no fijo es la de determinar su verdadera naturaleza; por ello, de forma recurrente, nuestros tribunales han venido planteando cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante), relacionadas con la aplicación de la Directiva 1999/70/CE, sobre el trabajo de duración determinada, al ámbito del empleo público. La pregunta más repetida ha sido la de si el trabajador con relación laboral de carácter indefinida no fija con la Administración, de acuerdo con nuestro derecho interno, se encuentra dentro del ámbito de aplicación

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Grupo de investigación SEJ-322.

de la Directiva. El pasado 26 de abril de 2022, el TJUE ha resuelto una de esas cuestiones, siguiendo la línea defendida en anteriores pronunciamientos, indicando que la Directiva resulta de aplicación a estos trabajadores; pero basando toda su afirmación en un aspecto importante, la naturaleza temporal de los mismos. El TJUE considerará que “las cláusulas 2 y 3, punto 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo de la Directiva 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, deben interpretarse en el sentido de que un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en «indefinida no fija», está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco”.

ÍNDICE:

1. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS
2. EL AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
3. LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y SU RESISTENCIA A EQUIPARAR A ESTOS TRABAJADORES CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES
4. LA JUSTIFICACIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPUESTA DEL TJUE
5. LA CUESTIÓN DE FONDO
6. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES DE RESPUESTA

1. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

El pasado 26 de abril de 2022, el TJUE dictó un Auto dirigido a resolver una de las cuestiones prejudiciales del Asunto C-464/21, planteadas por el Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona, mediante Auto de 27 de julio de 2021. En este Auto, el Juzgado preguntaba al Tribunal si “la categoría de “indefinido no fijo” se corresponde con la definición, a la cual se alude en la cláusula 3 del Acuerdo de trabajador con contrato de “duración determinada”, o bien se trata de un contrato de “duración indefinida”.

El supuesto sobre el que se basa la cuestión prejudicial es un caso de encadenamiento de contratos temporales en fraude de ley por parte de un ente público, en este caso, una Universidad Pública. El demandante, técnico superior del grupo 1 en la Universidad de Barcelona, estuvo prestando servicios para la citada entidad mediante sucesivos contratos temporales por obra o servicio determinado desde 2005 a 2019, sin solución de continuidad, hasta que, llegada esa fecha, firmó un nuevo contrato de duración determinada, esta vez, de interinidad para ocupar la plaza vacante que, en realidad, llevaba ocupando desde sus inicios, a pesar de que no se hubiera creado; puesto que las tareas realizadas por el demandante seguían siendo las mismas.

A pesar de que la pretensión inicial fue la declaración de su relación como indefinida no fija (INF, en adelante), durante el procedimiento judicial se cambió para que se declarara “fija” y, sólo subsidiariamente, INF.

Resulta indubitado para el Juzgado de lo Social que la relación laboral del demandante se encuentra en fraude de ley, ya que, como quedó acreditado en el procedimiento, las funciones y la categoría del trabajador fue siempre la misma. Sin embargo, el Juzgado remitente de la cuestión prejudicial, expone que, conforme a la normativa española, la jurisprudencia del TS y la reciente Ley 12/2021, la única “sanción”, desde su punto de vista “ineficaz” que prevé el ordenamiento es una indemnización y la consideración de la relación laboral como “indefinida no fija”.

Por todo lo expuesto en el Auto, que es extenso en su explicación de la evolución de la jurisprudencia del TS en la materia, y para poder resolver el objeto del litigio, considera el magistrado necesario preguntar al TJUE “si el trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo” que se utiliza en la doctrina judicial española debe asimilarse al trabajador con contrato de duración determinada o al trabajador con contrato de duración indefinida”. Y, en base a ello, plantea las siguientes preguntas, que, a su vez, son complementarias, según el propio magistrado:

“Primera. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración determinada» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?”.

“Segunda. ¿Puede entenderse conforme a la definición de «trabajador con contrato de duración indefinida comparable» establecida en la cláusula 3 del Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo de 28 de junio de 1999, la figura del contrato “indefinido no fijo”, conforme la doctrina jurisprudencial interna, según la cual el contrato de trabajo se extingue en el momento en que se cubre la vacante que ocupa este trabajador con contrato de trabajo “indefinido no fijo”, teniendo en cuenta que obligatoriamente se cubrirá esta vacante aunque no se conozca la fecha exacta?”.

2. EL AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El TJUE considera que la cuestión es clara en la jurisprudencia emanada del mismo y, por ello, recurre a un Auto, conforme al procedimiento previsto en el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento de 25 de septiembre de 2012, que

establece que “cuando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el Tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado”.

Por tanto, pese a las expectativas que algunos habían puesto en la respuesta del Tribunal, parece que éste considera que la cuestión planteada no es nueva y responde manteniendo la misma línea jurisprudencial que venía construyendo; si bien, en mi opinión, dando un pequeño paso más.

Según el alto Tribunal, ante la cuestión de la aplicabilidad del Acuerdo Marco a una relación laboral que la jurisprudencia nacional califica de “indefinida no fija”, de la que es conocedor, después de tantos pronunciamientos, realiza dos precisiones; una en relación con la aplicación de la Directiva tanto al sector privado como al público¹, bastante clara, también en su jurisprudencia. Y la segunda, en relación con la figura concreta del INF, indicando que “un trabajador que ha estado vinculado a su empleador del sector público mediante sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y cuya relación laboral puede convertirse, como sanción, en “indefinida no fija” está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Acuerdo Marco”; confirmando lo ya expresado en anteriores pronunciamientos.

Pero, aclara además el TJUE, considerando que también esto puede deducirse de su jurisprudencia, que es irrelevante que la relación laboral se convierta, como sanción, en indefinida no fija, de acuerdo con la definición de esta figura en la jurisprudencia nacional; pues debemos considerarla incluida en el concepto de contrato de duración determinada. Y ello por cuanto “la relación laboral se extingue por la producción de un hecho o acontecimiento determinado, concretamente la decisión de la Administración de cubrir la plaza de que se trate, en particular, mediante un proceso selectivo, decisión que depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración”². Por tanto, para el Tribunal, la conversión del contrato en “indefinido no fijo” no modifica la naturaleza del mismo.

Este mismo parecer del Tribunal quedó expresado en pronunciamientos anteriores, que recoge el propio Auto del 26 de abril, como en el Auto de 11 de diciembre de 2014, C-86/14, *León Medialdea y Ayuntamiento Huétor Vega*, en el que el TJUE afirmó que, independiente de que el contrato se denomine tras su conversión “contrato indefinido no fijo”, una persona que se encuentra en

¹ Vid. por todas, STJUE de 4 de julio de 2006, (TJUE 2006, 181), C-212/04, *Adeneler y otros*, de 7 de septiembre de 2006 (TJCE 2006, 224), C-180/2004, *Andrea Vassallo*; de 8 de septiembre de 2011, C-177/10, *Rosado Santana* y 19 de marzo de 2020 (TJCE 2020, 17), C-103/18 y C-429/18, *Sánchez Ruiz y Fernández Álvarez*.

² Apartado 25 del Auto de 26 de abril de 2022.

esa situación, “está claramente incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo marco”³. En este caso, se trataba de una trabajadora del Ayuntamiento citado, periodista, que fue contratada en base a un contrato temporal de obra o servicio determinado y prorrogado de forma continuada durante 8 años. La trabajadora prestó sus servicios retribuidos al Ayuntamiento de forma ininterrumpida, hasta que éste aprobó una modificación de la relación de puestos de trabajo existentes en la entidad, suprimiendo algunos de ellos, entre los que se encontraba el de la trabajadora. Tras la comunicación de la baja, el Ayuntamiento no pagó ninguna indemnización a la trabajadora; razón por la cual ésta interpuso recurso contra la resolución de extinción de su relación laboral, solicitando, además, ante el Juzgado de lo Social que se declarara la improcedencia del despido.

El Juzgado consideró que la trabajadora fue contratada en fraude de ley, pero, consciente de la imposibilidad de convertir la relación laboral en fija, por los obstáculos que presenta para ello la necesidad de cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a la función pública, eleva al TJUE la cuestión para que aclare si la jurisprudencia del TS sobre los indefinidos no fijos aplicable al caso determina que el INF es un trabajador de duración determinada, desde el punto de vista de la Directiva, o no. Y añade, además, tres cuestiones relacionadas con los derechos aplicables a estos trabajadores. Así, la primera se centra en preguntar si es compatible con el Derecho comunitario la interpretación y aplicación del derecho nacional que sigue la entonces mayoritaria jurisprudencia del TS, consistente en que cuando nos encontramos con contratos de trabajo de duración determinada fraudulentos en el sector público transformados en indefinidos no fijos, la Administración debe cubrir o amortizar la plaza unilateralmente, sin abonar ninguna indemnización alguna⁴. La segunda pregunta es si sería compatible con la Directiva la actuación de la Administración, de existir el abono de esa indemnización. Y la última, si sería compatible la actuación de la Administración si para acordar la cobertura o amortización debiera acudir a los procedimientos y causas previstos para los despidos por causas objetivas con abono de la misma indemnización.

A las cuestiones prejudicial planteadas, el TJUE responde, en primer lugar, que un trabajador que es declarado indefinido no fijo, conforme a nuestra jurisprudencia, está incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva. También aclara que no es compatible con la Directiva (cláusula 5) una normativa nacional que no incluya ninguna medida efectiva para sancionar los abusos resultantes del

³ Apartado 41.

⁴ En la fecha del Auto *León Medialdea y Huétor Vega*, 2014, aún el TS consideraba que no había que abonar ninguna indemnización a los INF; pues fue la Sentencia de 24 de junio de 2014 (rec. 217/2013), la que rectificó esta doctrina considerando procedente la aplicación del procedimiento previsto en los artículos 51 y 52 c) ET, en los supuestos de amortización de la plaza vacante ocupada por un trabajador.

uso de sucesivos contratos de duración determinada en el sector público. Y, por último, recuerda que corresponde al juzgado remitente apreciar, conforme a la normativa interna, qué naturaleza ha de tener la indemnización concedida a un trabajador INF, “para considerar que esa indemnización constituye una medida suficientemente efectiva para sancionar los abusos, en el sentido de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada.

A raíz de dicho Auto del TJUE, el TS dictó su Sentencia de 6 de octubre de 2015 (rcud. 2592/2014), donde considera aplicable a estos casos de cese del INF por cobertura reglamentaria de la vacante, la indemnización prevista en el artículo 49.1 c) ET. Doctrina que, como sabemos, volvería a rectificar más adelante.

Idéntica afirmación sobre la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de los INF, encontramos en la Sentencia de 25 de julio de 2018, C-96/17, *Verdana Ayovi*, en la que, sin entrar a valorar el fondo de la cuestión considera que, dado que el juzgado remitente indica que un contrato de trabajo indefinido no fijo debe considerarse, con arreglo a los criterios que marca el Derecho nacional, contrato de duración determinada, el Tribunal concluye que la trabajadora implicada en el litigio principal “tiene la condición de trabajador con contrato de duración determinada, en el sentido de la cláusula 3, apartado 1, del Acuerdo marco y, por tanto, está comprendida en el ámbito de aplicación de este”⁵.

Y se puede considerar que es lógica la uniforme respuesta del Tribunal, atendiendo a la exposición de la jurisprudencia del TS que han venido haciendo los Tribunales de Justicia españoles, en relación con la figura del indefinido no fijo. Pues, como tantas veces ha indicado el TJUE, corresponde a los tribunales nacionales interpretar el derecho interno, que deberán determinar “si lo dispuesto en la normativa nacional aplicable cumple las exigencias establecidas en la cláusula 5 del Acuerdo Marco”⁶. De forma que no ha cuestionado en ningún caso el TJUE la jurisprudencia interna expuesta por los órganos judiciales que plantean las cuestiones prejudiciales; sino que, en base dicha exposición, toma la decisión. E insiste en que, “incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar en qué medida los requisitos de aplicación y la ejecución efectiva de las disposiciones pertinentes del Derecho interno hacen que estas constituyan una medida apropiada para prevenir y, en su caso, sancionar el uso abusivo de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada”⁷.

⁵ Apartados 25 y 26.

⁶ Vid. entre otras, Sentencias el TJUE de 14 de septiembre de 2016 (TJUE 2011/255), *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, apartado 42 y 21 de noviembre de 2018, C-619/17, *De Diego Porras II*, apartado 89; y STJUE de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021/30), *M.V. y otros*, C-760/18, ap. 60.

⁷ De nuevo, SSTJUE de 21 de noviembre de 2018, *De Diego Porras II*, ap. 90, de 11 de febrero de 2021 (TJCE 2021/30), *M.V. y otros*, C-760/18, ap. 61 y de 13 de enero de 2022 (TJCE 2021/265), C-282/19, ap. 86.

Por ello, es importante resaltar que el Juzgado de Barcelona aclara en su exposición que la relación indefinida no fija tiene un plazo temporal que determina su finalización, aunque éste sea incierto, ya que la Administración viene obligada a cubrir reglamentariamente la plaza y extinguir el contrato indefinido no fijo en el mismo momento en que se cubra. Y por eso, afirma, sin lugar a dudas, que “este criterio implica equiparar la situación de las personas con las que se ha utilizado abusivamente -o fraudulentamente- la contratación temporal y cuyo efecto, según la legislación española, sería el reconocimiento de su contrato como indefinido, con las que han suscrito un contrato de interinidad, y cuya vigencia es, por su propia naturaleza, temporal”.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y SU RESISTENCIA A EQUIPARAR A ESTOS TRABAJADORES CON LOS TRABAJADORES TEMPORALES

El Tribunal Supremo, después de algunos cambios de parecer, se puede decir que, poco a poco, va alejando la figura del indefinido no fijo de los contratos temporales para situarla en una posición más cercana a los trabajadores fijos; aunque no deja de reiterar en su jurisprudencia que estos trabajadores gozan de “un derecho a ocupar la plaza hasta que se cubra por el procedimiento previsto o se amortice”⁸.

Ya en sus sentencias de 20 y 21 de enero de 1998⁹, consideraba el Tribunal que estos contratos no podían considerarse sujetos a término porque se trata, como su propio nombre indica, de contratos de carácter indefinido; si bien, reconocía que no era posible que el trabajador consolidase el puesto de trabajo sin superar procedimientos de selección, debiendo poder optar a adquirir la condición de fijo de plantilla por los cauces reglamentarios habituales; siendo, por tanto, la cobertura reglamentaria de la plaza, “una causa lícita de extinción”. Por tanto, como posteriormente reiterara el TS, la Administración, ante la declaración judicial de la relación laboral como “indefinida no fija”, sólo tenía dos opciones dotar la plaza, si es que no lo hubiera hecho, y cubrirla por los procedimientos reglamentarios, o amortizarla; de forma que sólo reconoce estas dos posibilidades como única causa de extinción del contrato INF¹⁰. Y la inclinación de la Administración por una decisión u otra se haría depender de si el puesto de trabajo para el que el INF fue contratado tenía carácter estructural, es decir, respondía a necesidades no

⁸ Vid. por todas, SSTS de 2 de julio de 2021, RJ 2021\3311, rec. 73/2020, 8 julio de 2021, RJ 2021\3734, rec. 1619/2020 y 16 noviembre de 2021, RJ 2021\5113, rec. 3657/2020.

⁹ Recursos de casación para la unificación de doctrina 317/1997 y 315/1997 y RJ 1998/1000 y 1998/1138 respectivamente.

¹⁰ STS de 30 de mayo de 2007, rec. 5315/2005, RJ 2007/6113.

temporales sino estructurales, o si, por el contrario, la prestación respondía a una necesidad temporal¹¹.

No obstante, a pesar de que el TS acepta esta causa para finalizar la relación laboral de estos trabajadores con el ente público del que dependen, no duda en afirmar que las condiciones laborales y su consideración han de ser la de trabajadores indefinidos, acercando su régimen jurídico lo más posible a éstos y aceptando, como único límite, la consolidación del puesto de trabajo como fijo de plantilla. Por eso, en muchas ocasiones, el TS ha reconocido a estos trabajadores derechos propios de los trabajadores fijos, siempre que fueran compatibles con los principios constitucionales de acceso al empleo público¹².

A mayor abundamiento, el reciente reconocimiento desde la propia jurisprudencia del TS de la existencia de trabajadores indefinidos no fijos-discontinuos, parece acercar, aún más, la naturaleza de esta figura a la de los trabajadores indefinidos, alejándola, de nuevo, de los temporales. Aunque hemos de aceptar también que la figura de los fijos discontinuos mantiene un carácter temporal en lo que se refiere a su actividad, a pesar de que se reitera en el tiempo.

Con este panorama, en mi opinión, no es posible afirmar que, desde la jurisprudencia del TS, los INF sean equiparables a los trabajadores temporales exactamente.

Desde estos pronunciamientos y, considerando que hay una limitación clara para el acceso a la condición de trabajador fijo y, por tanto, también una obligación de extinguir dicha relación laboral por parte de la administración, bien que, con causa justificada y previo pago de una indemnización, es desde la que el Juzgado de lo Social plantea la cuestión.

4. LA JUSTIFICACIÓN DEL JUZGADO DE LO SOCIAL PARA PLANTEAR LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

A pesar de que el Juzgado de lo Social de Barcelona es concedor de la jurisprudencia del TJUE, considera que hay razones para plantear la cuestión prejudicial.

Por un lado, basa la misma en la solicitud del demandante de que su relación laboral sea considerada “fija”; pues, a pesar de que, como dice el magistrado, existe una amplia y conocida jurisprudencia del TS que encamina a considerar la situación del demandante como una relación indefinida no fija, ya que no hay dudas de su carácter fraudulento, hay algunas cuestiones que impiden tener tan

¹¹ Vid. de nuevo Rodríguez Escanciano, S., “La jurisprudencia reciente...”, op. cit. p. 6.

¹² Tal es el caso del derecho de promoción. Vid. Sentencia de 2 de abril de 2018, (recurso 5315/2005).

clara esta consecuencia. Una de ellas es la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio e 2021, que reconoció una indemnización similar a la que correspondería por despido objetivo (art. 53 ET), en caso de que la interinidad por vacante superase los 3 años. En este caso y partiendo el magistrado de una equiparación entre el INF y el trabajador interino, dice en su Auto que “se ha incorporado la indemnización como un factor para prevenir la utilización abusiva de los contratos temporales, pero mantiene la misma naturaleza temporal de las personas consideradas “indefinidas no fijas”, puesto que la vigencia de su contrato está ligada al cumplimiento de una circunstancia que se producirá con toda seguridad -la cobertura de la vacante que ocupa-, lo cual desvirtúa por completo el efecto útil de la Directiva, ya que la indemnización se erige en la única medida, no eficaz, para prevenir la contratación temporal, y con cargo al erario público”.

La segunda es, como se indica en el Auto, que los términos “indefinido” y “fijo” son usados por el legislador laboral como sinónimos, pero en la doctrina judicial se han contrapuesto, sin que se haya explicado cuánta más seguridad de estabilidad otorga el término “fijo” que el “indefinido”, si en el artículo 15, apartado 1, del Estatuto de los Trabajadores se utiliza indistintamente “indefinido” (“[...]el contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada) y “fijo” (“[...]transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”).

5. ASPECTOS RELEVANTES DE LA RESPUESTA DEL TJUE

No obstante, y a pesar de la profundidad de la exposición de las razones que llevan al Juzgado de lo Social a plantear la cuestión, el TJUE resuelve con prontitud y de una forma muy escueta, reiterando anteriores pronunciamientos.

Deja claro, no obstante, sin cambiar de criterio, como en alguna ocasión ha sucedido, que la figura del “indefinido no fijo” se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70. Lo que no viene a añadir ninguna novedad a sus anteriores pronunciamientos¹³; pero añade dos aspectos que son clave, a mi entender, para avanzar algo más en la consideración de la verdadera naturaleza de los trabajadores INF. Afirma el TJUE que “es irrelevante que la relación laboral entre dicho demandante y su empleador se convierta, como sanción, en “indefinida no fija”; pues, siempre basándose en las afirmaciones del juzgado remitente, “el concepto de trabajador indefinido no fijo, tal como lo define la jurisprudencia

¹³ También mantiene sus dudas sobre lo novedoso de éste y próximos pronunciamientos del TJUE Rojo Torrecilla, E., “Siguen los debates sobre el empleo público y la estabilización, y unas notas a propósito del auto del TJUE de 26 de abril de 2022 (asunto c-464/21)”, Entrada del Blog de 16 de mayo de 2022.

nacional, está incluido, en realidad en la definición de trabajador con contrato de duración determinada que figura en el Acuerdo Marco”.

Esta última apreciación del Tribunal, aunque se basa en la explicación que el órgano proponente de la cuestión prejudicial realiza sobre la figura del indefinido no fijo, que, por otro lado, no es desconocida para el TJUE, es más clara que las anteriores y relaciona directamente la figura del INF con la de un trabajador de duración determinada definido en la Directiva. Esta equiparación entre trabajadores INF y trabajadores de duración determinada a efectos de la Directiva viene justificada, según el TJUE por esa obligación de extinguir la relación laboral para cubrir la plaza por los procedimientos legalmente establecidos, que la jurisprudencia del TS impone a los empleadores públicos, pero que, como constata el TJUE, “depende exclusivamente de la voluntad de la propia Administración”.

Hasta aquí, la respuesta del Tribunal de Luxemburgo, se puede decir, es lógica, ya que, al existir una obligación de extinguir el contrato INF por parte de la Administración, aunque no sea cierta dicha fecha, éste no puede considerarse indefinido sino temporal.

Sin embargo, apostilla el TJUE que, de ser ello así, cuestión que corresponde comprobar al juzgado remitente, “la conversión de la relación laboral entre las partes en el litigio principal en indefinida no fija es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, pero no modifica la propia naturaleza de estos contratos”, y cita para ello, la jurisprudencia recogida en la STJUE de 11 de diciembre de 2014, *Asunto León Medialdea*.

De este modo, el TJUE deja muy clara, en mi opinión, tres cuestiones; por un lado, la naturaleza temporal de los INF, sobre la base de que su relación laboral con la Administración tiene una duración a la que se pondrá fin cuando la propia Administración quiera. Y es esa la razón por la que habrán de ser considerados, a efectos de la aplicación de la Directiva, como trabajadores de duración determinada. En segundo lugar, que la conversión de una relación de duración determinada en el sector público en otra denominada “indefinida no fija” no altera dicha naturaleza temporal. Y, por último, que la conversión en INF de la relación es una sanción que, como hemos dicho, no modifica la naturaleza del contrato.

De esta última afirmación podríamos deducir, tal vez, que el TJUE está considerando que, como sanción disuasoria y efectiva, de las que exige la Directiva en su cláusula 5, no es válida; puesto que transformar el contrato de duración determinada en otro con la misma naturaleza no podría ser adecuado a los dictados de la citada norma comunitaria. Lo que nos llevaría, según la Directiva, a tener que contar con otras medidas suficientemente eficaces para evita el abuso de la temporalidad en el sector público.

6. LA CUESTIÓN DE FONDO

Todo lo expuesto lleva a pensar en una posible consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo cara a considerar el cumplimiento de la Directiva. Si la transformación del contrato temporal en indefinido no fijo, en cuanto sanción para evitar el abuso de la temporalidad en el sector público, es una medida adecuada para esta finalidad exigida por la Directiva.

Es posible encontrar muchas sentencias del TJUE donde se trata de dilucidar si la prohibición de transformar el contrato en “fijo” en el ámbito del sector público es conforme a los requerimientos de la Directiva, con resultado positivo¹⁴. Pues la Directiva no impone la conversión de los contratos de duración determinada abusivos en indefinidos, sino que corresponde a los Estados “determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido”; y elegir qué medida adoptarán en sus ordenamientos internos para evitar dicha utilización abusiva de la contratación temporal¹⁵. Pues, “para que una normativa nacional que prohíbe de forma absoluta, en el sector público, transformar en un contrato de trabajo por tiempo indefinido una sucesión de contratos de trabajo de duración determinada pueda ser considerada conforme con el Acuerdo marco, el ordenamiento jurídico interno del Estado miembro de que se trate debe contar, en dicho sector, con otra medida efectiva para evitar y, en su caso, sancionar la utilización abusiva de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada”¹⁶.

Pero es que, en relación con esta solución, no se puede olvidar que, si la sanción es castigar el abuso en la temporalidad con más temporalidad, que es en esencia lo que el TJUE considera que debe ser una relación indefinida no fija, podríamos entender que no se cumpliría el objetivo de la Directiva¹⁷.

La conformidad de la doctrina de los INF acuñada por el TS, primero, y de Ley 20/2021 después, con los dictados de la Directiva es lo que se ha pretendido

¹⁴ Vid. por todas, SSTJUE de 7 de septiembre de 2006, Asunto *Andrea Vassallo* y Asunto *Marrosu y Sardino*, C-180/04 y C-53/04, conforme a las cuales “la cláusula 5 del Acuerdo Marco no se opone como tal, a que la utilización abusiva de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada corra suertes diferente en un Estado miembro según estos contratos o relaciones hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del público”; lo que sí debe existir es “alguna otra medida efectiva para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de los contratos de duración determinada sucesivos”.

¹⁵ Vid. STJUE de 14 de septiembre de 2016, Asuntos *Martínez Andrés y Castrejana López*, C-184/15 y C-197/15, apartado 39.

¹⁶ SSTJUE de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, C-212/04, apartado 105; de 7 de septiembre de 2006, *Marrosu y Sardino*, C-53/04, apartado 49; de 7 de septiembre de 2006, *Andrea Vassallo*, C-180/04, apartado 34, y de 23 de abril de 2009, *Angelidaki y otros*, C-378/07 a C-380/07, apartados 161 y 184.

¹⁷ Vid. Beltrán De Heredia, I., “El TJUE responde a la primera de las cuatro cuestiones prejudiciales sobre los indefinidos no fijos (ATJUE 26/4/22)”, entrada del Blog de 3 de mayo de

abordar desde las cuestiones planteadas por los tribunales españoles; siendo ésta una cuestión que a nadie deja indiferente, por la gran cantidad de dudas que plantea. Como sabemos, al ser la figura del INF una creación jurisprudencial que no se corresponde con una regulación específica y desarrollada por el legislador, genera una gran inseguridad, muy especialmente en relación con su naturaleza.

Como se ha indicado en algunas de estas cuestiones los términos “indefinido” y “fijo” son sinónimos para el legislador laboral, que los utiliza indistintamente en la norma que sanciona el abuso en la temporalidad de nuestro mercado de trabajo (art. 15 ET). Sin embargo, al crear una figura intermedia entre el carácter indefinido y la condición de fijo en el sector público, los esquemas conceptuales que se emplean en el derecho laboral, han de ser apartados para comenzar a concebir dicha relación con los parámetros del derecho administrativo. Efectivamente, es la “fijeza” como sinónimo de adquisición de la condición de empleado público que ocupa una plaza laboral fija o como funcionario, y como sinónimo de estabilidad, lo que está vetado a este personal “indefinido no fijo”. Por tanto, no es de extrañar que dicha relación “indefinida” no lo pueda ser desde el punto de vista del derecho laboral, pues no comprende el elemento principal, es decir, la estabilidad.

Desde este punto de vista, no extraña la decisión del TJUE que, sin entrar a valorar más cuestiones, considera que la naturaleza temporal del INF es algo que ya ha quedado claro en el ámbito de la jurisprudencia comunitaria. Sin embargo, sí es una naturaleza extraña para el concepto que la jurisprudencia del TS ha ido acuñando.

El TS aleja esta figura de la del trabajador temporal por varias razones; en primer lugar, porque está aplicando una sanción que recoge la norma laboral (art. 15 ET; y, en segundo lugar, porque va a ir reconociendo a estos trabajadores los derechos de los trabajadores indefinidos que sean compatibles con el respeto a los principios constitucionales y administrativos de acceso al empleo público.

Pero también se puede apreciar este alejamiento de la figura del trabajador de duración determinada al analizar la indemnización que, según el TS, les corresponde en caso de extinción de su relación laboral. Esta indemnización, como reconoció el alto Tribunal, es la que se regula en el artículo 53 ET para la extinción de la relación laboral por causas objetivas¹⁸ y no la que contiene el artículo 49.1 c) ET para las extinciones de los contratos temporales. Indemnización muy parecida

2022, para quien “en efecto, puede entenderse que es un contrasentido que la sanción al abuso en la temporalidad sea la conversión del contrato en un nuevo contrato temporal. Pero también, a pesar de esta (al menos, «aparente») contradicción, podría defenderse que el TJUE se siente «cómodo» con esta «plasticidad» característica de la figura de los INF”.

¹⁸ Jurisprudencia consolidada del TS desde la sentencia de 28 de marzo de 2017 (rcud. 1664/2015).

a la que el legislador ha decidido regular en la Ley 20/2021, de 28 de diciembre, de medidas destinadas al control de la temporalidad en el empleo público¹⁹.

7. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PENDIENTES DE RESPUESTA

En la actualidad, al cierre de este comentario, quedan pendientes de responder cuatro cuestiones prejudiciales, planteadas por tribunales españoles; tres planteadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y una presentada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona. En éstas, insisten nuestros tribunales en plantear la adecuación de la Ley 20/2021 con la Directiva 1999/70/CE; especialmente, en lo referente a la regulación de la indemnización que podrá corresponder a los INF en el momento en que su relación laboral se extinga.

No obstante, a juzgar por los pronunciamientos que hasta ahora hemos conocido, no podemos confiar ciegamente en que el TJUE entre al fondo del asunto y valore la idoneidad de nuestra norma, desde el punto de vista de la Directiva comunitaria; aunque espero estar equivocada al respecto. Ya, al menos, sabemos que los trabajadores indefinidos no fijos no son indefinidos.

¹⁹ Esta norma añade una disposición adicional decimoséptima al EBEP, conforme a la cual, “En el caso del personal laboral temporal, el incumplimiento de los plazos máximos de permanencia dará derecho a percibir la compensación económica prevista en este apartado, sin perjuicio de la indemnización que pudiera corresponder por vulneración de la normativa laboral específica. Dicha compensación consistirá, en su caso, en la diferencia entre el máximo de veinte días de su salario fijo por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades, y la indemnización que le correspondiera percibir por la extinción de su contrato, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año. El derecho a esta compensación nacerá a partir de la fecha del cese efectivo, y la cuantía estará referida exclusivamente al contrato del que traiga causa el incumplimiento. En caso de que la citada indemnización fuere reconocida en vía judicial, se procederá a la compensación de cantidades”.

VIDEOVIGILANCIA ENCUBIERTA, PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO DE INFORMACIÓN DE LAS PERSONAS EMPLEADAS DEL HOGAR FAMILIAR

*Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo núm. 692/2022, de 22 julio
ECLI: ES: TS: 2022: 3160*

ROSA MARÍA PÉREZ ANAYA*

SUPUESTO DE HECHO: La Sentencia aborda el despido disciplinario de una trabajadora del hogar familiar por un incumplimiento contractual grave y culpable consistente en la sustracción de una suma importante de dinero, así como de otros objetos de valor propiedad de la titular del hogar. La persona titular del hogar tras tener conocimiento de la sustracción decide instalar una cámara de videovigilancia sin informar a la trabajadora y tras la captación de imágenes que corroboran la comisión del ilícito decide despedirla disciplinariamente. La trabajadora del hogar solicita la calificación del despido como improcedente justificado en la ausencia de información por la empresa de la instalación del sistema de videovigilancia y la consiguiente vulneración de los artículos 89.1 y 22.4 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. En primera instancia se rechaza la solicitud de improcedencia del despido, mientras que el TSJ admite la calificación del despido como improcedente. En ambas instancias, la diferente decisión adoptada por los tribunales se fundamenta en la distinta valoración de la obtención de la prueba que justifica el despido a través de un sistema de videovigilancia encubierta. El titular del hogar familiar acude al Tribunal Supremo en unificación de doctrina valorando la idoneidad del medio de prueba, que acepta por las circunstancias excepcionales que envuelven el caso, aunque no exime a la persona titular del hogar de cualquier otra responsabilidad derivada por el incumplimiento de la Ley orgánica de protección de datos.

RESUMEN: La instalación de un sistema de videovigilancia encubierta en el hogar familiar colisiona con el derecho a la protección de datos de la persona trabajadora, en concreto, con el derecho de información. Este derecho sólo decae

* Profesora Contratada Doctora. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación “Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible”, con referencia PGC2018-095263-B-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCI), la Agencia Estatal de Investigación (AEI) y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER)”.

ante acontecimientos excepcionales y singulares que permiten aceptar las imágenes extraídas como medio de prueba para fundamentar un despido disciplinario. Para su resolución, resulta fundamental la aplicación de la doctrina sentada por la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia 144/2019 (en el caso López Ribalda II), en donde conoce de la posible vulneración de derechos fundamentales de la persona trabajadora a partir de la instalación en el lugar de trabajo de un sistema de videovigilancia encubierto.

ÍNDICE

1. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL PERSONAL DEL HOGAR FAMILIAR Y ANTECEDENTES DE HECHO
2. LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 144/2019, DE 17 DE OCTUBRE (CASO LÓPEZ RIBALDA II) EN LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA EN LOS LUGARES DE TRABAJO: ALGUNOS APUNTES
3. PROTECCIÓN DE DATOS Y SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA
 - 3.1. Marco Normativo
 - 3.2. El hogar familiar (versus lugar de trabajo) y protección de datos
 - 3.3. El derecho de información de la persona videovigilada y sus límites, ¿y el consentimiento?
 - 3.4. El juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, en concreto, de la instalación de un sistema de videovigilancia encubierto
4. CONCLUSIONES

1. LAS CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL PERSONAL DEL HOGAR FAMILIAR Y ANTECEDENTES DE HECHO

La incorporación de las Nuevas Tecnologías (en adelante NNTT) en las empresas está repercutiendo de forma positiva en su productividad, permitiéndoles la obtención de mejores resultados económicos, e incluso, facilitando la toma de decisiones sobre las personas trabajadoras; no obstante, también les repercute de forma negativa pues a través de ellas se pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas trabajadoras debiendo asumir la correspondiente responsabilidad en tales casos. Por ello, resulta necesario establecer límites legales al uso de las NNTT susceptibles de vulnerar derechos fundamentales en los lugares de trabajo, y en nuestro caso, también de las personas empleadas en el hogar familiar.

La prestación de servicios por el personal del hogar familiar es una relación laboral de carácter especial que se encuentra regulada en el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (en adelante RD1620/2011). Ya en el Preámbulo de la norma se hace referencia a las características propias de esta prestación de servicios que fundamentan la necesidad de contar con una regulación propia y específica, aunque encontremos remisiones constantes al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de

octubre por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) para la regulación de determinados aspectos.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de la norma reguladora, vamos a centrarnos en exponer las particularidades de esta prestación de servicios que están expresamente relacionadas con el supuesto que conoce la STS 692/2022, de 22 de julio (en adelante STS 692/2022).

Esta prestación de servicios encuentra su principal peculiaridad en el lugar donde se desarrolla, así como en la (supuesta) relación de confianza que debe de existir entre el titular del hogar familiar y la persona contratada para desempeñar este trabajo. El hogar familiar está vinculado al derecho a la intimidad personal y familiar de los sujetos que habitan en el mismo, por lo que es necesaria la existencia de esa relación de confianza entre ambas partes sin que resulte necesario explicitarlo en el contrato, pues se trata de una presunción iuris tantum vinculada, como hemos señalado, precisamente al lugar donde se desarrolla la prestación.

La prestación de servicios debe tener las características sustantivas de una prestación de servicios común: realizarse de forma voluntaria, dependiente, por cuenta ajena y retribuida (art. 1.2 RD 1620/2011) y, el objeto puede ser cualquiera de las actividades señaladas en el art. 1.4 RD 1620/2011 aunque también existen actividades excluidas de la aplicación de la norma (art. 2 RD 1620/2011).

La persona que asume el rol de empleador o empresario (art. 1.3 RD1620/2022) en esta prestación de servicios es el titular del hogar familiar, aunque no esté previsto expresamente en el art. 1.2 ET entre los empresarios o empleadores específicamente citados en el precepto, pues recordemos que no se trata de una enumeración exhaustiva. Sobre este particular volveremos en un epígrafe posterior.

El resto del contenido de la norma reguladora relevante para el caso que se enjuicia, realiza, como hemos señalado, concretas remisiones al ET, con el objeto de completar la regulación de determinados aspectos de la misma. Uno de estos aspectos en los que la norma específica se remite al ET es en la extinción del contrato (art. 11.1 RD 1620/2011), donde se alude expresamente a las causas establecidas en el art. 49.1 ET, entre ellas, la que fundamenta el caso analizado, en concreto, a la extinción por despido del trabajador (apartado c del precepto)¹. En la sentencia que estamos analizando, la decisión del titular del hogar familiar de despedir disciplinariamente a la persona trabajadora del hogar está basada en la transgresión de la buena fe contractual y en el abuso de confianza en el desempeño del trabajo (art. 54 d) ET).

¹ El RD 1620/2011 ha sido recientemente modificado por el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, resultando afectados, entre otros, el art. 11, aunque no ha sido aplicado por el TS en la Sentencia 692/2022 pues los acontecimientos enjuiciados fueron anteriores.

El despido disciplinario debe realizarse por escrito (art. 11.2 RD 1620/2011) especificando el contenido establecido en el art. 55.1 ET, esto es, deberá detallarse los hechos que lo justifican, así como la fecha en que la que el despido será efectivo (art. 55.1 ET); además, el titular del hogar familiar deberá poner de forma simultánea a disposición de la persona trabajadora la liquidación de las cantidades adeudadas correspondientes hasta la fecha efectiva del despido (art. 49.2 ET).

Al respecto, en el supuesto enjuiciado y como ya hemos señalado, el titular del hogar familiar manifiesta en la carta de despido como causa que motiva la decisión extintiva la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Causa fundamentada en los hechos que seguidamente relata de forma cronológica en el burofax que la persona despedida recibe el 7 de agosto de 2019.

A grandes rasgos, aunque en el documento se exponen detalladamente los hechos, el día 6 de junio de 2019, el cónyuge de la empleadora observa la falta de una cantidad elevada de dinero en metálico (30 mil euros) y de monedas y billetes antiguos de colección, ambas guardadas en una caja fuerte de un armario de la habitación matrimonial, así como de una caja con joyas guardada en un cajón de una cómoda de la misma habitación.

Ante esta situación los titulares del hogar deciden (el día 27 de junio de 2019) instalar una única cámara de vigilancia en la habitación enfocando directamente al armario donde se encuentra la caja fuerte. Y es al supervisar las imágenes que la cámara graba el día 11 de julio cuando queda registrado que la persona despedida intenta abrir la caja fuerte con una llave, sin conseguirlo, pues tras las sospechas surgidas, la apertura de la caja fuerte requería de una combinación numérica.

Es la instalación de la cámara de videovigilancia sin comunicación previa a la persona trabajadora en el hogar familiar la que centra el pronunciamiento del Tribunal Supremo por la posible vulneración del art. 89.1 de la LOPD y, concretamente, sobre si la imagen captada por el sistema de videovigilancia encubierta debe ser tenida en consideración como prueba para despedir a la empleada del hogar.

2. LA INCIDENCIA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS 144/2019, DE 17 DE OCTUBRE (CASO LÓPEZ RIBALDA II) EN LA RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN LOS LUGARES DE TRABAJO: ALGUNOS APUNTES

Como pone de manifiesto la propia STS que estamos analizando, la instalación de un sistema de videovigilancia en el lugar de trabajo ha sido un tema recurrente por los tribunales nacionales que nos han aportado soluciones diversas, algunas controvertidas y con votos disidentes o particulares sobre la cuestión enjuiciada

y siempre relacionadas directamente con la posible afectación a los derechos fundamentales de la persona trabajadora. Así mismo ocurre en el TEDH, pues no es la primera vez que aborda el uso de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo y su repercusión en los derechos de protección de datos y el respeto a la vida privada de las personas trabajadoras. Por ello, sin ánimo de extendernos en una exposición casuística del tratamiento por los distintos tribunales de los problemas derivados de la instalación y utilización de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo, vamos a centrarnos por su incidencia en la resolución del TS que estamos analizando, en el tratamiento que sobre este controvertido tema ha realizado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), Gran Sala, en la sentencia 144/2019, de 17 de octubre (en adelante STEDH 144/2019) conocida como caso López Ribalda II, de la que expondremos su doctrina a grandes rasgos².

En la STEDH 144/2019, la Abogacía del Estado recurre ante la Gran Sala del TEDH la sentencia de 9 de enero de 2018 (STEDH 1/2018), argumentando que no fueron los tribunales nacionales los que vulneraron el derecho de privacidad, sino que esta vulneración se produjo en una esfera privada, esto es, entre empresa y personas trabajadoras y que, por tanto, en el supuesto que se enjuicia no se vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH). En este sentido, el TEDH admite que el citado art. 8, permite a los Estados establecer los mecanismos a partir de los cuales se va a garantizar el derecho de privacidad de las personas trabajadoras frente a actos de la empresa que puedan vulnerarlos, aceptando que, en todo caso, estas medidas deben ser proporcionadas, adecuadas y suficientes³. Para ello, la STEDH admite que los tribunales nacionales con el

² Esta STEDH ha sido analizada de forma suficiente por la doctrina, entre otras, podemos citar: Lenzi, O. “El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancias: El concreto supuesto del trabajo doméstico.” *Revista Temas Laborales* N° 146/2019, pp. 168 a 177; Henríquez Tillería, S. “Protección de datos, videovigilancia laboral y doctrina de la sentencia López Ribalda II: Un peligroso camino hacia la degradación de la obligación de información.” IUSLABOR 3/2019; Ochoa Ruiz, N. “Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto López Ribalda y otros c. España [GC_], nos 1874/13 y 8567/13, de 17 de octubre de 2019.” *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 1, 2020. En general, la mayor parte de los artículos doctrinales relativos a la videovigilancia en los lugares de trabajo realizan algún comentario sobre esta sentencia del TEDH, entre otros: Román Lemos, J. “La videovigilancia en el ámbito laboral. Algunos aspectos destacados en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (2019-2020).” *Revista Internacional de la Protección Social*, Volumen VI, N° 2, 2021; Montesdeoca Suárez, A. “La videovigilancia en el ámbito laboral: El poder de control del empresario versus el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras.” *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, N° 5, 2022; etc.

³ Señala expresamente el Fundamento 114: “No obstante, recordó que, con independencia del margen de maniobra que gocen los Estados para elegir los medios para proteger los derechos en cuestión, los tribunales internos deben garantizar que la aplicación por parte de un empleador de medidas de supervisión que atenten contra el derecho a la privacidad o correspondencia de los empleados, sea proporcionada y vaya acompañada de las garantías adecuadas y suficientes contra el abuso”.

objeto de determinar la proporcionalidad de la videovigilancia en los lugares de trabajo deberían tener en cuenta el denominado test Barbulescu (Fundamento 116)⁴. Y recuerda que, este test implica el análisis de si la medida adoptada por la empresa cumple los siguientes principios: a) Principio de transparencia; b) Principio de causalidad real y seria; c) Principio de proporcionalidad; y d) Principio de efectividad de la tutela. No obstante, como admiten los autores este test debe superarse con carácter previo al examen del principio de proporcionalidad por los tribunales nacionales⁵.

Recordemos que el asunto que conoce el TEDH trata sobre la instalación de un sistema de videovigilancia en el lugar de trabajo por una empresa tras detectar irregularidades entre “los niveles de stocks y las cifras de ventas del supermercado” (Fundamento 11). El sistema de videovigilancia instalado estaba compuesto por cámaras visibles y por cámaras ocultas. La Gran Sala del TEDH decide examinar todas las quejas presentadas sobre los arts. 6 y 8 del CEDH, pues las demandantes mantenían que el despido se fundamentó en la utilización por la empresa de unas grabaciones obtenidas por unas cámaras sobre las que no fueron informadas, considerando que esta actuación vulneraba el derecho a su vida privada, y que la aceptación de las grabaciones por los tribunales nacionales suponía un incumplimiento de la obligación de los órganos jurisdiccionales nacionales de proteger este derecho. La STEDH fundamenta su resolución en la anterior Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre sobre Protección de Datos de Carácter Personal y, en el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 sobre la Protección de las Personas Físicas respecto al Tratamiento de Datos de Carácter Personal y a la Libre Circulación de dichos Datos.

La doctrina más relevante extraída de la STEDH 144/2019 puede ser resumida en los términos que exponemos a continuación.

El TEDH admite que en los lugares de trabajo se pueden instalar dos tipos de cámaras unas visibles sobre las que la empresa debe cumplir el deber de información al que tienen derecho los trabajadores de la misma y, otras encubiertas, en las

⁴ Henríquez Tillería, S. “Protección de Datos, Videovigilancia laboral y la Doctrina de la Sentencia López Ribalda II...”, op. cit., pp. 70 y 71; López de la Fuente, G. *Revolución tecnológica y su impacto en las relaciones de trabajo y en los derechos de los trabajadores*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2020, p. 100. Ambos autores exponen que en la STEDH la gran Sala utiliza el test Barbulescu para el análisis de la proporcionalidad de la videovigilancia en el lugar de trabajo.

⁵ Extraído de: Molina Navarrete, C. “El poder empresarial de control digital: ¿Nueva Doctrina del TEDH o mayor rigor aplicativo de la presente? *Revista IusLabor*, 3/2017, p. 293. El autor expone y explica el test Barbulescu distinguiendo los principios señalados, y admite en la p. 294: “Si no se supera ese test no puede irse al de proporcionalidad”. Por lo que debemos entender que resulta necesario que los tribunales ante medidas adoptadas por el empresario susceptible de vulnerar derechos fundamentales de la persona trabajadora realicen el test Barbulescu y posteriormente el juicio de proporcionalidad.

que la empresa no realiza este deber de información y que tienen como finalidad controlar la comisión de un ilícito por las personas trabajadoras (Fundamento 130). Así aparece en el supuesto que enjuicia, admitiendo, por un lado, unas cámaras visibles dirigidas a la entrada y salida del supermercado sobre las que sí fue informado el personal de la empresa (entendemos que tanto los representantes como las personas trabajadoras); y otras denominadas como encubiertas, ya que no estaban debidamente señalizadas y sobre las que no fueron informadas las personas trabajadoras y sus representantes en la empresa (señala expresamente a ni a trabajadoras ni al resto de personal). Además, en el caso que enjuicia el TEDH, estas cámaras encubiertas estaban dirigidas directa y exclusivamente a las cajas registradoras y fueron instaladas con una concreta finalidad, es decir, controlar cualquier ilícito que pudiera ser cometido por parte de las personas trabajadoras.

Por otro lado, el TEDH relaciona el necesario consentimiento previo de las personas que fueron objeto de videovigilancia (Fundamento 131), con el derecho de las personas trabajadoras a ser informadas con carácter previo y de forma clara, aunque general, sobre la instalación de estos sistemas en la empresa, así como de sus modalidades. Todo ello, con el objetivo de evitar el abuso en el ejercicio de los poderes de que dispone el empresario en su empresa. De la misma forma, acepta que el derecho de información deberá ser utilizado en la valoración de la proporcionalidad de la medida, y que la falta de información sobre la instalación del sistema de videovigilancia deberá repercutir en el establecimiento de otras garantías. Aunque, sin embargo, permite como excepción al derecho de información previa “un imperativo importante relativo a la protección de los intereses públicos o privados” (Fundamento N° 133).

Respecto a los criterios de proporcionalidad necesarios en la ponderación de los derechos de ambas partes, esto es, el derecho de las personas trabajadoras a que su vida privada sea respetada y el derecho de la empresa a proteger sus bienes (Fundamento 132), el TEDH admite la existencia de un motivo legítimo para justificar la instalación del sistema de videovigilancia encubierta, así como que la medida era adecuada y proporcionada, pues el objetivo para el que fue instalada no hubiese podido ser alcanzado con otras medidas que hubiesen supuesto una menor injerencia en los derechos de las personas trabajadoras (Fundamento 132)⁶.

La instalación de un sistema de videovigilancia encubierta es aceptada, ante la existencia de sospechas razonables sobre la comisión de graves irregularidades por las personas trabajadoras, así como la transcendencia que los robos cometidos tuvieron para la empresa (señala expresamente la STEDH: “el alcance de los robos constatados”) (Fundamento 134). Pudiendo las demandantes haber resarcido la

⁶ Señala expresamente que: “...existía un motivo legítimo que justificara la medida de videovigilancia, y si las medidas adoptadas a tal fin eran adecuadas y proporcionadas, habiendo constatado especialmente que el objetivo legítimo perseguido por el empleador no podía alcanzarse mediante medidas menos intrusivas para el derecho de las demandantes.”

vulneración de su derecho fundamental a través de otros medios por los que no optaron (Fundamentos 135 y 136) pues la normativa nacional incluye mecanismos destinados a sancionar la vulneración del derecho a la protección de datos.

Por último, sobre la admisibilidad de las imágenes captadas a partir del sistema de videovigilancia encubierta en un juicio, el TEDH considera que estos condicionantes deben ser establecidos por las normas nacionales, pudiendo únicamente el TEDH conocer si el procedimiento en su conjunto, incluida la forma en que se obtuvieron las pruebas, fue equitativa (Fundamentos 149 y 150). Concluye, admitiendo al respecto que los tribunales nacionales valoraron la prueba con equidad y, además, que las demandadas tuvieron acceso a las grabaciones, pudiendo impugnarlas y, sin embargo, no lo hicieron (F 155) (además de que en supuesto enjuiciado existían otras pruebas adicionales). Por lo que estas pruebas no vulneraron el carácter equitativo del procedimiento (F 158).

3. PROTECCIÓN DE DATOS Y SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA

3.1. Marco Normativo

El derecho a la protección de datos al tener la condición de derecho fundamental de las personas por su vinculación con el derecho a la intimidad personal, está regulado en diversos preceptos internacionales, comunitarios y nacionales como vamos a exponer seguidamente. Lo que no supone que se trate de una regulación exhaustiva o que cualquier incumplimiento esté en todo caso vinculado a la vulneración de este derecho fundamental como se pone de manifiesto en las distintas resoluciones judiciales que resuelven supuestos enjuiciados al respecto.

Así, desde el Consejo de Europa, es el art. 8 del CEDH, adoptado el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por nuestro país y publicado en el BOE el 10 de octubre de 1979) el que reconoce expresamente: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Reconocimiento que, como hemos expuesto, ha provocado un considerable número de pronunciamientos por el TEDH de donde se extraen la relación directa entre vida privada, identidad personal e imagen, en las que se admite que la captación de imágenes de una persona forma parte del derecho a la vida privada. Por esta directa relación el TEDH resuelve situaciones relacionadas con la instalación de los sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo.

En la Unión Europea, son, por un lado, el art. 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de octubre de 2010 y, por otro, el art. 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 20 de marzo de 2010, los que reconocen el derecho a la protección de datos de carácter personal, exigiendo que sean tratados de forma leal para lo que será necesario el consentimiento de

la persona salvo exigencia legal. También implica el derecho de acceso a los datos que sobre una persona se hayan obtenido a partir de su tratamiento y a su rectificación, así como, que su ejercicio está sometido al necesario control por la autoridad competente⁷. Este derecho además es objeto de desarrollo normativo por el Reglamento de la Unión Europea 2016/679, del Parlamento 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 (en adelante RGPD). El RGPD admite que el derecho a la protección de datos de las personas físicas debe incluir el derecho de las personas a controlar sus propios datos personales, sin que pueda ser considerado como un derecho absoluto debido al necesario equilibrio que debe mantener con otros derechos fundamentales reconocidos, resultando esencial, para ello, la aplicación del principio de proporcionalidad.

El RGPD incorpora el ejercicio de este derecho en el ámbito laboral de forma muy general, permitiendo (en el considerando 155 RGPD) a los Estados Miembros o a la negociación colectiva, la aprobación de normas relativas al tratamiento de datos en los lugares de trabajo⁸, transcribiendo este contenido casi literalmente en el art. 88.1 RGPD. Estableciendo, además, en el art. 88.2 RGPD la necesidad de que estas normas incorporen medidas adecuadas con el objetivo de salvaguardar la dignidad humana, los intereses legítimos y los derechos fundamentales de las personas. Por lo que, deben ser las normas nacionales las que garanticen la transparencia en el tratamiento de datos, así como, el establecimiento de un sistema de supervisión en los lugares de trabajo.

Ya en el ámbito nacional, es el art. 18.4 de la Constitución Española (en adelante CE) el que reconoce el derecho a la protección de datos configurado como un derecho autónomo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), tal y como se extrae del contenido de la STC 39/2016 de 3 de marzo.

El derecho a la protección de datos ha sido objeto de desarrollo legal por la actual ley Orgánica de 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos

⁷ Señala expresamente el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

⁸ Señala expresamente: “...en particular en relación con las condiciones en las que los datos personales en el contexto laboral pueden ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador, los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo, así como a los fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral.”

Personales y Garantía de los Derechos Digitales (en adelante LOPD) que tiene como objetivo principal la adaptación de la normativa nacional al RGPD (a pesar de que el contenido de la LOPD resulte, más limitada, en determinados aspectos), así como, garantizar los derechos digitales de los ciudadanos reconocidos en el art. 18.4 CE (art. 1 LOPD). Aunque esta norma no tiene estrictamente naturaleza laboral, sin embargo, incorpora alguna remisión a este nuestro ámbito de estudio, en concreto, lo hace en el art. 89.1 bajo el título “Derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo”, sobre el que, además, se fundamenta la STS objeto de análisis.

Por último, también el ET regula el derecho del empresario dentro del ejercicio de su poder de dirección a adoptar las medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes laborales por las personas trabajadoras (art. 20.3), protegiendo, a su vez, el derecho a la intimidad de los trabajadores frente al uso de dispositivos de videovigilancia en el sentido señalado en la LOPD (art. 20 bis ET).

3.2. El hogar familiar (versus lugar de trabajo) y protección de datos

Como ya hemos expuesto, una de las características intrínsecas a esta prestación de servicios está relacionada con el lugar habitual en el que las personas contratadas al servicio del hogar familiar prestan su servicio pues se desarrolla en el hogar de la persona empleadora.

Sin embargo, si atendemos al ámbito de aplicación de la LOPD, el hogar familiar tiene una doble acepción, condición o naturaleza, en función del carácter de las actividades que se estén desarrollando en él⁹.

Por un lado, tiene una condición privada, donde se ejercen por las personas que conviven en él actividades que forman parte de un ámbito familiar y, por tanto, personal e íntimo. En este caso y, a pesar de que la misma LOPD no incorpora en su articulado mención expresa al hogar familiar (ni en positivo ni en negativo), podríamos afirmar que estaría excluida de la aplicación de la norma. Para confirmar esta afirmación podemos utilizar el contenido de la Instrucción 1/2006 de la AEPD que señala en el art. 1.3. “No se considera objeto de regulación de esta Instrucción el tratamiento de imágenes en el ámbito personal y doméstico, entendiéndose por tal el realizado por una persona física en el marco de una actividad exclusivamente privada o familiar”. En similar sentido, confirmaría esta excepción el art. 2.2 c) RGPD que admite que el RGPD no será de aplicación al tratamiento de datos personales “efectuado por una persona física en el ejercicio

⁹ Fernández Orrico, F.J. *Criterios sobre uso de dispositivos tecnológicos en el ámbito laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 247. En similar sentido, el autor hace referencia a la duplicidad de la condición del hogar familiar.

de actividades exclusivamente personales o domésticas”¹⁰. Por lo que a priori el hogar familiar es un lugar excluido del derecho a la protección de datos cuando en él se desarrollan actividades que forman parte del ámbito privado de las personas que conviven en el hogar familiar. En el sentido expuesto, interpreta la propia STS 692/2022 el significado que del término “ámbito doméstico” se desprende en el RGP, y admite que el hogar familiar debe entenderse como un lugar específico de protección donde se debe proteger los datos personales tanto del titular del hogar familiar como de los convivientes pues en el hogar familiar se ejercen derechos fundamentales “de especial importancia y reforzada tutela”.

Sin embargo, por otro lado, el hogar familiar puede tener otra condición o naturaleza, tal y como se extrae del considerando 18 RGPD que, si bien excluye de la aplicación del RGPD el tratamiento de datos de carácter personal en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica, añade que tales actividades excluidas en este ámbito no deben tener conexión con una actividad profesional o comercial (señala expresamente: “sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial”). En similar sentido y, como especifica la propia sentencia STS 692/2022 en el FD 4º, admite que para que la excepción doméstica sea tenida en cuenta en la aplicación de RGPD “ha de estar en principio desconectada de una actividad profesional”. Con esta afirmación se está admitiendo una segunda condición del hogar familiar, esto es, cuando el hogar familiar esté vinculado a una actividad profesional, es decir, cuando actúe, opere o tenga la consideración de lugar de trabajo o de prestación de servicios. Por lo que, en el desarrollo de la prestación de servicios del hogar familiar, la persona que realiza esta actividad en el hogar familiar está protegida por la LOPD.

De lo señalado se deduce, asimismo que la persona titular del hogar familiar asumirá las facultades de dirección y control de la prestación de servicios de la persona trabajadora del hogar (art. 20 ET) y, en su ejercicio, deberá respetar el derecho a la intimidad de la persona trabajadora (art. 20.3 ET) frente al uso de dispositivos de videovigilancia en los términos establecidos en la LOPD (art. 20 bis ET).

No obstante, el TS admite ciertas dificultades derivadas del hogar familiar vinculadas al cumplimiento del derecho de información de la persona trabajadora que serán expuestas en el siguiente epígrafe.

¹⁰ En similar sentido, el considerando 18 del RGPD señala: “Entre las actividades personales o domésticas cabe incluir la correspondencia y la llevanza de un repertorio de direcciones, o la actividad en las redes sociales y la actividad en línea realizada en el contexto de las citadas actividades. No obstante, el presente Reglamento se aplica a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.”

3.3. El derecho de información de la persona trabajadora videovigilada y sus límites, ¿y el consentimiento?

Antes de abordar el derecho de información de las personas afectadas por la instalación de sistemas de videovigilancia en los lugares de trabajo, debemos aclarar qué debemos entender por dato personal protegido y, en concreto, si las imágenes grabadas por un sistema de videovigilancia deben ser consideradas como tal y si el derecho de información también debe respetarse. Para ello acudimos al art. 4.1 RGPD, que admite que tendrán la condición de dato personal protegido, todos aquellos datos a partir de los cuales se pueda identificar a una persona, por lo que en un sistema de videovigilancia, será dato personal protegido, la captación de imágenes relacionadas con la identidad física de los ciudadanos y, trasladándolo al concreto lugar de trabajo, tendrán esta condición las imágenes captadas sobre la identidad de la persona trabajadora¹¹. Por tanto, podemos afirmar que la captación de imágenes está protegida por la LOPD al tener la condición de dato personal protegido.

Adentrándonos en el contenido de la LOPD, esta norma hace referencia a la instalación de sistemas de videovigilancia en distintos preceptos que analizamos a continuación.

Así, por un lado, y con carácter general, el art. 22.1 LOPD hace referencia al tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia, permitiendo la captación de imágenes por personas físicas o jurídicas públicas o privadas a través de estos sistemas siempre que tengan como finalidad “preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones”. Sin que en este precepto se especifique el tratamiento de imágenes (datos) obtenidas a partir de un sistema de videovigilancia instalado por una empresa, remitiéndose para ello expresamente a lo dispuesto en el art. 89 LOPD. Por tanto, el precepto central regulador de la captación de imágenes a través de un sistema de videovigilancia en los lugares de trabajo es el art. 89.1 LOPD, aunque existe alguna remisión al art. 22 LOPD en algunos aspectos como veremos.

Centrándonos en el art. 89.1 LOPD, el precepto admite que una empresa pueda captar o tratar imágenes en sus instalaciones, permitiéndoles instalar sistemas de videovigilancia con el objeto de facilitar el ejercicio de las funciones inherentes al poder de dirección y control (art. 20.3 ET); funciones que deberán ser ejercidas en todo caso dentro del respeto a las normas reguladoras. Lo que supone inicialmente que en el lugar de trabajo la ponderación de los derechos de una y otra parte del

¹¹ Señala expresamente el art. 4.1 RGPD: “«datos personales»: toda información sobre una persona física identificada o identificable («el interesado»); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona.”

contrato de trabajo se inclina claramente a favor de los derechos de la empresa frente a los derechos de la persona trabajadora, de la que puede captar imágenes en el ejercicio de su poder de dirección. Sin embargo, esta potestad del empresario de instalar sistemas de videovigilancia y, por tanto, de captar imágenes de los trabajadores tiene como contrapartida el derecho de las personas trabajadoras a ser informadas sobre determinados aspectos y a que este derecho de información sea realizado de una determinada forma.

Así, por un lado, las personas trabajadoras tienen un derecho específico de información que debe realizarse con carácter previo a la captación de imágenes o a la instalación del sistema de videovigilancia, que debe realizarse de forma expresa, y que, a su vez, debe proporcionarse de forma clara y concisa¹². De hecho, el TS ha admitido que “el deber de información previa forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos”¹³. Y, sin embargo, por otro lado, este derecho específico con el contenido señalado, decae cuando a partir de las imágenes captadas de alguna persona trabajadora se revele la comisión de acto ilícito, en cuyo caso, el deber de información específico se reduce a la colocación en un lugar visible de un dispositivo informativo con el contenido señalado en el art. 22.4 LOPD (en correspondencia con el art. 3 de la Instrucción 1/2006 de la AEPD), debiendo, además incorporar la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del REPD, referidos, entre otros, a los derechos de acceso, de rectificación, de supresión, de limitación del tratamiento y de oposición¹⁴.

Por último, respecto al contenido de la LOPD, la norma prohíbe la captación de imágenes en determinadas instancias de la empresa, entre ellas: “en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos” (art. 89.2 LOPD).

No obstante, recordemos que el incumplimiento de la obligación de información por parte de una empresa que haya instalado un sistema de videovigilancia debe responder a una concreta finalidad para que el derecho a la protección de datos no resulte vulnerado. Así lo admite el TEDH en el caso López Ribalda II señalando que, en el supuesto que estaba enjuiciando, la finalidad consistía en “descubrir a los

¹² Pues recordemos que la STEDH 144/2019 (Caso López Ribalda II) admite “que solo una imperativa protección de intereses públicos o privados importantes puede justificar la ausencia de información previa” (Fundamento 133).

¹³ STS núm. 96/2017 de 2 febrero (FD 2º, apartado 3).

¹⁴ Señala el art. 22.4 LOPD: “El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado reglamento”.

posibles responsables de los robos, pero también obtener la pruebas que pudieran permitirle tomar las medidas disciplinarias correspondientes” (Fundamento 128). Además, no podemos obviar que la finalidad perseguida con la medida adoptada por la empresa influye en los juicios de valor para determinar la proporcionalidad de la medida, como expondremos posteriormente¹⁵.

Por tanto, recopilando lo señalado, podemos admitir que dos son los condicionantes que fundamentarían la colocación de una cámara de videovigilancia encubierta, por un lado, que su colocación esté relacionada con la comisión de un ilícito por la persona trabajadora y, por otro lado, que las imágenes captadas puedan ser utilizadas como prueba para fundamentar, probar, o justificar la adopción de medidas disciplinarias.

Centrándonos en el supuesto que analiza la STS 692/2022, a priori, podemos afirmar que la persona trabajadora del hogar tenía derecho a la información establecida en el art. 22.4 LOPD ya que a partir de las imágenes captadas por las cámaras quedó de manifiesto la comisión de un ilícito, en cuyo caso el titular del hogar tenía la facultad de sustituir el deber específico de información por la instalación de un distintivo que informase de la instalación de una cámara o de que se encontraba en una zona videovigilada. Sin embargo, en el supuesto de hecho enjuiciado por el TS, la cámara se había instalado por el titular del hogar familiar tanto sin cumplir el derecho de información específica (art. 89.1 LOPD), pues se trataba de la captación de un hecho ilícito por la persona trabajadora del hogar, como sin instalar el distintivo informativo para dar a conocer que se trataba de una zona videovigilada.

Los argumentos esgrimidos por el TS para la instalación de un sistema de videovigilancia sin el cumplimiento del derecho de información específica de la persona trabajadora del hogar atendía principalmente a la finalidad de la medida; pues considera que su incumplimiento está directamente relacionado con la identificación de la persona que había sustraído del hogar familiar una elevada cantidad de dinero y otros bienes, así como, que las imágenes captadas podían ser utilizadas como prueba que justificase su despido disciplinario¹⁶.

¹⁵ Roqueta Buj, R. El derecho a la intimidad frente a la videovigilancia en el ámbito laboral, en AAVV. (coordinadores: Monreal Bringsvaerd, E; Thibault Aranda, X y Jurado Segovia A), *Derecho del Trabajo y Nuevas Tecnologías*. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. Tirant lo Blanch, 2020, p. 243. La autora apunta a que los tribunales distinguen en la valoración de la ponderación de la proporcionalidad de la medida la finalidad perseguida con ella, esto es, si tiene la finalidad de verificar “un cumplimiento indiscriminado de las obligaciones laborales” de los trabajadores”; o si se trata de “comprobar las sospechas” de una prestación de servicios irregular por parte un concreto trabajador.

¹⁶ Señala expresamente la STS que si no se tiene en consideración la prueba aportada por el titular del hogar familiar: “...deja inerte a la empleadora, especialmente vulnerable...para poder acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría” (FD 3º, apartado 4).

Respecto al cumplimiento de la instalación de un distintivo informativo que informe en el hogar familiar de la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta tal y como exige el art. 3 de la Instrucción 1/2006 de la AEPD y el art. 22.4 LOPD, ha argumentado la misma STS (FD 3º, apartado 4) que su instalación en el hogar familiar es “difícilmente practicable...pues tal colocación habría con toda probabilidad frustrado la posibilidad de acreditar el grave incumplimiento, sobre el que existían muy fundadas sospechas, así como la posibilidad de acreditar la autoría de dicho incumplimiento.”

Por último, señalar que la LOPD incorpora una garantía adicional relacionada con la necesidad de que la persona trabajadora preste su consentimiento a que su imagen resulte grabada tal y como exige el art. 6.1 LOPD. Sin embargo, tal y como se deduce del art. 6.2 LOPD, en el ámbito laboral el consentimiento de la persona trabajadora se encuentra implícito en el contrato de trabajo, tal y como se admite por la jurisprudencia expresamente¹⁷, resultando únicamente necesario “cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato” (STS 96/2017, FD 2º). Por lo que, de forma general, podemos afirmar que el consentimiento expreso no resulta preceptivo en el cumplimiento del poder de dirección de la empresa o como también especifica la STS 2 de febrero 2017 (Resol. 554/2016) (FD 2º, apartado 4) cuando la instalación de un sistema de videovigilancia “...tenga la finalidad de “seguridad y control laboral”¹⁸. Por ello, en la sentencia que comentamos el consentimiento de la persona trabajadora del

¹⁷ El art. 6.2 LOPD señala: LOPD admite “No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual”, y la STS 96/2017 cuando señala: “La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación laboral, lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma...” (FD 2º).

¹⁸ Esta STS que se apoya a su vez en las sentencias: STC 39/2016 de 3 de marzo y STC 722/2013 de 3 de marzo de 2016). Prados de Reyes, F. J. “Nuevas Tecnologías y derecho a la intimidad en el ámbito laboral”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Volumen 13, 2016, p. 8. El autor admite que el consentimiento en el contrato de trabajo se sitúa en un segundo plano transcribiendo la doctrina del TC para avalar esta afirmación que se reproduce en la STS de 2 de febrero de 2017. En concreto, señala: que según el TC: “el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme con el art. 20.3” del ET. Y ello, -afirma- porque en éste ámbito “el consentimiento del trabajador se entiende implícito en la relación negocial, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato firmado por las partes”. Así pues, el requisito del consentimiento queda relativizado al condicionar su aplicación a los resultados que ofrezca el juicio de “proporcionalidad”, ya que la adopción de este tipo de medidas se considera implícita en las facultades directivas del empresario”.

hogar no es exigible para la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta al tener idéntica finalidad a la señalada en la referida sentencia.

3.4. El juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, en concreto, de un sistema de videovigilancia encubierto

El juicio de proporcionalidad es un mecanismo tradicional utilizado por la jurisprudencia cuando una medida adoptada por la empresa afecta a un derecho fundamental de la persona trabajadora con el objeto de constatar si tal medida cumple con los criterios establecidos por la CE¹⁹. La necesidad de que los tribunales realicen el juicio de proporcionalidad de la medida, se extrae de la doctrina del TC, tal y como señala la STS 692/2022 (FD 3º, apartado 4)²⁰.

Como ya hemos señalado, el deber de información previa a las personas trabajadoras sobre la instalación de sistemas de videovigilancia forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, y, sin embargo, no todo incumplimiento del deber de información previa (art. 89.1 LOPD) conlleva la vulneración del art. 18.4 CE, requiriendo la ponderación de la proporcionalidad de la medida con el objeto de demostrar así que no se han rebasado los límites legales establecidos. Así se extrae de la doctrina del TC (entre otras, STC 39/2019, de 3 de marzo) que admite que el incumplimiento del deber de información previa por la empresa “sólo supondrá una vulneración del derecho fundamental a la protección de datos tras una ponderación de la proporcionalidad de la medida adoptada”. De tal forma, los límites al derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) se han de encontrar en “los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos” (STC 292/2000 y STC 39/2019). Resultando ser estos derechos, en la Sentencia que comentamos (y en general cuando se trata de instalación de sistemas de videovigilancia en las empresas), el derecho a la propiedad privada y el derecho a la libertad de empresa (arts. 33.1 y 38 CE respectivamente), manifestados ambos en el ejercicio del poder de dirección. Por lo que, debe ser a partir de la aplicación del juicio de proporcionalidad donde se aprecie si las imágenes captadas por un sistema de videovigilancia encubierta pueden respaldar la decisión de un despido disciplinario de la persona trabajadora. Si bien es cierto, el resultado de la aplicación del principio de proporcionalidad por los tribunales (principalmente TC y TS) no ha resultado del todo coincidente,

¹⁹ El juicio de proporcionalidad ya aparecía en la STC 66/1995, de 8 de mayo (FJ 5º).

²⁰ El juicio de proporcionalidad resulta esencial para el TS y TC (también para el TEDH) y así lo indican y analizan distintos autores, entre otros: Herínquez Tillería, S. “Protección de datos, videovigilancia laboral y doctrina de la Sentencia López Ribalda II...”, op. cit., pp. 60-62; Lenzi, O. “El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia...”, op. cit., pp. 164 y ss.; Roqueta Buj, R. El derecho a la intimidad frente a la videovigilancia en el ámbito laboral..., op. cit., p. 242; Valle Muñoz, F. A. “Las cámaras de videovigilancia en la empresa como medio de prueba en el proceso laboral”. *Revista Iuslabor*, 3/2021, p. 38; etc.

pudiéndose identificar en periodos anteriores a la STS que comentamos varias etapas²¹; aunque, tras la STEDH 144/ 2019, parece que se ha asentado en una determinada dirección como hemos tenido ocasión de exponer.

No podemos obviar que la utilización del juicio de proporcionalidad por los tribunales exige la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido algún ilícito que ha provocado un perjuicio para la empresa, no bastando la existencia de meros indicios para su aplicación y valoración. Por lo que la sospecha razonable estaría relacionada con la concurrencia de una justificación suficiente que impidiese el deber de información a través de un dispositivo informativo por la empresa.

En este aspecto, recordemos que en la sentencia que comentamos, la colocación de la cámara de videovigilancia encubierta estaba relacionada de la comisión de un ilícito por la persona trabajadora en el hogar familiar, por lo que su instalación está directamente relacionada con la necesidad de identificar a la persona que había sustraído del hogar familiar una elevada cantidad de dinero y otros bienes, y que el sistema se instala ante la necesidad de servir de prueba en un despido disciplinario. Además, la justificación de la medida que limitaría el derecho de información de la persona trabajadora del hogar familiar en el caso enjuiciado también estaba vinculada al acaecimiento de determinadas circunstancias excepcionales. Entre las que se especifican: el alcance de la cantidad y de otros bienes sustraídos; el hecho de que la cámara encubierta únicamente enfocaba al armario sin que se hubiese instalado otras cámaras en otros puntos del hogar; y la gran vulnerabilidad de la titular del hogar pues padecía “una tetraplejia traumática por sección medular completa y que requería para desplazarse de silla de ruedas.”

Por último, apuntar que el juicio de proporcionalidad está integrado por tres elementos que deben ser valorados por los tribunales, que conozcan sobre la vulneración de un derecho fundamental: la idoneidad de la medida adoptada; la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Debiendo superar todos y cada uno de los elementos que componen el citado juicio de proporcionalidad pues si uno de tales elementos no se alcanza supondrá que la medida vulnera el derecho de protección de datos de la persona trabajadora por incumplimiento del deber de información. Este juicio es realizado por la TS 692/2022, con el objetivo de valorar si la medida restrictiva adoptada por el titular del hogar familiar por su afectación sobre el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos de la persona trabajadora, es proporcionada, esto es, si la instalación de una cámara encubierta y el incumplimiento del deber información a través de la instalación de un dispositivo informativo supera el citado principio repercutiendo en la validez de la prueba. La aplicación del juicio de proporcionalidad por el TS arroja el resultado que exponemos a continuación.

²¹ Montesdeoca Suárez, A. “La videovigilancia en el ámbito laboral...” op. cit., pp. 292 a 294. El autor expone las comentadas etapas del TS y TC desde el año 2013 hasta 2022.

- a. Juicio de idoneidad de la medida. Podríamos decir que este juicio supone que la medida adoptada por el empresario debe responder al binomio causa/efecto, e incluso, que este juicio consiste en verificar que la medida “es apta desde un doble punto de vista, objetivo o subjetivo”²². En otras palabras, y según señala el mismo TS, se entenderá que la medida por el titular del hogar familiar es idónea si es “susceptible de conseguir el objetivo propuesto” (STS 96/2017 de 2 febrero). Por tanto, la aplicación del juicio de idoneidad supondría, por un lado, que la causa que justifica la medida consiste en verificar la comisión de un ilícito o una irregularidad en el lugar de trabajo y, por otro lado, el efecto de la medida tendría como objetivo sancionar la conducta ilícita de la persona trabajadora.

Como hemos expuesto reiteradamente, en el supuesto que conoce el TS, la causa por la que el titular del hogar familiar utiliza la cámara encubierta es por la necesidad de demostrar/acreditar un incumplimiento grave de la trabajadora del hogar y, su efecto, sería fundamentar el despido disciplinario de la trabajadora del hogar familiar. Y así lo expone el TS, señalando: “se trata de examinar la validez probatoria de la videovigilancia efectuada en un juicio por despido, a la vista de la carga de la prueba que corresponde al empresario y la consiguiente necesidad de poder aportar medios pertinentes de prueba, y no de otras consecuencias...”.

- b. Juicio de necesidad de la medida. Este juicio implica verificar si se puede conseguir idéntica finalidad, utilizando otros medios probatorios que resulten menos intrusivos o lesivos que los utilizados en el supuesto que se enjuicia, o como admite el TS “que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia” (STS 96/2017 de 2 febrero). La importancia de este inciso implicaría que, de existir otros medios menos intrusivos para los derechos de las personas trabajadoras, la prueba no pasaría el juicio de necesidad y no se podría utilizar por la empresa para fundamentar un despido disciplinario.

En el supuesto que analiza el TS, admite que no existían otros mecanismos menos intrusivos, fundamentando su decisión al respecto en el lugar donde se realiza la prestación de servicios, es decir, por tratarse del hogar familiar, donde es imposible adoptar otras medidas diferentes.

- c. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio requiere la ponderación o el equilibrio entre las ventajas que la medida le produce a la empresa y los perjuicios que la medida produce en los derechos de la persona trabajadora. Consiste según el TS (STS 96/2017 de 2 febrero) en enjuiciar y valorar si la medida “es ponderada o equilibrada, por derivarse

²² Miguel Barrio, R. “El juicio de proporcionalidad en la prueba de videograbación oculta a las personas trabajadoras. Análisis de la situación ante la reciente jurisprudencia.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF. 461-462, 2021, p. 133.

de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”. Lo que supone la necesidad de enjuiciar en cada caso concreto las circunstancias que acontecen.

Para realizar el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se pueden utilizar como indicadores: la vigencia temporal de la medida; el espacio o lugar influido por la misma; el número de personas afectadas²³, así como, la existencia de otros medios que satisfagan el interés de la persona que ha sufrido el menoscabo de su derecho. Todos estos indicadores son valorados y analizados en el supuesto que analizamos por el TS.

En referencia a la vigencia temporal de la medida, se constata que la instalación fue limitada en el tiempo, en concreto, hasta que las imágenes captadas demostraron la comisión del ilícito por la trabajadora del hogar. Además, valora el TS que el sistema de videovigilancia fue instalado “ad hoc”, es decir, se instala por el titular del hogar familiar ante la existencia de sospechas razonables de la comisión de un ilícito. Resultando ser esta concreta situación, la que permitía el incumplimiento del deber de información por la persona titular del hogar. De hecho, admite que de tratarse de un sistema de videovigilancia permanente, el incumplimiento del deber de información previa podría “estar difícilmente justificado y resultar desproporcionado” (FD 3º, apartado 4).

En referencia al lugar o al espacio afectado por la medida, la STS concluye que se instaló una única cámara en el dormitorio de la persona titular del hogar ya que era allí donde tenía la caja fuerte con el dinero y el resto de bienes que le fueron sustraídos.

En cuanto al número de personas afectadas, en el caso que enjuicia es muy limitado pues únicamente afectaba a la persona trabajadora del hogar que, además, era la única persona ajena que disponía de todas las llaves del hogar familiar.

Por último, el TS admite que la persona trabajadora del hogar dispone de otros medios o vías para resarcir el incumplimiento de la normativa de protección de datos por el titular del hogar familiar, señalando concretamente la vía administrativa, civil o de otra naturaleza (FD 3º, apartado 4).

Realizado el juicio de proporcionalidad en los extremos señalados, el TS concluye que la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por el titular del hogar familiar en las circunstancias excepcionales que se producen en el supuesto enjuiciado, puede considerarse proporcionada (FD 3º, apartado 4).

²³ En similar sentido, González Rodríguez, R. Los derechos fundamentales como límite difuso al control tecnológico en el ámbito laboral: luces y sombras de la primera regulación específica sobre la materia.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 463, 2021, p. 80.

4. CONCLUSIONES

Las NNTT incorporadas a los lugares de trabajo tienen sobre las personas trabajadoras un efecto limitador en el ejercicio y respecto de sus derechos fundamentales, aunque ninguno de ellos resulte ser un derecho absoluto, pues también tienen sus propios límites fundamentados en el respeto a otros derechos y libertades constitucionales reconocidos a la empresa, relacionados con el poder de dirección y control.

En este sentido, basta con examinar las garantías legales que tienen como objetivo proteger el derecho a la protección de datos de las personas trabajadoras en los lugares de trabajo. Garantías, que se reducen al reconocimiento de un derecho de información específico, que debe ser previo, concreto y conciso y, que, además, puede ser sustituido y limitado cuando la instalación del sistema de videovigilancia tiene una concreta finalidad relacionada con la manifestación de una sospecha razonable sobre la comisión de un acto ilícito por la persona trabajadora, en cuyo caso, podrá sustituirse por la instalación de un distintivo informativo. De tal forma que, en esta concreta situación, el derecho de información queda relegado al mínimo exponente, cuando no podemos olvidar que el derecho de información forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE).

Esta reducida protección queda aún más disminuida con la reciente intervención de los tribunales que incorporan otra nueva limitación al derecho de información que asiste a la persona trabajadora, relacionada con las circunstancias excepcionales fundamentadas en los acontecimientos que pueden suceder en cada supuesto que se enjuicie por los tribunales. Si bien es cierto, que las circunstancias que se producen en el concreto caso que enjuicia el TS se pueden calificar como muy excepcionales, como hemos expuesto en este trabajo; sin embargo, la imposibilidad de determinar a priori las circunstancias o acontecimientos que podrían tener esta calificación, van a provocar resoluciones de diverso signo, debido principalmente a la elevada casuística con la que los tribunales se pueden encontrar. Aunque sin olvidar que, en todo caso, lo verdaderamente relevante vuelve a ser el efecto limitador sobre los derechos de las personas trabajadoras.

Estas dificultades que pueden acontecer en cualquier empresa se sobredimensionan cuando el lugar de prestación de servicios es el hogar familiar, debido principalmente al necesario respeto a la intimidad personal y familiar de las personas que conviven en el mismo; aunque, este respeto no debe suponer el incumplimiento del deber de información por el titular del hogar familiar. No al menos de forma genérica y absoluta, pues no podemos obviar que la trabajadora del hogar familiar está protegida íntegramente durante su prestación de servicios por la LOPD.

Si bien es cierto, el único medio a través del cual se puede captar la comisión de un ilícito en el hogar familiar es a través de un sistema de videovigilancia,

en estos casos, el deber de información debe resultar evidente, de tal forma que, si en el hogar familiar la instalación del sistema de videovigilancia es previa, e incluso, posterior a la firma del contrato de trabajo por las partes, es exigible el cumplimiento del derecho de información íntegramente, tal y como se expone en el art. 89.1 LOPD. De la misma forma, si la instalación es posterior y responde a una finalidad concreta relacionada con la comisión de un ilícito, la regla general debe seguir siendo la instalación del distintivo informativo en el lugar donde haya sido instalado el sistema. Con ello, queremos decir que, únicamente ante circunstancias muy excepcionales podría valorarse por los tribunales el incumplimiento de este derecho en el hogar familiar con el objetivo de que las imágenes captadas puedan ser utilizadas en la adopción de medidas disciplinarias. Podríamos pensar que estas circunstancias excepcionales podrían estar relacionadas con el alcance de lo sustraído, la temporalidad del sistema de videovigilancia; el lugar donde se instala el sistema; que la instalación resulte ser posterior a la comisión del ilícito; circunstancias físicas o psíquicas de la persona titular del hogar; así como que la norma prevea otros mecanismos para resarcir el incumplimiento del deber de información y del derecho a la protección de datos. No obstante, en nuestra opinión, no se trataría de exigir la manifestación de un determinado número de estas circunstancias (o de otras) sino que las circunstancias acontecidas tengan una entidad y alcance relevante, debido principalmente a la trascendencia del derecho vulnerado. Sabemos que, en la práctica, la valoración va a depender de la importancia que le concedan los tribunales a cada una de las circunstancias excepcionales que acontezcan en los supuestos que enjuician, aunque insistimos que el perjuicio lo sufrirá la persona trabajadora del hogar que posiblemente solo verá compensada la vulneración con una cuantía económica abonada por el titular del hogar en aplicación de la LOPD.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO-SEPTIEMBRE DE 2022

- Decreto-ley 8/2022, de 27 de septiembre, por el que se modifica la Ley 2/2003, de 12 de mayo, de Transportes Urbanos y Metropolitanos de Viajeros en Andalucía. Organismo: Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda (Boletín número 189 de 30/09/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Decreto 487/2022, de 13 de septiembre, por el que se crea el Registro de Acuerdos de Interés Profesional de Andalucía, se regula la composición de la Comisión y el procedimiento para valorar y reconocer a las asociaciones profesionales del trabajo autónomo representativas de Andalucía y se regula la composición y el funcionamiento del Consejo Andaluz del Trabajo Autónomo. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 179 de 16/09/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 13 de julio de 2022, por la que se modifica la Orden de 12 de abril de 2021, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, por el Instituto Andaluz de la Juventud a entidades locales andaluzas para la realización de actuaciones en materia de juventud. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 137 de 19/07/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 22 de julio de 2022, por la que se modifica la Orden de 1 de julio de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, por el Instituto Andaluz de la Juventud, a personas jóvenes andaluzas o residentes en Andalucía, para poner en funcionamiento proyectos empresariales en Andalucía (Programa «Innovactiva 6000»). Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 144 de 28/07/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 7 de julio de 2022, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan las subvenciones públicas previstas en la Orden de 13 de septiembre de 2021, por la que se regula el programa de empleo y formación en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva a dicho programa. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 132 de 12/07/2022 Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 18 de julio de 2022, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se procede a la modificación de la Resolución de 14 de marzo de 2022, por la que se distribuyen los créditos de la convocatoria del Programa Investigo aprobada por el Decreto-ley 27/2021, de 14 de diciembre, por el que se aprueban, con carácter urgente, medidas de empleo en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 141 de 25/07/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 26 de julio de 2022, del Consejo Económico y Social de Andalucía, por la que se convoca la edición 2022 del Premio de Investigación del CES de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 148 de 03/08/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 9 de agosto de 2022, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se amplía el crédito de la convocatoria de 2018, de los incentivos a la creación de empleo estable y a la ampliación de la jornada parcial a jornada completa, regulados en la Orden de 6 de mayo de 2018. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 158 de 18/08/2022 Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 21 de septiembre de 2022, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2022 las subvenciones para acciones de asistencia técnica e información en materia de prevención de riesgos laborales y fomento de la cultura preventiva para personas trabajadoras autónomas, reguladas en la Orden de 14 febrero de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia competitiva, para proyectos de formación, asistencia técnica e información en materia de prevención de riesgos laborales y cultura preventiva. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 187 de 28/09/2022 Sección: Disposiciones generales)

ESTUDIOS

La reforma de los contratos de trabajo del sistema español de ciencia, tecnología e innovación: el nuevo contrato de actividades científico-técnicas

Antonio José Valverde Asencio

La contratación laboral del personal docente e investigador en el proyecto de ley orgánica del sistema universitario ¿el fin de la cultura de la temporalidad en las universidades públicas?

Josep Moreno Gené

La ley integral para la igualdad: un frágil puente entre el Derecho Europeo y la Constitución

Antonio Álvarez Del Cuvillo

La inembargabilidad del salario mínimo interprofesional

Amparo Estéban Gómez

La enfermedad como causa de discriminación tras la ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación

María José Asquerino Lamparero

La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda

Zhoujie Ma Zhou

INFORMES Y DOCUMENTOS

La negociación colectiva en Andalucía en 2021

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

CONTRATACIÓN LABORAL

Universidad de Córdoba

La carga de la prueba en la sucesión de empresa

José María Ruz López

DERECHO ADMINISTRATIVO DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Los trabajadores indefinidos no fijos son trabajadores temporales desde la perspectiva de la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada

María Luisa Pérez Guerrero

EXTINCIÓN DEL CONTRATO

Universidad Pablo de Olavide

Videovigilancia encubierta, protección de datos y derecho de información de las personas empleadas del hogar familiar

Rosa María Pérez Anaya

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

