

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

170/2023
Cuarto Trimestre

170

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

170

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

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

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN

Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo

VOCALES

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

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

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN

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

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA

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

SECRETARIA

AMPARO MARÍA MOLINA MARTÍN

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

Suscripciones y distribución

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

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

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

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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

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

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

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



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

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

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <https://www.lajunta.es/carl>

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: [jesucruz@us.es](mailto:jescruz@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 Times 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 entrecorridos, 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 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.lajunta.es/carl>

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.lajunta.es/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 170/2023

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

Una visión general del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a propósito de su cuarenta aniversario fundacional	9
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	

1. ESTUDIOS

La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria.....	33
JAVIER NÚÑEZ VARGAS	

Canales de información en la empresa e infracciones laborales: la determinación del ámbito material de la ley de protección de las personas informantes	61
MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO	

Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación	85
LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR	

Ley de seguridad social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo en la UE, EEE y Suiza	115
JOSÉ MANUEL PAZÓ ARGIBAY	

2. INFORMES Y DOCUMENTOS

El arte de enseñar para formar juristas comprometidos con la justicia social. Un tributo a Marzia Barbera	141
PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

Libertad sindical, negociación colectiva y comisión paritaria 151

ANTONIO M. CARDONA ÁLVAREZ

CONDICIONES DEL TRABAJO

Universidad de Huelva

Ciberataques como causa de ERTES por fuerza mayor: su acreditación y
carácter inevitable 163

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

El derecho a jubilación anticipada de socios de cooperativas de trabajo
asociado 173

MACARENA SALAZAR RODRÍGUEZ

4. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía 197

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 170/2023**

Fourth Trimester

INDEX

<i>An overview of the Andalusian Council of Labour Relations on the occasion of its fortieth anniversary.....</i>	9
JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ	

1. STUDIES

<i>The employment status of the chief executive in successive legal reforms and community case law</i>	33
JAVIER NÚÑEZ VARGAS	

<i>Information channels in the company and labour offences: the determination of the material scope of the law on the protection of whistleblowers</i>	61
MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO	

<i>Equalization of women's social service with compulsory military service for the purposes of retirement pension</i>	85
LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR	

<i>Social security law applicable to cross-border teleworking. An approximation of the framework agreement on cross-border telework in the EU, EEA and Switzerland</i>	115
JOSÉ MANUEL PAZÓ ARGIBAY	

2. REPORTS AND DOCUMENTS

<i>The art of teaching to train jurists committed to social justice. A tribute to Marzia Barbera</i>	141
PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH	

3. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW

University of Almeria

Freedom of association, collective bargaining and joint committee 151

ANTONIO M. CARDONA ÁLVAREZ

WORKING CONDITIONS

University of Huelva

Cyberattacks as a cause of ERTES due to force majeure: their accreditation and unavailability 163

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Granada

The right to early retirement of members of worker cooperatives ... 173

MACARENA SALAZAR RODRÍGUEZ

4. LEGISLATIVE REMARKS

Legislation of the autonomous community of Andalusia 197

UNA VISIÓN GENERAL DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES A PROPÓSITO DE SU CUARENTA ANIVERSARIO FUNDACIONAL

JOSÉ MANUEL GÓMEZ MUÑOZ

Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

ÍNDICE

1. EL ESPACIO VITAL DEL CARL DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN ANDALUZA
2. EL II PLAN DE APOYO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ANDALUCÍA (2023-2025)
3. ALGUNOS DATOS SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA GESTIONADA DESDE EL CARL
4. EL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES DE ANDALUCÍA, SERCLA

1. EL ESPACIO VITAL DEL CARL DENTRO DE LA ADMINISTRACIÓN ANDALUZA

El Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL) celebra este año 2023 el 40º aniversario de su Ley de creación, Ley de 27 de junio de 1983 de la Junta de Andalucía, octava de las Leyes aprobadas por el Parlamento de Andalucía desde sus inicios en la I Legislatura. Sin duda alguna su creación obedeció a la necesidad de democratizar las relaciones laborales en un momento especialmente sensible de nuestra historia, cuando apenas llevaba tres años aprobado el Estatuto de los Trabajadores de marzo de 1980 y cuando faltaban aún dos años para la aparición de la Ley Orgánica de Libertad Sindical.

Probablemente, estos cuarenta años transcurridos puedan estar suponiendo, en estos momentos, un tránsito por una crisis de identidad, en la medida en que el marco regulador del CARL respondía a unas necesidades y contextos muy diferentes de los actuales. La necesidad de gestionar lo que se llamó la concertación social, con presencia de las organizaciones sociales y económicas junto con el gobierno y la Administración, el dotar de carácter consultivo a un órgano que indicaba al gobierno el camino a transitar en el complejo mundo de la composición de intereses dentro del sistema de relaciones laborales, la propia necesidad de desarrollar las instituciones laborales, novedosas, recogidas en el ET de 1980, tanto de carácter individual como colectivo, todo ello dotaba al CARL de unas grandes expectativas de partida y de la responsabilidad de afrontar enorme retos.

Evidentemente, las cosas son muy diferentes en 2023. Cuarenta años no pasan en balde y resulta evidente que hay que poner la Ley al día si queremos que el CARL siga sirviendo a los fines para los que creó y pueda hacer frente a los nuevos retos del sistema de relaciones laborales.

En toda la trayectoria vital del CARL hay momentos cumbre que han ido moldeando su configuración actual y le han imprimido carácter. Es evidente, que el nacimiento del Consejo Económico y Social de Andalucía (CES) en 1997, del que celebramos el año pasado su 25º aniversario, absorbió sus funciones consultivas, si bien es cierto que en este órgano estatutario, órgano de autogobierno de Andalucía, no sólo están representados los intereses de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. La negociación colectiva y el conflicto colectivo siguen formando parte de las competencias del CARL, son su ecosistema natural. El Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos laborales de Andalucía (SERCLA), en funcionamiento desde 1999, que es un acuerdo entre organizaciones sindicales y empresariales, ejecuta sus resoluciones de mediación y arbitraje a través del CARL, y mantiene con éste una relación de soporte administrativo que también debería ser objeto de potenciación con motivo de la efemérides que se celebra.

Lo que queremos decir, en esencia, es que debemos aprovechar el actual momento para relanzar la relación entre las organizaciones sindicales y empresariales y el CARL, reconociendo, sin duda, su carácter tripartito, al mismo tiempo que su impronta indiscutible de Administración Pública prestadora de servicios. Se trata, como dice el propio Decreto 155/2022, de 9 de agosto, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, de una entidad adscrita de la Administración Pública de la Junta de Andalucía, que no es organismo autónomo, no es órgano de autogobierno –y por tanto no se encuentra recogido en el Estatuto de Autonomía de Andalucía- y tampoco es una agencia administrativa o empresarial. No es Administración instrumental, porque forma parte de la Consejería, a cuya Viceconsejería se adscribe administrativamente. Tiene, claramente, carácter público, es Administración Pública, aunque no Autoridad laboral. Incluso podríamos decir que es una Administración que no ejerce como tal, o que no parece que lo haga, pero lo hace; es una Administración “líquida”, que está y no está al mismo tiempo, porque es una Administración que hace suya la voluntad de las organizaciones sindicales y empresariales que la integran en su Pleno.

Su posición dentro de la Administración de la Junta de Andalucía, viene determinada por tres normas esenciales, el Estatuto de Autonomía, la Ley del CARL y el Decreto de estructura de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, que determina la competencia de la Consejería en materia de relaciones laborales y colectivas, así como en materia de mediación, arbitraje y conciliación y en materia de promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva. Y es en esa triada normativa en la que nos tenemos que mover de cara a la nueva Ley que sería tan deseable que viera la luz en esta legislatura. Pero además de Administración, somos un centro de imputación convencional, vinculados como estamos a los acuerdos entre los interlocutores sociales, y un ámbito de confrontación democrática de intereses sindicales y empresariales, y de ambos mundos, el de las

normas y el de la voluntad y autonomía colectiva de sus organizaciones sindicales y empresariales habrá de surgir ese proyecto de Ley.

Si queremos seguir trabajando juntos para hacer del CARL un organismo más útil aún de lo que es, debemos poner luces largas y otear con una mirada nueva los retos que nos vienen y la forma de abordarlos, porque el paso de estos cuarenta años deja ver que hoy el CARL une, indiscutiblemente, a su carácter tripartito, el de una Administración prestadora de servicios en materia de negociación colectiva y de conflicto colectivo. En términos económicos y de utilidad social, la posición del CARL es, simplemente, insuperable. Con un coste inferior a los 50 millones de euros en estos cuarenta años, ha conseguido aglutinar e impulsar la firma de casi 30.000 convenios colectivos, que han dado cobertura a 130 millones de contratos de trabajo, lo que da una idea de su importancia estructural en el sistema económico andaluz.

Como Consejo tripartito –sindicatos, patronal y Administración- que es el ADN de su naturaleza, y en su funcionamiento en modo de Comisión Permanente y de Pleno, desarrolla sus funciones sobre la base del acuerdo unánime entre las tres organizaciones que lo componen, CCOO, UGT, CEA y Junta de Andalucía. Nunca se ha votado una decisión o una acción, o proyecto, en el seno del CARL, y esto lo identifica claramente como un órgano de impulso y protección del diálogo social tripartito.

No todas las Comunidades Autónomas disponen de un Consejo de Relaciones Laborales como el nuestro, que estimamos tiene la mejor estructura funcional, competencial e institucional de las posibles, la fórmula más completa con fundamento en la Ley, composición tripartita, con medios propios para la negociación y la mediación, programa presupuestario, personal funcionario en RPT, 10 sedes administrativas repartidas en las 8 provincias (incluyendo a Jerez y Algeciras, junto a Cádiz capital) y gestión económica en el marco de la Ley de Contratos del Sector Público. Aprovechemos este punto de partida, qué son cuarenta años...

Con todos estos aditamentos, está en la cúspide de sus fortalezas ser un órgano con perfiles híbridos pues presenta características singulares, debido a su propia evolución de competencias. Formalmente, en su ley de creación de 1983 se configuró como un órgano colegiado de naturaleza consultiva. Sin embargo, sus funciones con el paso del tiempo se han alejado de esa naturaleza exclusiva y la han aproximado a las propias de un centro directivo prestador de servicios dentro de la Consejería de Empleo. Así la inicial función consultiva prevista en su art. 3.2 a) b) y c) fue asumida por el CES a partir de 1997, quedando sin efecto de forma práctica. Igualmente, las previstas en las letras f) –centralizar la documentación de las elecciones sindicales- y h) –depósito de convenios colectivos de ámbito supraprovincial- fueron asumidas por la Dirección General de Trabajo y por el CMAC en las Delegaciones Territoriales. Ha asumido con el paso de los años competencias adicionales de naturaleza diferente a través de distintas normas:

- a) Emisión de informes en el procedimiento de extensión de convenios, como órgano consultivo competente en Andalucía (Orden de 30 de noviembre de 2007, BOJA de 21/12/2007).
- b) Emisión, de conformidad con el art 82.3 del E.T, de laudo arbitral en el procedimiento para inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable. Disposición adicional única del Decreto 69/2013, de 2 de julio, por el que se modifica el Decreto 149/2012, de 5 de junio, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (BOJA de 04/07/2013).
- c) Gestión del Registro de Asociaciones Profesionales del Trabajo Autónomo de Andalucía, creado por Decreto 362/2009, de 27 de octubre, y único para todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de conformidad con lo previsto en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.
- d) Gestión del Registro de Acuerdos de Interés Profesional de Andalucía, de conformidad con lo previsto en el Decreto 487/2022, de 13 de septiembre, por el que se crea el Registro de Acuerdos de Interés Profesional de Andalucía (BOJA de 16/09/2022).

Pero mantiene el CARL desde sus orígenes las dos grandes competencias que lo hacen Administración prestadoras de servicios:

- a) Art. 3.1.d) Ley 4/1983, de 27 de junio: Facilitar, dentro del respeto al principio de autonomía colectiva consagrado en el artículo 37 de la Constitución, la negociación colectiva entre organizaciones empresariales y sindicales, mediante apoyos materiales y personales que posibiliten los más altos niveles de diálogo y entendimiento. El Consejo fomentará, en especial, la negociación colectiva en aquellos sectores donde existan particulares dificultades para la misma. En desarrollo de dicha previsión legal, se aprobó el I Plan de apoyo a la negociación colectiva andaluza, sustituido en julio de 2023 por el II PANC (2023-2025) que contiene un conjunto ordenado de objetivos y medidas para el impulso de la negociación colectiva.
- b) Art. 3.1.e) Ley 4/1983, de 27 de junio: Facilitar y promover la mediación y el arbitraje en los conflictos colectivos de trabajo. A tal fin, el Consejo podrá adoptar medidas encaminadas a su solución mediante el ofrecimiento de mediadores y árbitros y la adopción de propuestas o recomendaciones, en especial respecto de contiendas prolongadas o de amplia repercusión en la Comunidad Autónoma o sobre autorregulación de huelgas y paros en servicios públicos esenciales. Actualmente, y desde 1999, la gestión de los conflictos laborales colectivos y de determinados conflictos laborales individuales se gestiona en el CARL a través del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), residenciado en el Consejo y regulado en el Acuerdo Interprofesional por el que se aprueba

el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del SERCLA (BOJA de 09/02/2022 - corrección de errores BOJA de 03/03/2022).

Al mismo tiempo, mantiene sus funciones de registro:

- c) Art. 3.1.g) Ley 4/1983, de 27 de junio: Asumir, a través de la Secretaría General, el registro de sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales de ámbito superior a la provincia y que no rebase el de la Comunidad Autónoma. Actualmente esta competencia encuentra su marco regulador en la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación; Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales y Decreto 14/1986, de 5 de febrero, por el que se regula el régimen de depósito de los estatutos de los sindicatos de trabajadores en Andalucía, aplicándose de manera supletoria la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Dicho todo lo anterior, creemos que este puede ser el momento idóneo para una nueva Ley del CARL con motivo de su 40º aniversario fundacional que reajuste su naturaleza híbrida (órgano consultivo/centro directivo) conforme a sus competencias actuales, y que, además, evite la enorme dispersión normativa en la que se encuentran reguladas sus funciones y competencias.

Sin ánimo exhaustivo, podemos destacar las siguientes referencias legales que avalan nuestra posición de Administración Pública y en la Administración Pública:

- Decreto 155/2022, de 9 de agosto, por el que se regula la estructura orgánica de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo:
 - Artículo 1.b): determina la competencia de la Consejería en materia de relaciones laborales y colectivas, así como en materia de mediación, arbitraje y conciliación
 - Artículo 1.d): promoción de la igualdad en el marco de la negociación colectiva
 - Artículo 2.4: por el que se nos adscribe a la Consejería de Empleo, junto con el CES y el SERCLA, aunque éste está creado sobre la base de un Acuerdo Interconfederal CCOO-UGT-CEA que la Junta de Andalucía avala depositando en el CARL su gestión administrativa
 - Artículo 4.8: adscribiéndose el CARL a la Viceconsejería de Empleo.
- Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (EAA):
 - Artículo 10.20º: objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, el diálogo y la concertación social, reconociendo la función relevante que para ello

cumplen las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de Andalucía

- Artículo 26.2: garantiza a los sindicatos y a las organizaciones empresariales el establecimiento de las condiciones necesarias para el desempeño de las funciones que la Constitución les reconoce. En estos ámbitos, la función del CARL resulta esencial, singularmente en lo que se refiere a la asistencia técnica en materia de negociación de convenios colectivos, y en el mantenimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía, residenciando su sede y correspondiendo al CARL la ejecución material de los acuerdos adoptados por la Comisión de Seguimiento para la gestión del Sistema (artículo 8 del Reglamento SERCLA)
- El Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone, asimismo, que la ley regulará la participación institucional en el ámbito de la Junta de Andalucía de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma, Ley de participación institucional –aún en fase embrionaria- que resultará clave, una vez aprobada, para la delimitación de las relaciones entre la Administración y los interlocutores sociales
- Artículo 44: En términos de aplicación de los principios de eficacia, proximidad y coordinación de la Administración de la Junta de Andalucía, el CARL se incardina técnica y administrativamente en la Consejería de Empleo, Empresas y Trabajo Autónomo, de conformidad con el art. 2.4 del Decreto de estructura, haciendo posible que los poderes de la Comunidad Autónoma orienten sus políticas públicas a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos de autonomía colectiva y de alcanzar los objetivos del artículo 10 mediante la aplicación de principios rectores como el impulso de la concertación con los agentes económicos y sociales (artículo 37.12º)
- Artículo 63: En términos ejecutivos corresponden a la Comunidad Autónoma, a través del CARL, y en el marco de la legislación del Estado, las competencias ejecutivas en materia de relaciones laborales, que incluyen en todo caso los instrumentos de conciliación, mediación y arbitraje laborales. El control de legalidad y, si procede, el registro posterior de los convenios colectivos de trabajo en el ámbito territorial de Andalucía se realiza por la Dirección General de Trabajo
- Art. 166: El CARL es, de este modo, una herramienta esencial tanto para la protección de los derechos laborales y sindicales en todos los sectores de actividad, como el instrumento a través del cual la Comunidad Autónoma desarrolla su política propia de relaciones laborales en la promoción del marco autonómico para la negociación colectiva y en la promoción de medios de resolución extrajudicial de conflictos laborales (artículo 173).

En definitiva, estamos ante un Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en el que la Administración de la Junta de Andalucía, de la mano de los interlocutores sociales, debe recuperar en este 40º aniversario una posición relevante de iniciativa, fomento y promoción de la negociación colectiva, de ofrecimiento del apoyo técnico y profesional a la negociación colectiva y a la resolución de los conflictos, con una voluntad irrenunciable de modernización y actualización de nuestro sistema andaluz de relaciones laborales, con capacidad de propuesta y de creación de nuevas herramientas técnicas para favorecer los procesos de negociación y de impulso a las empresas y a los derechos de los trabajadores. Se trata de un Consejo imprescindible, pese a no tener rango estatutario, y es el órgano en el que se apoya la Consejería de Empleo para ejecutar su acción en relación con las relaciones de trabajo individuales y colectivas.

El Consejo tiene también una posición institucional, administrativa y presupuestaria propia y diferenciada frente a las organizaciones sindicales y empresariales que lo componen. El CARL tiene un espacio propio de autonomía funcional, al servicio, por supuesto, de las organizaciones sindicales y empresariales, y con pleno respeto a la autonomía colectiva, pero un espacio legal autónomo para la realización de sus fines y competencias legales y reglamentarias.

Hay, por tanto, una relación de reciprocidad entre el respeto a la autonomía colectiva de las organizaciones y el respeto a la autonomía funcional e institucional del CARL, que supone un equilibrio indispensable para que se puedan ejecutar con autonomía, independencia y neutralidad las competencias del Consejo y pueda desarrollarse el ejercicio de la libertad sindical y libertad de asociación y empresa por parte de sindicatos y patronal.

Reconozcamos que somos una *rara avis* dentro de la organización administrativa de la Junta de Andalucía, porque funcionamos en Comisión Permanente y en Pleno junto a las organizaciones sindicales y empresariales, los expertos, y la propia Administración de la Junta. Como dije en mi primera intervención en la Comisión Permanente de 22 de noviembre de 2022, el CARL actuará siempre de la mano de las organizaciones empresariales y sindicales bajo la aplicación de un principio de subsidiariedad por el que complementaremos la acción de las organizaciones allí donde éstas no puedan llegar, un principio de proporcionalidad, por el que se propondrán iniciativas adecuadas en su forma y su alcance, y un principio de atribución, por el que solo ejerceremos aquellas competencias que las leyes y los acuerdos convencionales adoptados por los interlocutores sociales establezcan. Y es aquí donde el CARL encuentra la mayor de sus fortalezas, que no es otra que trabajar desde el diálogo y el consenso, desde el respeto a la autonomía funcional y competencial y la capacidad de iniciativa del Consejo como Administración pública y desde el respeto a la autonomía colectiva de las organizaciones miembros de un Consejo como órgano de participación institucional.

Hacer balance de lo realizado por el CARL en estos 40 años requeriría una celebración distinta, con otro formato. Esperemos a la celebración del medio siglo para hacerlo, ese será el momento adecuado de la efeméride. Desde la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo queremos mirar al futuro, partiendo de este tiempo presente.

El año 2023 ha sido, sin duda un año frenético para el CARL, en el que se han planificado una serie de objetivos clave para proyectar institucionalmente al Consejo y fortalecer nuestra función de impulso a la negociación colectiva, la mediación y el arbitraje, objetivos de los cuales ya se ha conseguido alcanzar la mayor parte de los propuestos, sin haber reducido un ápice el trabajo técnico en apoyos a la negociación colectiva, presidencias de convenios, arbitrajes y mediaciones en toda Andalucía. Entre ellos cabría destacar:

- 1º. Inicio del proceso de actualización del marco normativo regulador del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, con motivo de los cuarenta años de su Ley de creación, normalizando sus competencias y procedimientos, su estructura y funcionamiento, reduciendo la dispersión normativa, a través de la preparación de un borrador de Proyecto de Ley del Consejo.
- 2º. Fortalecimiento de las funciones del CARL relativas al impulso y apoyo a la negociación colectiva, a través de la aprobación en julio de 2023 del II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza, como parte de un Acuerdo de Diálogo o de Concertación Social de la Junta de Andalucía y los agentes económicos y sociales. El punto 2.3.11 del Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía, firmado en marzo de 2023, recogía el compromiso de los firmantes de elaborar un II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva Andaluza (2023-2025) con una relación no exhaustiva de objetivos estratégicos, entre los que destacan “Contribuir a facilitar los procesos de negociación en los distintos ámbitos sectoriales”, “Facilitar a los negociadores propuestas de contenidos que permitan una agilización del proceso negociador”, “Implementar la formación específica a las personas negociadoras de los convenios”, “Reforzar el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales como órgano colegiado de participación institucional y pilar básico de las relaciones laborales en Andalucía” o “Fortalecer y dinamizar nuestro Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía (SERCLA)”.
- 3º. Transformación del modelo técnico de mediaciones del SERCLA, que depende administrativamente del CARL, sobre la base del acuerdo en la Comisión Técnica de Seguimiento del SERCLA, y para la que se cuenta ya con un documento de 10 puntos aprobado en abril de 2023, dejando a un lado las cuestiones presupuestarias.
- 4º. Aprobación en el mes de mayo 2023, a impulso y propuesta del CARL, por parte de la Comisión de Seguimiento del SERCLA, del Código Ético de Actuación como parte Interesada o como Asesoramiento Profesional en

las mediaciones del SERCLA, en el que el CARL llevaba trabajando desde 2021. Este Código pretende la vinculación de las partes en un proceso de mediación a unas reglas deontológicas mínimas que permitan aquilatar la calidad del servicio público que presta el SERCLA.

- 5º. Contribución a alcanzar un mapa completo de la regulación de la actividad económica andaluza mediante el análisis de los convenios colectivos vigentes, actualizados y renovados en sus contenidos, a través de la estadística del REGCON con datos desglosados para el contexto de Andalucía, que nos permita la comparativa con la estadística nacional, lo que implica recuperar la función de observatorio de la negociación colectiva andaluza pero con tratamiento estadístico comparable en el marco nacional.
- 6º. Fortalecimiento de la función formadora en materia de negociación colectiva mediante la dotación de la Cátedra de Negociación Colectiva Laboral de Andalucía, que será el germen de la Escuela de Negociación Laboral de Andalucía (ENLA), de la mano de la Universidad Internacional de Andalucía, y del Curso de Capacitación en Mediación Laboral de Andalucía, sobre la base del convenio institucional con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo.
- 7º. Puesta en marcha en el mes de junio de 2023 de una política de comunicación institucional y visualización social de la labor del CARL a través de una página web propia vinculada a la web institucional de la Consejería de Empleo, y una presencia constante y equilibrada en las redes sociales, lo que implica la publicación actualizada de toda la información sobre las múltiples actividades del CARL y del SERCLA en las distintas redes sociales (Twitter/X, LinkedIn, Facebook, Instagram) así como la publicación de una Newsletter mensual que da detalle de todos los procesos de negociación colectiva en marcha, de los conflictos resueltos y de las actividades formativas del Consejo.

2. EL II PLAN DE APOYO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ANDALUCÍA (2023-2025)

El pasado 3 de julio el Pleno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, presidido por la Consejera de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo, Dña. Rocío Blanco Eguren, aprobó el II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva de Andalucía (2023-2025) (PANC), dando así cumplimiento al punto 2.3.11 del Pacto Social y Económico para el Impulso de Andalucía firmado en marzo pasado por las organizaciones sindicales y empresariales con el gobierno de la Junta. Este Plan supone, igualmente, la aplicación del V AENC en el sistema de relaciones laborales de Andalucía, siendo la nuestra la primera Comunidad Autónoma de España en implementar este acuerdo interconfederal firmado en mayo pasado por UGT, CCOO, CEPYME y CEOE. El II PANC se estructura en siete objetivos

estratégicos, catorce objetivos operativos y setenta y siete medidas de apoyo, constituyendo un entramado de propuestas para la mejora de la negociación colectiva en Andalucía sobre la base del respeto a la autonomía colectiva de las partes y de la coordinación y asistencia técnica del CARL.

Los objetivos estratégicos 1, 2 y 4 están centrados en los procesos de negociación colectiva *stricto sensu*, y se dirigen a contribuir y facilitar, objetivo estratégico 1, los procesos de negociación colectiva en los distintos ámbitos sectoriales y otras unidades de negociación. Los objetivos operativos están enfocados a dinamizar el ritmo de las negociaciones y en reactivar y actualizar la negociación colectiva pendiente o desfasada, que es aquella en la que los convenios llevan años sin negociarse o están en situación de prórroga durante más de tres años. La formación específica de las personas negociadoras de los convenios, objetivo estratégico 2, es una de las claves del II PANC, pues el CARL es perfectamente consciente de que la calidad técnica de un convenio es esencial en la evitación del conflicto colectivo y en la mejora de la productividad en la empresa. Los esfuerzos emprendidos por el Consejo en este campo se verán notablemente reforzados con medidas como la creación de la Cátedra de Negociación Colectiva y Mediación mediante convenios de colaboración con Universidades andaluzas. El objetivo estratégico 4 es de vital importancia pues pretende facilitar a las unidades de negociación propuestas de contenidos que permitan una agilización del proceso negociador. Dentro del respeto a la autonomía colectiva de las partes, el CARL realizará recomendaciones generales a las mesas negociadoras que contribuyan a extender la negociación colectiva a las nuevas realidades empresariales, las nuevas formas de organización del trabajo y a adaptarse a las necesidades de las personas trabajadoras y empresas de esos ámbitos sectoriales (economía colaborativa, empresas multiservicios, teletrabajo, desconexión digital, etc.).

El objetivo estratégico 3 es el que se refiere expresamente a la necesidad de reforzar al propio CARL como órgano de participación institucional y pilar básico de las relaciones laborales en Andalucía. Para ello se prevén tres objetivos operativos que parten de la necesidad de reformar la Ley del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, que data de 1983, y de reforzar sus medios técnicos y personales a la luz de la creciente actividad. Recientemente hemos puesto en marcha una política de comunicación social en redes de la que carecíamos. De otro lado está previsto trabajar en la racionalización de la estructura de la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial y autonómico de acuerdo con los intereses de las partes negociadoras y favoreciendo la adecuación de los ámbitos de negociación a cada sector funcional y territorial. De igual modo se contribuirá desde el CARL a facilitar un mayor conocimiento y seguridad jurídica con relación a la determinación de vacíos de cobertura, convenios aplicables a las distintas actividades, ámbitos funcionales, legitimación para negociar y situaciones que afecten a la aplicabilidad de los convenios, determinando, además, la realidad de los ámbitos personales de cobertura.

El objetivo estratégico 6 está relacionado con el fortalecimiento y dinamización del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (SERCLA), pieza clave dentro de la estructura del CARL, y para el que se prevé potenciar su utilización como cauce principal para la gestión de la conflictividad laboral a través de la negociación colectiva. De igual manera, se está trabajando ya en la adaptación del marco funcional del SERCLA a las necesidades y circunstancias que exijan el devenir de las relaciones laborales que permita la mejora de la eficacia y la gestión de la calidad en el Sistema. Uno de los frutos tempranos de este objetivo se ha obtenido el pasado día 6 de julio con la firma del convenio de colaboración entre el CARL y el Consejo Andaluz de Colegios de Graduados Sociales, y la firma del Acta de Adhesión de este Consejo al Código Ético de actuación ante el SERCLA.

Finalmente, el II PANC, haciéndose eco de las directrices del V AENC, ha planteado en sus objetivos estratégicos 5 y 7 la promoción de la igualdad de género, de trato y de oportunidades, y el impulso a la prevención de la violencia sexual y de género en la negociación colectiva, así como la promoción de la sensibilización y generación de cultura preventiva de la seguridad y salud en el trabajo. Ambas cuestiones pasarán por el desarrollo de acciones formativas que podrán concertarse con el Instituto Andaluz de la Mujer y con el Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, con quienes se han establecido ya protocolos de actuación. Estos dos objetivos estratégicos pretenden fomentar la incorporación de la mujer a la negociación colectiva, tanto en las mesas negociadoras como en las comisiones paritarias e impulsar la prevención de la violencia sexual y de género en la negociación colectiva. Del mismo modo, se prevé la promoción de la sensibilización y generación de cultura preventiva de la seguridad y salud en el trabajo con la incorporación de cláusulas de colaboración con el IAPRL y con la priorización de la acción preventiva sobre factores que generan determinados riesgos frente al mero establecimiento de pluses de toxicidad, penosidad, peligrosidad o insalubridad. Se busca impulsar desde el CARL el compromiso de las empresas y de las personas trabajadoras con el cumplimiento de las normas de prevención.

El II PANC (2023-2025) es un instrumento digno de emulación en materia de colaboración entre los agentes sociales y la Administración Pública andaluza, fruto ello de un proceso de negociación en el seno del Consejo que ha tomado siete meses de trabajo intenso y minucioso. UGT Andalucía, CCOO Andalucía y CEA han mostrado su generosidad y su capacidad de entendimiento de la mano y en el seno del CARL, lo que constituye un enorme motivo de satisfacción para esta presidencia y certifica el excelente estado de salud del Consejo en su 40 aniversario.

3. ALGUNOS DATOS SOBRE NEGOCIACIÓN COLECTIVA GESTIONADA DESDE EL CARL

En relación con el impulso de la negociación colectiva, el CARL sistematiza sus actuaciones y servicios a través de sus análisis en las 12 Comisiones Permanentes, 4 Plenos y 32 reuniones de las Comisiones Técnicas Provinciales (4 reuniones al año en cada una de las 8 provincias) celebradas anualmente y a través especialmente de la aprobación consensuada y puesta en marcha del II Plan de Apoyo del CARL a la Negociación Colectiva.

La gestión que el CARL realiza de la negociación colectiva en Andalucía ha permitido en la pasada anualidad el apoyo en las negociaciones y desbloqueo de los convenios colectivos de los principales sectores de actividad de nuestra comunidad autónoma. Entre las actuaciones realizadas durante el pasado 2022 se pueden señalar las llevadas a cabo en los convenios colectivos de limpieza en Córdoba, Sevilla, Almería; convenio colectivo de transportes de mercancías y viajeros de Cádiz y Sevilla; convenio colectivo de confiterías y obradores de Sevilla; convenio del comercio de Córdoba; convenio de la vid de Cádiz; convenio colectivo de lavanderías industriales de Huelva; o el convenio de ayuda a domicilio de Sevilla, los cuales fueron atendidos con apoyo técnico desde el CARL directamente o a través de presidencias y mediaciones en el SERCLA y que finalizaron con la firma del convenio.

Asimismo, son reseñables los recientes impulsos a la negociación de los convenios colectivos del campo de Almería y Granada, este último firmado en noviembre de 2023 tras once meses de ardua negociación asistida, o Industria del salazón en Huelva. Se han aprobado convenios de enorme trascendencia a nivel autonómico en este año, como el de Empresas de Atención a la Dependencia, y se están negociando convenios clave como el del sector de transporte de enfermos y personas accidentadas para toda Andalucía, o el de la empresa Acerinox en el Campo de Gibraltar.

Ello permite ofrecer un mapa de la negociación colectiva andaluza en 2022 y 2023 activo y adaptado a las circunstancias y contingencias. En efecto, a 31 de diciembre de 2022 el número de convenios colectivos andaluces existentes en nuestra comunidad alcanza la cifra de 1.562, los cuales afectan a 1.613.733 de personas trabajadoras y a 304.937 empresas, según los datos facilitados por las mesas negociadoras con ocasión del registro del convenio colectivo. De ellos, en vigencia expresa o prórroga tácita se encuentran 1.267 convenios, dando cobertura a 184.763 empresas y 1.103.877 trabajadores; 263 convenios terminaron el año en ultraactividad y por tanto son convenios colectivos sobre los que recae el deber de negociarlos y 32 convenios colectivos más se encontraban en tramitación ante la autoridad laboral. Es importante señalar desde el punto de vista cualitativo, que son los convenios sectoriales los que abarcan en su seno mayor número de empresas y personas trabajadoras, dando cobertura al 99,5% de las empresas y al 89,3% de

las personas trabajadoras. De ahí la importancia de apoyar fundamentalmente estas negociaciones y apoyar la mejora de los contenidos de estos convenios colectivos. Estas cifras se van a ver ampliamente superadas en 2023 por lo que se aprecia de la evolución del primer semestre del año.

Se trata, por tanto, de procesos de negociación en recuperación, superando dificultades recientes o persistentes como la pandemia, la incertidumbre asociada al incremento del IPC, la crisis energética y de materias primas derivada de la guerra de Ucrania, o la ausencia de referentes en materia salarial desde Acuerdos Estatales de Negociación Colectiva, hasta la aparición en mayo de 2023 del V AENC. En esta recuperación está jugando un papel clave el mencionado II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva del CARL y la propia capacidad de adaptación del Consejo con la puesta en marcha por primera vez de un servicio de asistencia técnica para hacer posible procesos de negociación colectiva 100% en línea. Estamos especialmente interesados en impulsar la negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma en determinados sectores, así como en animar a los interlocutores sociales a que lleguen a Acuerdos Interprofesionales en materias concretas, como régimen disciplinario, igualdad de oportunidades en la empresa, prevención de riesgos laborales, o planes de igualdad, con el objeto de facilitar los procesos de negociación colectiva de sector y de empresa.

4. EL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES DE ANDALUCÍA, SERCLA

El SERCLA es el relato de una trayectoria histórica exitosa desde abril de 1996, año de su creación a través de un Acuerdo Interconfederal del que en un principio fue parte la Administración de la Junta de Andalucía, y su vinculación administrativa al CARL, siendo su primer Reglamento de 1999, e incorporando las controversias individuales en marzo de 2005, con actualizaciones mediante Acuerdo de enero de 2015 y desarrollo reglamentario en agosto de 2018, y una última reforma de su reglamento en 2022. En esta reforma del 2022 se renunció a los conflictos en la Administración Pública, por la imposibilidad de realizar transacciones con efectos presupuestarios, asumiéndose mediante Acuerdo Interprofesional sobre materias concretas del art. 83.3 ET, todas las convocatorias de huelga en Andalucía, no solo las convocadas por los sindicatos mayoritarios.

El SERCLA fue el primer servicio en España que hizo mediaciones *on line* a raíz de la pandemia de 2020. Actualmente, el 90% de nuestras mediaciones individuales son *on line*.

Con los datos disponibles de 2022 del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía, el SERCLA asume el 4,5% (1.848) del total de conflictos individuales en Andalucía, y los CMAC el 95,5% restante, de un total de 41.712 conflictos. El 100% de los conflictos colectivos se encuentra en manos del SERCLA (en 2021,

815 expedientes, que afectaron a 24.630 empresas y 396.140 trabajadores, en 2022, 837 expedientes, con 53.082 empresas y 509.510 trabajadores afectados).

En términos generales puede decirse que los conflictos que se presentan en SERCLA suponen 11 veces más de trabajadores afectados que los que se presentan ante el CMAC, que solo lleva conflictos individuales, singularmente despidos y reclamaciones de cantidad. Los porcentajes de avenencias son muy similares en CMAC, 24,5% y en SERCLA, 22,2%. En términos económicos, afirmamos con rotundidad que la paz social no tiene precio, y ello se traduce en que en sus 25 años de existencia, el SERCLA ha tenido un coste aproximado para la Administración de 19 millones de euros, habiendo ahorrado para el tejido productivo andaluz la nada despreciable cifra de 49 millones de horas de trabajo en huelgas, lo que equivaldría a más de 750 millones de euros, de ahí que reclamemos una mayor dotación presupuestaria para este organismo, dado que es difícil encontrar algo que pueda ser más rentable en términos sociales y económicos.

En la actualidad nos encontramos trabajando en conseguir un III Acuerdo Interprofesional sobre el Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía con vigencia hasta 2025, ante la necesidad de acometer un impulso de renovación que asegure el futuro del SERCLA frente a las condiciones sociales, económicas y políticas más adversas, con el objeto de garantizar la paz social en nuestro sistema de relaciones laborales andaluz. Será esencial en este sentido que la próxima Ley de Participación Institucional contemple la correspondiente aportación presupuestaria para este Acuerdo, del mismo modo que para el II Plan de Apoyo a la Negociación Colectiva.

Para ello, en el seno de su Comisión de Seguimiento, hemos propuesto desde el CARL, como órgano administrativo gestor del SERCLA integrado por las tres organizaciones económicas y sociales, el abordaje de una serie de cuestiones que entendemos son clave para garantizar este impulso, teniendo en cuenta, como dice el art. 8 de su Reglamento vigente, que corresponde al CARL la ejecución material de los acuerdos de su Comisión de Seguimiento, así como el soporte técnico en la tramitación de todas las fases de la sustanciación de los procedimientos, tanto de mediación como de arbitraje, impulsando en general la actividad del Sistema, y recabando, en su caso, el apoyo personal y material de las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Empleo. Los ejes generales de este Acuerdo serían:

- 1º. La formación integral de mediadores, con certificación de su cualificación, y reconocimiento de sus capacidades mediadoras. Ya hemos puesto en marcha y completado el programa piloto Curso de Capacitación en Mediación Laboral de la mano de un convenio institucional firmado con la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, curso que se ha testado en el Tribunal Arbitral y de Mediación de Islas Baleares, TAMIB, con unos excelentes resultados.

- 2º. La selección de mediadores a incorporar al Sistema para su empoderamiento, definiendo su perfil, abierto y bajo criterios de transparencia, seleccionados conforme a competencias o experiencia por acuerdo unánime de las organizaciones firmantes, recuperando a los mediadores más experimentados que no estén ya en activo para el *mentoring* de los nuevos mediadores.
- 3º. El refuerzo en materia de garantías, de la permanencia mínima de los mediadores en el sistema tras ser formados, con el fin de optimizar los recursos y evitar el alto grado de rotación que se registra, consolidar su experiencia y vinculación con el SERCLA, y la aprobación de un código ético de actuación en las mediaciones. El TAMIB de Baleares ha implantado nuestro código ético, así como el Consejo de Colegios de Graduados Sociales de Andalucía y las asociaciones de laboristas ASNALA y ALAS. Estamos trabajando en la implantación de un sello de calidad ética, implicando a los colegios profesionales y a las empresas a través de la RSC.
- 4º. La atención en la designación de mediadores a criterios de eficacia previamente acordados con las organizaciones y conformando equipos estables para conflictos colectivos de especial trascendencia.
- 5º. La transición hacia un modelo tarifario que garantice la estabilidad económica del sistema, tema que consideramos absolutamente imprescindible habida cuenta de la experiencia comparada. Somos el único sistema de resolución extrajudicial de España que no cuenta con un sistema de tarifa.
- 6º. La evaluación de la calidad, monitoreando las encuestas entre mediadores y partes interesadas. Pretendemos lograr la máxima eficacia, con un 40% de avenencias para 2023, 50% en 2024 y 60% en 2025.

En el Reglamento SERCLA aprobado en marzo de 2022, se establece la competencia funcional que actualmente desarrolla este sistema en Andalucía. Según su artículo 4, el Sistema será de aplicación a los conflictos laborales, tanto individuales como colectivos. Los conflictos laborales colectivos que constituyen el objeto de los procedimientos que se tramitan en el SERCLA son los siguientes:

- a) Conflictos jurídicos, derivados de la interpretación, aplicación o inaplicación de normas jurídicas, convenios colectivos, pactos, prácticas, acuerdos de empresas o decisiones empresariales de carácter colectivo y cualesquiera otros que pudieran acordarse por la Comisión de Seguimiento en desarrollo del presente Reglamento.
- b) Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos de forma previa al inicio de la vía judicial.
- c) Conflictos de intereses dimanantes de:
 - 1º. Las negociaciones de convenios colectivos, acuerdos o pactos colectivos, incluidos los existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse acuerdo, conforme a lo previsto en el artículo 86.3 de la LET o la negociación en materias concretas, como los diagnósticos y planes de

- igualdad, la regulación del teletrabajo o cualesquiera otras materias propias de la negociación colectiva que las partes estimen conveniente.
- 2º. Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en los períodos de consulta previstos en los artículos 40 (movilidad geográfica); 41 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo); 44.9 (sucesión de empresas); 47 (suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor); 51 (despido colectivo); 82.3 (inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable) y la sustitución de los períodos de consulta establecidos en la LET y en el art. 64.5 de la Ley Concursal.
- 3º. Cualesquiera otros que pudieran acordarse por la Comisión de Seguimiento, en desarrollo del presente Reglamento.
- d) Discrepancias en el seno de las comisiones paritarias de los convenios colectivos, con ocasión de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas y siempre que concurran las partes afectadas mencionadas en el apartado 1 de este artículo.
- e) Conflictos que puedan dar lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en los supuestos de huelga.

Para los conflictos laborales individuales que constituyen el objeto de los procedimientos que se tramitan en el SERCLA se tiene en cuenta que el art. 64 LRJS exceptúa de la obligatoriedad de intento de conciliación las vacaciones, materia electoral, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensión y reducción de jornada, conciliación laboral, etc. Estos conflictos atendidos por SERCLA son:

- a) En materia de clasificación profesional, movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría.
- b) En materia de licencias, excedencias, permisos y reducciones de jornadas no vinculados al cuidado de hijos y familiares.
- c) En materia de disfrute del período de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada vinculadas al cuidado de hijos y familiares, así como demás derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.
- d) En materia de movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.
- e) En materia de régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido (Acuerdo de 2018).
- f) En materia de lesiones de derechos fundamentales y libertades públicas, si su tutela se ejerce conjuntamente con la de alguna de las materias señaladas en los apartados anteriores.

- g) Reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias señaladas en los apartados anteriores, siempre que se efectúen conjuntamente con ellas.
- h) En el marco de un posible acuerdo sobre algunas de las materias recogidas en los apartados a) al d) y aunque no se haya indicado en la solicitud de mediación, podrán asimismo abordarse las siguientes cuestiones directamente relacionadas con la pretensión planteada, si las partes están conformes en tratar estas cuestiones y en incorporarlas al eventual acuerdo que se alcance:
- 1º. Reclamaciones de cantidad, compensación de gastos por traslados aceptados como opción por la persona trabajadora y gastos de viaje y dietas en el caso de desplazamientos temporales, derivadas directamente de solicitudes en materia de clasificación profesional, movilidad funcional, trabajos de superior categoría y movilidad geográfica.
 - 2º. Reclamaciones de ascenso o cobertura de vacantes derivadas directamente de solicitudes en materia de encomienda de funciones superiores a las del grupo profesional por periodos temporales superiores a los previstos legal o convencionalmente.
 - 3º. Derechos preferentes de ocupación de otro puesto de trabajo en el caso de traslados aceptados para personas trabajadoras víctimas de violencia de género, víctimas del terrorismo o con discapacidad y derechos prioritarios de permanencia en el puesto de trabajo para los representantes legales de los trabajadores u otros colectivos determinados convencionalmente, conforme a lo dispuesto en la LET, derivadas directamente de solicitudes de movilidad geográfica.
 - 4º. Extinciones del contrato por voluntad de la persona trabajadora y aceptadas por la empresa y fijación de la indemnización correspondiente en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y en el supuesto de traslados no aceptados por la parte trabajadora.
- i) Cualesquiera otros que pueda acordarse por la Comisión de Seguimiento, en desarrollo del presente Reglamento.

Quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación del SERCLA los siguientes conflictos:

- a) Los que versen sobre Seguridad Social, salvo los relativos a mejoras acordadas de Seguridad Social con origen en la negociación colectiva, incluidos los planes de pensiones.
- b) Los relativos a la materia electoral, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, salvo que la empresa u organización empresarial figure en la solicitud de mediación, como parte expresa del conflicto. La exclusión alcanza a los actos de promoción y desarrollo, constitución y funciones de la mesa electoral, censo laboral, candidaturas, elección y atribución de resultados,

- así como los actos posteriores al propio proceso electoral de delegados/as de personal y miembros del comité de empresa, en particular la impugnación de los mandatos surgidos de dichos procesos.
- c) Los conflictos relativos a la impugnación de los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o de su modificación.
 - d) Los conflictos que afecten al sector público para aquellas materias en las que no sea posible alcanzar un acuerdo o pacto, por establecerlo así una norma con rango de ley o cuando tal acuerdo suponga una transacción reservada a órganos ejecutivos o legislativos.

La gestión del SERCLA implica la tramitación de expedientes de mediación y arbitraje en toda la comunidad autónoma, con un volumen anual de 3.000 expedientes en sus 10 sedes provinciales. En términos generales el volumen de expedientes ha aumentado en 2023 respecto a la anterior anualidad casi un 20 %, motivado ello, entre otras razones, por la última reforma laboral y la reactivación de la negociación colectiva tras los años de inactividad derivado del COVID. A ello se une el aumento de la conflictividad asociada a la aplicación de los nuevos SMI y al incremento del IPC, y que está haciendo que la negociación de los convenios colectivos esté siendo especialmente compleja, toda vez que son el instrumento con el que cuentan los representantes de trabajadores y las empresas para ajustar los incrementos salariales.

A pesar de las dificultades añadidas, el Consejo a través de la gestión del SERCLA, ha sido capaz de recuperar en 2022 más de 2.270.000 horas de trabajo en nuestra comunidad autónoma por acuerdos alcanzados en el SERCLA en conflictos previos a convocatorias de huelga. Desde que en 1999 inició sus actuaciones el SERCLA ha logrado evitar la pérdida de un total 48.729.548 horas de trabajo con sus mediaciones.

En cualquier caso, también el SERCLA es un Sistema adaptado a las circunstancias y contingencias, como lo demuestra el dato de que en 2022 más del 90% de las mediaciones del SERCLA fueron en línea. Asimismo, para garantizar la calidad del sistema, se ha establecido y puesto en marcha en 2022 un itinerario formativo y competencial habilitante y continuo para iniciar y desarrollar funciones mediadoras en el ámbito laboral del SERCLA, ofreciendo y exigiendo una formación inicial habilitante con carácter previo a su alta como mediador/a en el Sistema, así como una formación continua preceptiva para los mediadores y mediadoras que estén en activo y un procedimiento de evaluación continua.

En cifras, las actuaciones del SERCLA en 2022 relativas a los conflictos colectivos, competencia exclusiva del Sistema, ofrecen los siguientes datos: Se registraron en el SERCLA un total de 837 expedientes de conflicto colectivo, que extendieron sus efectos a 53.082 empresas y 509.510 trabajadores. En la comparativa con el año precedente se aprecia un ligero incremento en el número de asuntos, que se cifró en 815 expedientes en el año 2021.

Por lo que se refiere al porcentaje de tramitaciones efectivas, se sitúa en torno a un 67,14% (avenencia/no avenencia, frente a intentado sin efecto, desistimiento y no presentado).

El índice general de acuerdos durante el año 2022 alcanzó el 33,21% de los conflictos tramitados, acuerdos que beneficiaron a un total de 981 empresas y 47.838 personas trabajadoras. Por modalidades procedimentales, hay que destacar que el porcentaje de avenencias en los procedimientos previos a huelga asciende a un 56,59%; a un 41,13% en los relativos a conflictos de intereses o bloqueos de negociación y del 20,20% en el caso de conflictos previos a la vía judicial, sin duda los de mayor dificultad para alcanzar acuerdos, al tratarse de conflictos jurificados al momento de su gestión. En cualquier caso, la alta eficiencia y rentabilidad del SERCLA se aprecia no sólo en la evitación de posteriores litigios en sede judicial, sino especialmente en su contribución a propiciar el desbloqueo y firma de convenios o pactos colectivos y, de manera destacada, en la recuperación de horas de trabajo en nuestra comunidad autónoma por acuerdos alcanzados en conflictos previos a convocatorias de huelga.

Con las cifras de 2023 y datos hasta el mes de septiembre, se han registrado 565 expedientes de conflictos colectivos (el año pasado a esta misma fecha eran 552) que han afectado a 20.771 empresas y 469.991. El índice general de acuerdos con avenencia ha sido del 36,94%, destacando en primer lugar el 50% en Algeciras, seguido de Almería con 42,42% y Granada con 42,31%. Los conflictos interprovinciales han alcanzado un 46,67% de avenencias. En lo que llevamos de año se ha conseguido evitar la pérdida de 1.792.504 horas por huelga, lo que teniendo en cuenta que el coste medio de la hora de trabajo en Andalucía es del 20,62 euros, un 2,7% menos que los 23,55 euros de España, ha supuesto un ahorro medio de 36.961.432 euros. Al año, el SERCLA le ahorra al tejido productivo andaluz del orden de 40.000.000 de euros. En cuanto a conflictos individuales, estamos ya en 1.680 expedientes, cuando en 2022 había 1.420, lo que supone un incremento del 18,31%, que superará a final de año el 20%. Esto genera un importante problema de recursos materiales y, sobre todo, humanos. De estos individuales, 1.098 se refieren a régimen disciplinario, seguidos de clasificación profesional 216 y MSCT con 213. El global de avenencias se cifra en un 28,37%.

Por sectores de actividad, cabe destacar el elevado número de expedientes con avenencia en el sector del transporte y almacenamiento (25), los recaídos en actividades sanitarias y servicios sociales (24), o los relativos a actividades administrativas y servicios auxiliares (15) o los correspondientes a suministro de agua, saneamiento, residuos y descontaminación (15) con un porcentaje de acuerdos del 53,57% o los del sector de la Hostelería (10) con un porcentaje de avenencia del 50%.

Entre los conflictos sectoriales en los que la avenencia firmada en el SERCLA supuso evitar la correspondiente huelga, cabe destacar el del Sector de Empresas

de Limpieza de Sevilla, que afectó a un total de 40 empresas y a más de 14.000 trabajadores; el del Sector del Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Patatas de la provincia de Granada, con 65 empresas y 7.000 trabajadores afectados; el de la Asociación Estatal de Entidades de Servicio de Atención a Domicilio, que afectó a 50 Empresas y a unos 4.500 trabajadores (firmamos en junio el convenio colectivo de ámbito andaluz); el del Sector de Confeitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Churrería, Fábrica de Chocolate y Turrone de Sevilla, que afectó a unas 100 empresas y a 4.000 trabajadores; el del Sector del Transporte de Mercancías de la Provincia de Cádiz, con 100 empresas y 3.000 trabajadores afectados; industria y derivados del aceite en Jaén, con 350 empresas y 4.500 trabajadores; el del Sector del Transporte en Autobús de Sevilla, que afectó a 1.500 trabajadores; el del Sector de la Vid de la Provincia de Cádiz, con 50 empresas y 1.300 trabajadores, Sector del metal de Cádiz, con 3.500 empresas y 22.000 trabajadores, Sector del Campo Agropecuario en Cádiz con 5.000 trabajadores, así como el de Transporte de Viajeros por Carretera de la Provincia de Granada que afectó a 58 empresas y a un total de 800 trabajadores.

En lo que respecta a los conflictos de empresa en los que la avenencia en el SERCLA supuso evitar la huelga, cabe destacar el de la empresa Inagra S.A., que afectó a 590 trabajadores; el de Transportes Rober, S.A., con 580 trabajadores; el de Indra BPO Servicios, S.L., con 500 trabajadores; el de la UTE LISAN, con 400 trabajadores afectados; el de Serveo Servicios, S.A. Emergencia 112, que afectó a 375 trabajadores; el de la UTE SUFI COINTER, con 300 trabajadores o el de Santa Bárbara Sistemas S.A. y Rhnus LTK Warehousing Solutions S.L. que afectaron a un total de 250 trabajadores. Estos datos se encuentran recogidos en la memoria del CARL de 2022 que se encuentra disponible en la *web* del Consejo

Por lo que se refiere a las actuaciones relativas a los conflictos laborales individuales, en el ámbito del SERCLA se gestiona la mediación en conflicto laborales individuales referidos a clasificación profesional; movilidad funcional y trabajos de superior o inferior categoría; licencias, excedencias, permisos y reducciones de jornadas no vinculados al cuidado de hijos y familiares; disfrute del periodo de vacaciones, licencias, permisos y reducciones de jornada vinculadas al cuidado de hijos y familiares, así como demás derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral; movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y en materia de régimen disciplinario laboral de las personas trabajadoras, en los términos previstos en la LET, con excepción de las que lleven aparejada la sanción de despido. Convive pues el SERCLA con la conflictividad individual que le corresponde atender mediante conciliación administrativa a los Centros de Mediación, Arbitraje y Conciliación (CMAC) de las Delegaciones Territoriales de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (despidos y reclamaciones de cantidad).

En este sentido, y en el ámbito competencial del SERCLA, durante el año 2022 se han presentado un total de 2.234 expedientes de conflictos individuales,

suponiendo un aumento importante en el número de expedientes registrados respecto al año 2021, en el que se registraron un total de 1.878 expedientes, lo cual implica un incremento de casi un 20%.

La distribución provincial de los expedientes presentados es la que sigue: Almería 201, Cádiz 319, Córdoba 60, Granada 199, Huelva 147, Jaén 59, Málaga 717, y Sevilla 532. En lo atinente a la motivación de los mismos, la mayor parte de estos conflictos se refieren a Régimen Disciplinario (1.357), en segundo lugar las de Modificación Sustancial de las Condiciones de Trabajo (322), seguidas por las de Clasificación Profesional (294). Estamos trabajando para hacer que los convenios colectivos establezcan la obligatoriedad de acudir al SERCLA en caso de expedientes disciplinarios y de no imponer la sanción antes de que se haya visto el expediente en SERCLA.

Respecto a la preceptividad del trámite de la mediación en el SERCLA, se observa que la intervención en el sistema es trámite obligatorio en 1.749 de los conflictos presentados, siendo voluntaria en los 485 restantes (los conflictos del art. 64 LRJS). Por lo que se refiere a la tramitación efectiva se cifró en un total de 1.573 expedientes. El porcentaje global de avenencias en los conflictos individuales se situó en un 29,56% de los asuntos, un 0,86% superior al dato registrado en el año precedente (28,70%). Dicho porcentaje de avenencias asciende a un 38,54%, si del total de los conflictos individuales desagregamos los datos relativos a los expedientes de régimen disciplinario.

Por modalidades, el porcentaje más alto de acuerdos se alcanzó en los expedientes de conflicto relativo a vacaciones, con un 72% de avenencias, seguido de los de clasificación profesional (40,94%) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (38,22%). En los expedientes de conflicto individual más numerosos, los de régimen disciplinario, totalizaron la cifra de 1.357 asuntos, el porcentaje de avenencia se situó en un 24,19%.

LA CONDICIÓN LABORAL DEL CONSEJERO DELEGADO EN LAS SUCESIVAS REFORMAS LEGALES Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

JAVIER NÚÑEZ VARGAS

Magistrado Especialista en el Orden Social
Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

EXTRACTO

Palabras clave: alto directivo, personal de alta dirección, consejero delegado, consejero ejecutivo

Las posteriores reformas legales de la normativa societaria han modificado el estatuto jurídico de los consejeros delegados, principalmente en lo relativo a su régimen retributivo, lo que ha reducido la posibilidad de fraude que la teoría del vínculo trató de combatir. Paralelamente a lo anterior, en la interpretación de las normas comunitarias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha configurado un concepto de trabajador amplio, que puede no ser compatible con la exclusión del consejero delegado en la aplicación de la norma laboral por la jurisprudencia española.

Todas estas novedades obligan a revisar el estatus jurídico del consejero delegado y su laboralidad, si no se quiere incurrir en ciertas contradicciones. Para delimitar la frontera entre el ordenamiento laboral y el mercantil en esta materia, sería conveniente abordar una reforma legal que concretara los supuestos en los que el consejero que ejerza funciones de dirección puede beneficiarse del Derecho laboral, acabando con la indefinición tradicional del texto legal. Los criterios establecidos por la Ley General de Seguridad Social para configurar el ámbito de aplicación de cada régimen han sido un claro ejemplo de esta técnica legislativa.

ABSTRACT

Key words: *senior management, senior management staff, chief executive, managing director*

Subsequent legal reforms of company law have modified the legal status of chief executive, mainly concerning their remuneration system, which has reduced the possibility of fraud that the theory of the link sought to combat. Moreover, in the interpretation of community rules, the Court of Justice of the European Union has configured a broad concept of worker, which may not be compatible with the exclusion of the chief executive in the application of labour law by Spanish case law.

All these new updates compel us to review the legal status of the chief executive officer and his laborability, to not make certain contradictions. In order to delimit the boundary between labour and commercial law in this matter, it would be advisable to undertake a legal reform that would specify the cases in which directors that perform management functions can benefit from labour law, ending to the traditional lack of definition in the legal text. The established criteria by the General Social Security Act to configure the scope of application of each regime have been a clear example of this legislative technique. This is the subject of this study.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ALTO DIRECTIVO
 - 2.1. Legislación preconstitucional: la exclusión de la laboralidad
 - 2.2. Tránsito hacia la inclusión del alto directivo en el Derecho del trabajo
3. EXCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LABORALIDAD DEL CONSEJERO EJECUTIVO: TEORÍA DEL VÍNCULO
 - 3.1. Caracterización de la relación laboral especial de alta dirección
 - 3.2. Teoría del vínculo: construcción y desarrollo de la misma
 - 3.3. Acogimiento de la doctrina laboral por la Sala I del Tribunal Supremo
4. INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO
5. LA DOCTRINA DEL VÍNCULO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA
 - 5.1. Concepto de asalariado en el Derecho de la Unión: el consejero ejecutivo
 - 5.2. Conciliación de la teoría del vínculo con la jurisprudencia comunitaria
6. REFLEXIONES FINALES: PROPUESTA DE LEGE FERENDA

1. INTRODUCCIÓN

Con tino encomiable autores como Miguel Reale, desde la teoría tridimensional del Derecho, agregaron a la concepción integral de la norma jurídica aspectos tan determinantes como la necesidad a la que obedece y el valor de justicia que persigue realizar, siendo ambas esferas condicionantes del resultado final de la ley que se elabore en cada contexto que se precie¹. Atendiendo al plano fáctico de la realidad social imperante y al ideal axiológico cuya consecución se pretende alcanzar, la norma tenderá a un sentido u otro, y será más o menos eficaz en función del momento histórico en que cobre vigencia.

El Derecho del trabajo en modo alguno es ajeno a esta circunstancia, sino que, con mayor intensidad que el resto de ramas del ordenamiento, responde a las demandas sociales, con frecuencia perentorias, y a las finalidades que le son consustanciales, como la tuitiva o de protección del trabajador y la resolución pacífica de la conflictividad social. Con este sustrato tan cambiante y dinámico no resulta difícil asimilar la singularidad de que una misma institución jurídica laboral haya estado sometida a regulaciones de muy diverso signo y contenido, incluso opuestas entre sí, como ha sido el caso del trabajo desempañado por el alto directivo a lo largo de su devenir histórico hasta la actualidad.

Más de un siglo ha transcurrido desde que la primera legislación laboral excluyera a los directivos de su ámbito de aplicación, para posteriormente acogerlos, y, sin embargo, todavía hoy el concepto de alto directivo y su extensión jurídica

¹ Reale, M. *Teoría Tridimensional del Derecho*. 1ª ed. Tecnos. Madrid, 1997.

continúa atravesando distintos avatares que motivan su revisión, muy especialmente en lo concerniente a la concurrencia de la labor directiva con el desempeño del cargo de administrador de la sociedad en la que aquél desarrolle su actividad profesional. Pese a que, en los últimos treinta años, la jurisprudencia patria había conformado un cuerpo de doctrina sólido que solventara estas eventualidades, nuevas reformas legales como la llevada a cabo por la Ley 31/2014 en el régimen de las sociedades de capital, y, con mayor trascendencia, los últimos pronunciamientos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aconsejan, cuanto menos, una reflexión sosegada sobre la conveniencia de adaptar el estatuto jurídico del alto directivo a estos cambios sobrevenidos, lo que se abordará en el presente estudio.

Salvo que la extraordinaria y urgente necesidad así lo imponga, en la construcción de sus argumentaciones el jurista debe huir de la inmediatez que trae consigo, bien una sociedad cada día más compleja, bien la precipitación de juicio por atrevimiento de la persona, por cuanto ello nos conduce al error en el empleo de la técnica, y, ulteriormente, a la frustración de las metas idealizadas. Al afrontar el objeto de este análisis ha de partirse del examen, siquiera en sus trazos básicos, de los precedentes normativos del alto directivo, ya que de otro modo no se alcanzará la cabal comprensión del estado de la cuestión, y, mucho menos, poder formular una propuesta de modificación.

2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ALTO DIRECTIVO

2.1. Legislación preconstitucional: la exclusión de la laboralidad

Aun cuando desde la óptica del Derecho del trabajo actual pudiera calificarse de incoherente con respecto a las notas definitorias de la relación *iuslaboral*, las primeras normas omitieron cualquier regulación del alto directivo, toda vez que su aplicación estaba orientada exclusivamente al trabajador manual, por lo que el ejercicio de funciones de dirección por los agentes colaboradores del empresario continuó rigiéndose por las disposiciones atinentes a los denominados factores mercantiles y, principalmente, gerentes, que se contenían en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885.

En este contexto deben de situarse algunas normas como la Ley de 30 de enero de 1900, de accidentes de trabajo, que opta por el trabajo manual al definir los contornos de su ámbito de aplicación en el art.1; así como la Ley de 3 de marzo de 1904, de descanso dominical, que prohíbe el trabajo material los domingos. Siguiendo este parámetro, los arts.1 y 3 del Código de Trabajo de 1926 parecían limitar el objeto del contrato de trabajo a la prestación de obra o servicios manuales por obreros, lo que concuerda con la exclusión expresa de los “*directores y gerentes de empresa, y, en general los apoderados generales o factores mercantiles, con*

arreglo al Código de Comercio”, al configurar la competencia de los Tribunales Industriales, según rezaba su art.427².

Este primer conjunto de normas laborales respondía a una doble finalidad, cual es, de un lado, la tutela de las masas proletarias depauperadas en extremo por unas condiciones de trabajo que, en algunos casos, se aproximaba a las servidumbres personales propias de un pasado feudal, y, de otro, atender al intenso clima de revueltas sociales de la época, tratando de evitar el éxito de movimientos insurreccionales³. Guiada por estos fines, la primera legislación laboral acuñó una concepción del Derecho del trabajo como Derecho obrero, cuyos principales destinatarios son los asalariados industriales y todos aquéllos que presten servicios materiales precarios, por lo que no existió la necesidad real de extender estas normas primitivas a otras profesiones de distinta índole, como es el caso de los altos directivos, que fueron absolutamente preteridos.

Estas limitaciones no tardaron en superarse, al menos en parte, por la posterior Ley del Contrato de Trabajo de 1931, en cuyo art.6 se especificaba que tendrían la condición de trabajadores, entre otros, “*los encargados de empresas, los contramaestres y los jefes de talleres*”, así como los trabajadores intelectuales. Sin embargo, aunque por primera vez se previeron los trabajadores que ejercieran funciones de alta dirección de empresas, el art.7 del mismo texto legal las excluyó de su aplicación cuando, “*por la representación que puedan ostentar de éstas, por su elevada capacidad técnica, importancia de sus emolumentos y por la índole de su labor, puedan ser considerados independientes en su trabajo*”. Como constató la jurisprudencia de la época sentada por el Tribunal Supremo⁴, el elemento determinante de la laboralidad en esta nueva legislación era la dependencia en el trabajo, entendiéndose el resto de criterios como indicios que habrían de jugar a favor o en contra de dicha cualidad, de suerte que cuando se apreciara autonomía en la prestación de servicios de dirección no será aplicable la norma laboral.

La definición tan amplia dada por la Ley de 1931 acerca de los altos directivos, refiriéndose a “*directores, gerentes y altos funcionarios de las empresas*” que gozaran de la independencia reseñada, tuvo como consecuencia inmediata la exclusión, no sólo de aquellos trabajadores que desempeñaran una actividad directiva respecto de la totalidad del negocio o industria, sino también de los meros directores técnicos de un departamento o trabajo concreto, lo que actualmente podría denominarse como mandos intermedios o jefes de sección. Esta exégesis jurisprudencial del art.6 de la Ley de 1931 pudo observarse incluso

² Martínez Moreno, C. *El trabajo de alta dirección: evolución histórica y fuentes de regulación*. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social. N°36. 1995. Págs. 15 a 80.

³ Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 39ª ed. Tecnos, Madrid. 2018. Pág. 71.

⁴ SSTs 12 de mayo de 1934, 17 de agosto de 1939 y 23 de octubre de 1940, entre otras.

en diversos pronunciamientos judiciales posteriores a la entrada en vigor de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944, a pesar de la nueva letra de la norma⁵.

Como su precedente, esta Ley incluía en su ámbito de aplicación a los encargados de empresas, los contramaestres y los jefes de talleres o de oficinas, conforme al art.6. Sin embargo, el art.7 excluía de la tutela de la Ley a “*las personas que desempeñen en las empresas funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo*”, añadiendo una enumeración ejemplificativa que cerraba con la cláusula residual referente a otras exclusiones previstas en las correspondientes reglamentaciones. Este precepto pronto permitió, no sólo a la jurisprudencia posterior, sino también a un amplio sector de la doctrina laboralista, entender que la dependencia ya no ocupaba el centro en torno al cual construir el concepto de alto cargo, pues no era su rasgo más definitorio⁶. Ciertamente, en contraposición al régimen normativo precedente la jurisprudencia sentada a partir de la década de los 50 comenzó a restringir el concepto de alto cargo atendiendo, no a su dependencia, sino principalmente a la naturaleza y contenido de las funciones ejercitadas por el trabajador, estableciendo que únicamente cuando la dirección recayera sobre el negocio en su conjunto y en todas sus esferas procedería excluir a aquél de los beneficios de la Ley del Contrato de Trabajo de 1944⁷. Este cambio notable comportó la inclusión en la legislación laboral de los directores técnicos que bajo la vigencia de la anterior Ley de 1931 habían sido excluidos.

Lo expuesto hasta ahora presume de la claridad que es propia tan sólo de un ensayo o comentario doctrinal, pero que, de ordinario, suele desvanecerse cuando se predica de la jurisprudencia que debe resolver un crisol de supuestos de hecho en el que cada caso matiza al anterior y presenta serias singularidades, siendo difícil mantener conclusiones generalizadas. La complejidad práctica de la materia se sumaba a la indefinición de las normas legales examinadas, lo que desembocó en una gran variedad de pronunciamientos casacionales que se apoyaban en criterios de decisión divergentes, cuando no contradictorios entre sí⁸. La falta de precisión de las disposiciones legales promulgadas hasta la fecha condujo a la inevitable discusión sobre la verdadera naturaleza jurídica de los servicios prestados por los altos cargos, afirmando buena parte de la doctrina que, lejos de ser concebidos como profesionales ajenos a las notas características del Derecho laboral, aquéllos

⁵ Fernández Marcos, L. *Jurisprudencia en torno al concepto de altos cargos*. Revista de Política Social. N°86 abril/junio 1970. Págs. 177 a 185.

⁶ Cleofé Sánchez, D. *Jurisprudencia en torno al concepto de alto cargo*. Revista de Política Social. N°87 julio/septiembre 1970. Págs. 168 a 177.

⁷ Bayón Chacón, G. *El ámbito de aplicación personal de las normas de Derecho del Trabajo*. Revista de Política Social. N°71 julio/septiembre 1966. Págs. 5 a 24.

⁸ Un profundo análisis de la casuística jurisprudencial puede encontrarse en Almansa Pastor, JM. *La exclusión de los altos cargos del Derecho del Trabajo español*. Revista de Política Social. N°71 julio/septiembre 1966. Págs. 25 a 36.

son trabajadores, aunque exceptuados por la ley⁹. Más allá, no faltó algún autor que arguyó el verdadero carácter de trabajadores dependientes y por cuenta ajena de los altos cargos para proponer *lege ferenda* su inclusión en el Derecho del Trabajo sin vacilación alguna, ya que lo contrario supone minorar sin justificación bastante el ámbito de aplicación personal de esta rama del ordenamiento¹⁰.

2.2. Tránsito hacia la inclusión del alto directivo en el Derecho del trabajo

En contadas ocasiones una institución jurídica pasa del sometimiento a un régimen dado a otro de signo opuesto, o sustancialmente dispar, sino que usualmente atraviesa diversas categorías intermedias que presagian el cambio inminente. Esta nueva senda en el estatus del alto cargo se inauguró por las normas de protección social, que mercedamente disfrutaron del título de vanguardistas que les fue atribuido por la casi totalidad de la doctrina laboralista¹¹.

Se ha querido ver como antecedente remoto y aislado de esta tendencia a la inclusión en el ámbito social de los altos directivos a la Ley de 18 de julio de 1938, por la que se crea el Subsidio Familiar de carácter obligatorio, en la que se prevé genéricamente como asegurado a todo trabajador por cuenta ajena, cualquiera que sea la “*forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo*”, así como su Reglamento de desarrollo, de 20 de octubre del mismo año¹². No obstante, la primera norma que incluyó a los altos cargos en los beneficios propios de la previsión social fue el Decreto de 17 de noviembre de 1950, por el cual se incorporan obligatoriamente al mutualismo laboral a aquéllos “*con igualdad de derechos que los demás de afiliados*”, según presume su mismo preámbulo. Este puede considerarse un punto de inflexión de suma trascendencia que señala la orientación, hasta entonces inédita, que habrán de continuar las disposiciones futuras que rijan los distintos sistemas de previsión nacional, sin distinguir entre clases de trabajadores por razón de su jerarquía, rango de retribución, capacitación o cuales quiera otras circunstancias que pudieran prejuzgar su autosuficiencia¹³.

⁹ Así lo entiende Alonso Olea, M. *En torno al concepto de contrato de trabajo*. Anuario de Derecho Civil. 1967. Págs. 117 a 152. En sentido contrario, Almansa Pastor, op. cit.

¹⁰ Montoya Melgar, A. *El ámbito personal del Derecho del Trabajo*. Revista de Política Social. Nº71 julio/septiembre 1966. Págs. 87 a 101.

¹¹ En este sentido, Bayón Chacón, op. cit. Pág. 13; Fernández Marcos, op. cit. Pág. 178.

¹² De esta forma tendría la condición de asegurados los altos directivos, aun cuando se encontraban excluidos de la aplicación de las normas laborales por el art.7 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931, y, con posterioridad, por el mismo precepto de la Ley de 1944. Así lo entendió la Dirección General de Previsión en sus resoluciones de 7 de febrero de 1949 y 11 de julio de 1955; ésta última incluyendo a los consejeros de sociedades de anónimas.

¹³ Sobre la repercusión de esta reforma legal *in extenso*, Blanco Rodríguez, JE. *La incorporación de los altos cargos afectados por el art.7 de la Ley de Contrato de Trabajo. El tope de cotización a las mutualidades y montepíos laborales*. Revista de Política Social. Nº9 enero/marzo 1951. Págs. 64 a 72. Téngase presente que la trascendencia de este Decreto es tan palmaria

Continuando esta pauta, el art.8 del Reglamento General del Mutualismo Laboral, de 10 de septiembre de 1954, declaró expresamente comprendidos en el concepto de mutualistas a los altos cargos excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 que definió como afiliados el anterior Decreto de 1950.

La dinámica marcada por el conjunto de normas de previsión social hasta aquí expuesta cristaliza con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social¹⁴, que se concreta en el art.61.2.a) de la Ley de Seguridad Social de 1966, por el que se comprenden en el campo de aplicación de este sistema de protección a los “*cargos directivos de las empresas, excluidos de la Ley de Contrato de Trabajo*”. Sin embargo, a continuación, se rechaza tajantemente la inclusión de “*quienes ostenten pura y simplemente cargos de Consejeros en las empresas que adopten forma jurídica de sociedad*”. Con el mismo tenor vuelve a reiterarse en el art.61 de la Ley General de Seguridad Social de 1974, y en el art.97 de la Ley homónima de 1994.

A partir de este momento quedó fijado el parámetro delimitador de la protección social de los altos cargos en base a dos criterios: uno positivo que incorpora a la Seguridad Social a los trabajadores que ejerzan funciones de dirección, y otro negativo que excluye a aquéllos que se limiten a desempeñar el cargo de simple consejero o miembro del órgano administrador de la sociedad. Esta ecuación se tomará en adelante por el legislador como esquema básico, no sólo del campo de aplicación de la previsión social de los altos directivos, sino que también se proyectará sobre la laboralidad de la relación de servicios que aquéllos mantienen con la sociedad empleadora. Acogiendo esta novedad operada en la Seguridad Social, el legislador lo extenderá al Derecho laboral, y así quedarán anticipadas para las décadas venideras las virtudes, pero también los defectos propios de este sistema de deslinde entre aquel ordenamiento tuitivo y otras relaciones de servicio ajenas.

La norma laboral originaria que traslada el croquis ilustrado por el campo de aplicación de la protección social al régimen jurídico de los altos directivos fue la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, en cuyo artículo segundo, c) se excluye de su ámbito a los consejeros, pero calificando, por primera vez, de relación laboral de carácter especial al “*trabajo de alta dirección o alta gestión de la Empresa*”, que no desempeñe el cargo de simple consejero y reúna los requisitos clásicos de la laboralidad, a saber, dependencia y ajenidad, guardando similitud plena con lo preceptuado en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. Como ha venido siendo tradicional en el Derecho del Trabajo español, mediante la

que, casi medio siglo después, la STS Sala General de 29 de enero de 1997 (rec.2577/1995; ECLI:ES:TS:1997:517) lo cita expresamente para justificar el mantenimiento de los administradores sociales ejecutivos como encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

¹⁴ Base Segunda, apartado cinco, a).

configuración de una determinada relación de servicios como relación laboral de carácter especial siempre se ha pretendido integrar en este ordenamiento protector a los trabajos identificados con las llamadas zonas grises del contrato de trabajo, sin desmerecer las singularidades de éstos, cuyo ejemplo más evidente ha sido el alto directivo¹⁵.

Acatando el mandato legal, el desarrollo de la regulación del trabajo del directivo como relación laboral especial quedó definitivamente establecido por la aprobación del RD 1382/1985, de 1 de agosto. La primera aspiración de este Reglamento fue la superación de “*situaciones de indefinición jurídica, e incluso vacío de regulación, que se habían venido produciendo por esta falta de tratamiento normativo*”, según clarifica su preámbulo, en alusión obvia al tratamiento jurídico del alto cargo dado por las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944. Sin desconocer las particularidades que caracterizan la función de alta dirección, la norma guía todo su articulado por el principio esencial de confianza recíproca entre el directivo y el empresario, hasta el punto de que algún sector de la doctrina no ha dudado en sostener la naturaleza “semi-laboral” de la relación jurídica¹⁶.

Una vez acotado el estatus jurídico del directivo en el marco de estas nuevas coordenadas, el mayor inconveniente que habrá de vencerse será la diferenciación nítida entre los conceptos de consejero, excluido del ámbito laboral, y de alta dirección, beneficiario de la tutela dispensada por el Derecho del Trabajo, máxime cuando concurren en un mismo sujeto ambas funciones de administración y dirección.

3. EXCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LABORALIDAD DEL CONSEJERO EJECUTIVO: TEORÍA DEL VÍNCULO

Ninguna rama del ordenamiento puede concebirse aisladamente como un compartimento estanco, sino que, muy al contrario, todas ellas presentan sinergias sin las cuales cada una quedaría desnaturalizada, siendo el alto directivo un buen ejemplo de esta evidencia, por cuanto en su estatus incide sobremanera la regulación mercantil, particularmente la societaria.

¹⁵ Luján Alcaraz, J. *El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 58. 2005, Pág. 17.

¹⁶ Montoya Melgar. *Derecho del Trabajo*. op. cit. pág. 510. Dos son los argumentos que esgrime el autor para justificar esta afirmación: de un lado, el intervencionismo normativo propio del Derecho laboral cede en favor de la autonomía de la voluntad de los contratantes en casi todos los extremos de la relación de servicios; de otro lado, el régimen supletorio a aplicar será, no el laboral, sino el civil y mercantil.

3.1. Caracterización de la relación laboral especial de alta dirección

La dificultad de definir las funciones propias del directivo condujo a optar por una redacción genérica que pudiera adaptarse a las variaciones de la casuística empresarial, indicando el art.1.2 del RD 1382/1985 que entre aquéllas habrían de subsumirse el ejercicio de “*poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma*”. Desde un primer momento la jurisprudencia adoptó una interpretación restrictiva por entender que el régimen jurídico del alto cargo constituye una excepción a la regla general de la relación laboral común, aplicándose una presunción iuris tantum en favor de ésta última condición en detrimento de la anterior¹⁷. No cabe confundir el ejercicio de determinadas funciones directivas por algunos trabajadores, como resultado de la delegación de poder constatable en toda organización humana, con la alta dirección que delimita el art. 1.2. del RD¹⁸. Únicamente podría ser calificada como tal actividad directiva aquella en la que la intensidad del poder pueda llegar a determinar el sentido de la marcha de la empresa, correspondiente al núcleo organizativo de la misma, sin sometimiento a otros órganos intermedios, más allá del órgano de rectoría superior de aquélla¹⁹. Sin embargo, la doctrina jurisprudencial también introdujo algún elemento de flexibilidad, señalando que, dada la complejidad de la estructura de las organizaciones empresariales, debe admitirse que estas decisiones trascendentales pueden tomarse en el marco de departamentos o áreas concretas y específicas, en las que pueden verse comprometidos dichos objetivos generales²⁰.

En adición a lo anterior, el art.1.2 del RD 1382/1985 añade un segundo presupuesto del concepto de alto directivo, cual es el desempeño del cargo con “*autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración*”. En la exégesis de este requisito normativo se ha constatado la necesidad del ejercicio autónomo de la actividad directiva, cuyo único y exclusivo

¹⁷ Esta jurisprudencia fue sentada tanto antes como después de la entrada en vigor del RD 1382/1985, en fecha 1 de enero de 1986. En este sentido, SSTS de 15 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5499) y 24 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:11331).

¹⁸ SSTS de 24 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:448); 13 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2314) y 11 de junio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:4463).

¹⁹ SSTS de 3 de julio de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:3825); 15 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5499); 27 de octubre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:5756); 24 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:448) y 2 de enero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:13). Más recientemente, esta doctrina unificada ha sido sistematizada por las SSTS de 12 de septiembre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4260 y ECLI:ES:TS:2014:4513); y 16 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:1543), entre otras. Igualmente, la jurisprudencia ha delimitado el concepto de alta dirección en el sector público, compendiando los términos de la misma la reciente STS 742/2023, de 11 de octubre (rec.2053/2021; ECLI:ES:TS:2023:4318).

²⁰ SSTS de 30 de enero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:17037) y 3 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:1966).

límite lo constituyan las instrucciones generales que impartan los administradores o rectores del supremo gobierno empresarial, de lo cual se colige la exclusión de esta relación laboral especial de todos aquéllos trabajadores que, aun ostentando poderes directivos, se encuentren supeditados a las órdenes de un director general u otro cargo equivalente del organigrama de la empresa²¹. En su concordancia, los mandos intermedios o de segundo orden, que son el grupo más numeroso de directivos, quedarían regidos por la normativa de la relación laboral común²².

3.2. Teoría del vínculo: construcción y desarrollo de la misma

La clarividencia con la que fueron bosquejados los contornos del concepto de alto directivo hubo de afrontar, como se ha adelantado, el mayor de los obstáculos al tratar de discernir entre las funciones de administración de la sociedad titular de la empresa y la dirección o gerencia de ésta última, más aún cuando aquéllas coinciden en una misma persona, como el consejero delegado. Adviértase que en la práctica no es extraño observar incluso la simulación, bien de la condición de simple consejero ajeno a la relación laboral para esquivar obligaciones tales como las de cotización a la Seguridad Social, bien del estatus de alto cargo para beneficiarse de prestaciones de protección social²³. En este contexto, aconteció un fenómeno especialísimo e inverso a la tónica general de las relaciones de servicio, ya que, en lugar de la *huida del Derecho del Trabajo*, los consejeros investidos de funciones ejecutivas *huyeron hacia el Derecho del Trabajo*, con la finalidad de sortear los controles que la normativa mercantil imponía en materia de retribuciones de los mismos²⁴, cuyo régimen no puede ser ignorado desde el ámbito laboral.

Como es sabido, los administradores de la sociedad de capital habrán de ser nombrados por la junta general, la cual puede separarlos de su cargo en cualquier momento, estando los primeros subordinados a las facultades de la segunda, por más que los administradores actúen con autonomía en su cometido. No obstante, éstos últimos pueden encomendar ciertas funciones de su actividad a otros sujetos, ya fuere mediante apoderamiento, o bien por delegación. Esta segunda posibilidad tan sólo podrá tener lugar cuando la rectoría de la sociedad corresponde a un consejo de administración, el cual puede designar de entre sus miembros a uno o

²¹ SSTs de 24 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:11331); 11 de julio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:5509); 12 de septiembre de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:6165) y 4 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:3943).

²² De Val Tena, Á. L. *Consejero Delegado y alto directivo: sobre la incompatibilidad de simultanear en la misma empresa dos cargos directivos*. Revista Doctrinal Aranzadi Social. Cizur Menor. 2013.

²³ Camps Ruiz, LM y Ramírez Martínez, JM (Coords.). *Derecho del Trabajo*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2011. Pág. 102.

²⁴ *In extenso*, Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. *En los límites del contrato de trabajo: administradores y socios*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. N° 83. 2009. Págs. 41 a 64.

varios consejeros delegados, además de comisiones ejecutivas²⁵. Aunque mucho se ha debatido sobre la naturaleza orgánica-societaria o contractual de la relación jurídica existente entre el consejero delegado y la sociedad, en lo que aquí nos interesa, es claro que los primeros gozan, respecto del consejo de administración, de “*autonomía para ejercer las facultades que le han sido atribuidas en la delegación, sin perjuicio de que el consejo no pierde su competencia para controlar e impartir instrucciones o criterios de actuación respecto de tales facultades delegadas*”²⁶, apreciándose, por lo tanto, una jerarquía indudable.

En lo atinente a la retribución de los administradores, dejando al margen la reforma operada por la Ley 31/2014 a la que luego nos referiremos, desde un inicio se previeron una serie de cautelas que rigieran este extremo tan sensible, indicando que la misma debería ser fijada en los estatutos de la sociedad²⁷. A pesar de la parquedad de la redacción del precepto legal, la interpretación dada al mismo por la Dirección General de los Registros y el Notariado (en adelante, DGRN²⁸) en sus múltiples resoluciones determinó que los estatutos, en armonía con su naturaleza de norma rectora de la estructura y funcionamiento de la entidad, y para garantía de los legítimos intereses de los socios, han de precisar el concreto sistema retributivo a aplicar, sin que pudiera dejarse al arbitrio de la junta, y mucho menos del consejo de administración, esta decisión²⁹.

Para vencer estas restricciones impuestas por la normativa societaria en la determinación del régimen retributivo de los administradores, éstos acudieron al amparo del Derecho del Trabajo, pretendiendo fuera calificada como laboral la relación de servicios existente entre el consejero ejecutivo y la sociedad, toda vez que el consejero delegado no desempeñaría “*pura y simplemente*” el cargo de consejero, sino que asume otras funciones adicionales de gerencia, con lo que no estaría afectado por la exclusión de laboralidad del art.1.3.c del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), debiendo de ser subsumido en la relación laboral especial de alta dirección en los términos del art.2.1.a) del mis cuerpo legal. De esta forma, al regirse por la normativa laboral las retribuciones del consejero ejecutivo no habrían de supeditarse necesariamente a las garantías propias del

²⁵ Art.141.1 de la LSA, actual art.249.1 de la LSC.

²⁶ STS Sala 1ª 215/2022, de 21 de marzo, FJ 3º.

²⁷ Art.74 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA) 1951, posteriormente art.130 de la LSA 1989, actual art.217.1 de la Ley de Sociedades de Capital (LSC).

²⁸ Téngase presente que la DGRN pasó a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública a partir del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales.

²⁹ Resoluciones de la DGRN de 18 de febrero de 1991 (BOE nº55, de 5 de marzo de 1991, páginas 7536 a 7538), 26 de julio de 1991 (BOE nº213, de 5 de septiembre de 1991, páginas 29399 a 29400), 17 de febrero de 1992 (BOE nº116, de 14 de mayo de 1992, páginas 16444 a 16446), entre otras muchas; por citar otra más reciente, anterior a la reforma practicada por la Ley 31/2014, la resolución de 25 de febrero de 2014 (BOE nº80, de 2 de abril de 2014, páginas 28214 a 28217).

orden societario, sino que serían las estipuladas libremente en el contrato de trabajo suscrito entre aquél y el consejo de administración que le delegó parte de sus funciones, burlándose las previsiones de los estatutos sociales y los acuerdos de la junta general.

Sin embargo, esta pretensión quedó rápidamente frustrada por la jurisprudencia social, acuñándose a tal efecto la denominada teoría del vínculo, que postula la imposibilidad de acumular la condición de alto directivo cuando el mismo sujeto desempeña el cargo de miembro del órgano de administración de la sociedad. Originariamente construida por la tantas veces citada STS de 29 de septiembre de 1988, esta doctrina entiende que, mientras que la relación jurídica trazada entre el tercero ajeno al consejo de administración que sea apoderado puede incluirse en la relación de alta dirección regida por el RD 1382/1985, la delegación de aquel consejo en favor de un consejero ejecutivo es ajena al ordenamiento laboral en virtud del art.1.3.c), en tanto que, aunque dicho consejero delegado asuma funciones adicionales a las del mero miembro del órgano de administración, dichas tareas son de idéntica índole a la administración de la sociedad. En consecuencia, lo determinante será, no tanto el contenido de las funciones que se ejercen por el trabajador, “*sino la naturaleza del vínculo en virtud del cual las realiza*”, siendo preponderante la vertiente orgánica y societaria de esta relación jurídica como miembro del consejo de administración a la *iustlaboral* que se pretende con base en el contrato concertado.

Aunque ha sido una idea muy extendida, resulta errado entender que los órganos de administración se han de limitar a llevar a cabo funciones meramente consultivas o de simple consejo u orientación, pues, por el contrario, les compete la actuación directa y ejecutiva, el ejercicio de la gestión, la dirección y la representación de la compañía, coincidiendo con la actividad directiva propia del alto cargo conforme aparece descrita en el art.1.2 RD 1382/1985, de tal forma que la administración comprende por sí misma a la dirección o gerencia. Siendo similares ambos cargos, cuando concurren en un mismo sujeto su desempeño quedará excluido del Derecho laboral por imperativo del art.1.3.c) del ET, incluso en el caso en que pudieran observarse todos los presupuestos típicos de la relación laboral enunciados en el art.1.1 del mismo texto³⁰. Por lo tanto, el consejero ejecutivo únicamente podrá vincularse con la propia sociedad a la que sirve mediante un contrato de trabajo cuando se aprecien los requisitos propios de la relación laboral común u ordinaria, pero no los de la relación especial de alta dirección.

³⁰ SSTS de 21 de enero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:221); 13 mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2452); 3 junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2878); 18 junio de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:3363); 27 de enero de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:500); 11 de marzo de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:1642); 22 de diciembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:8853), entre otras muchas. Sistematizan esta teoría del vínculo tanto la STS de 20 de noviembre de 2002 (rec.337/2002; ECLI:ES:TS:2002:7733), como la de 26 de diciembre de 2007 (rec.1652/2006; ECLI:ES:TS:2007:9055).

Paralelamente a lo antedicho, pero guardando siempre una coherencia estricta con lo sostenido hasta ahora, la jurisprudencia ha advertido una segunda causa de exclusión de la laboralidad del directivo, y es la posibilidad de afirmar ausencia de ajenidad por ostentar la condición de socio, siempre y cuando el mismo disfrute de la titularidad de una cuota societaria determinante, de manera que la prestación de trabajo que pueda realizar se efectúa en concepto de aportación a la sociedad, no tanto por cuenta de dicha sociedad. Reiteradamente, la participación en el capital social que es indicativa de la falta de ajenidad se ha fijado en un 50% o más³¹.

3.3. Acogimiento de la doctrina laboral por la Sala I del Tribunal Supremo

Vetada la laboralidad del consejero ejecutivo que realiza funciones directivas en aplicación de esta doctrina del vínculo, sus consecuencias fueron asumidas también por la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo, aunque con vacilaciones, e incluso razonamientos discordantes. En varias de sus resoluciones el Alto Tribunal entendió que, en aquellos supuestos en que se constatará la realización de funciones que desbordan las de mero administrador, el consejero delegado podría disfrutar de retribuciones pactadas en el contrato suscrito con la sociedad, incluso cuando las mismas excedieran de los conceptos fijados en los estatutos sociales, no siendo aplicable a estos particulares las restricciones del art.130 de la antigua LSA³². Esta conclusión se apoyó en la concertación de un contrato de servicios entre la sociedad y el consejero delegado, pactando remuneraciones e indemnizaciones en favor del segundo sin sujetarse a los límites estatutarios, al entenderse que los consejeros ejecutivos, aunque se integran en el consejo de administración, realizan funciones que rebasan las del simple administrador³³. Se parte aquí de la confusión consistente en aceptar que la sociedad puede concluir un contrato laboral de alta dirección con quien es miembro del consejo de administración y realiza funciones directivas o de gerencia.

En otro sentido, con expresa remisión a los pronunciamientos de la Sala IV, la Sala I del Tribunal Supremo sentó de inmediato la prohibición para que el consejo de administración ni el consejero delegado, en su propio beneficio, pudieran acudir al contrato de alta dirección, creando la figura de alto directivo en quien legalmente no puede ser definido como tal, con la única finalidad de poder ser retribuido de forma extraordinaria y anómala, recordando la necesidad de que los estatutos

³¹ SSTS de 26 de diciembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:9055); 739/2017, de 28 de septiembre (ECLI:ES:TS:2017:3660); y 206/2022, de 9 de marzo (ECLI:ES:TS:2022:1005).

³² Este fue el caso de la STS 445/2001, de 9 de mayo (ECLI:ES:TS:2001:3805).

³³ Esta vía interpretativa no puede considerarse aislada, sino que continuó en otras resoluciones, como las SSTS 301/2003, de 27 de marzo (ECLI:ES:TS:2003:2124); y 441/2007, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2364).

sociales configuren con precisión el sistema retributivo de los administradores, sin que el mismo pueda ser alterado por el consejo de administración³⁴.

En buena medida, estas indefiniciones fueron vencidas por la doctrina jurisprudencial más reciente de la Sala I, la cual concluye que, como regla general, para admitir como legítima una retribución que no consta en los estatutos sociales en favor del administrador es indispensable acreditar con certeza la realización de funciones distintas a las del cargo de administrador, demostrándose convenientemente lo que se ha venido a denominar como “*elemento objetivo de distinción entre actividades debidas por una y otra causa*”³⁵. Sin embargo, en el caso específico de los administradores que desempeñen funciones de alta dirección, como los consejeros ejecutivos, la observancia de este elemento objetivo presenta una dificultad obvia, y es que, como ya se expuso más arriba, las actividades del administrador son comprensivas de las del alto directivo, por cuanto el primero no es un órgano decorativo o simbólico³⁶. De ello se desprende que, en el supuesto de que el consejero realice cometidos directivos o ejecutivos, únicamente podrá beneficiarse de una remuneración no prevista por los estatutos sociales cuando se constate con meridiana claridad que ha llevado a cabo actividades diferentes a las incluidas en las de administrar, gestionar o dirigir, aproximándose más a los servicios propios de una relación laboral común que a la alta dirección³⁷.

4. INCIDENCIA DE LA LEY 31/2014, DE 3 DE DICIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL PARA LA MEJORA DEL GOBIERNO CORPORATIVO

El régimen retributivo de los consejeros ejecutivos y sus vicisitudes, que explicó la génesis de la teoría del vínculo expuesta, fue modificado por la Ley 31/2014, cuya meta última es la consecución del buen gobierno corporativo de las sociedades, como enfatiza el propio título dado a esta Ley. En esta materia se ha seguido un principio de suma trascendencia, cual es la acomodación de las retribuciones de los administradores a la evolución real de la empresa de la que la

³⁴ Esta doctrina jurisprudencial fue iniciada por la Sala 1ª en la STS 249/2005, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2005:2464). Posteriormente ha sido reiterada en las SSTS 1392/2007, de 12 de enero (ECLI:ES:TS:2007:169); 450/2007, de 27 de abril (ECLI:ES:TS:2007:2535); y 448/2008, de 29 de mayo (ECLI:ES:TS:2008:2900).

³⁵ STS 893/2012, de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9361).

³⁶ Este razonamiento vuelve a reproducirse en las SSTS 412/2013, de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3443); y 411/2013, de 25 de junio (ECLI:ES:TS:2013:3609).

³⁷ La síntesis de esta doctrina puede encontrarse en la exposición detallada contenida en la STS 708/2015, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TS:2015:5225). No obstante, en el objeto litigioso planteado se admitió la remuneración del administrador, por cuanto, aunque no estaba prevista en los estatutos de la sociedad, aquélla fue votada favorablemente por el socio único, el cual no podría ser perjudicado por una mera formalidad ilógica.

sociedad es titular, y al interés de ésta y sus accionistas, más aún cuando se trata de sociedades cotizadas³⁸.

En línea con las exigencias ya mantenidas por la DGRN, la reforma requirió que las previsiones estatutarias detallaran con rigor el sistema de remuneración del administrador, en los términos de la nueva redacción dada al art.217 de la LSC. Más específicamente, para el caso de designación de consejero delegado, el art.249 del mismo texto pasó a demandar la celebración de un contrato entre éste y el consejo de administración, en el cual habrían de constar todos los conceptos retributivos de los que gozaría aquél, que, en todo caso, deberían ser conformes a la política aprobada por la junta general. Estas previsiones se reiteran en la configuración de las retribuciones de los consejeros ejecutivos de las sociedades cotizadas, que, según reza el art. 529 octodecimos, habrán de atemperarse a los requisitos enunciados en el art.249. Recientemente, la Ley 5/2021 ha introducido la obligación de hacer constar, cuanto menos, la remuneración fija anual de este tipo de consejeros en la política de retribuciones que apruebe la junta general en concordancia con las previsiones estatutarias, fortaleciendo el control exhaustivo de la sociedad sobre las retribuciones de sus administradores, que constituye la verdadera *ratio legis* de este conjunto de reformas legales.

Ante estas novedades legislativas, no faltaron quienes, desde una posición crítica con los postulados de la teoría del vínculo, abogaron por su reformulación, al entender que resultaba inviable defender su pervivencia sin incurrir en un desconocimiento de la organización real de las sociedades y su creciente complejidad. El argumento fundamental que adujo este sector de la doctrina científica para sostener esta revisión y concluir la compatibilidad entre el desempeño de funciones de administración y alta dirección partió de la necesidad de celebrar un contrato de servicios entre el consejo de administración y el consejero ejecutivo en quien aquel delegó, según el art.249.3 de la LSC, aproximándose más a la relación laboral que a la meramente civil³⁹. Además, esta previsión constituye una singularidad de los consejeros delegados con respecto al régimen general de los administradores, para los cuales el art.217 no contiene esta equivalencia.

Así mismo, en la confección del sistema retributivo de los administradores de la sociedad, la reforma ha insistido en su articulado que la remuneración que podrá estipularse en su beneficio lo será “*en su condición de tales*” (art.217.2), mientras que en el caso de los consejeros delegados la retribución obedece a “*el desempeño de funciones ejecutivas*” (art.249.4), al igual que sucede con los consejeros de las sociedades cotizadas, respecto de los que se diferencia entre su remuneración como tales consejeros (art.529 septdecimos) y por el ejercicio de funciones ejecutivas

³⁸ Así lo destaca la propia EM de la Ley 31/2014, en su apartado VI.

³⁹ López Cumbre, L. *¿Sigue siendo válida la teoría del vínculo para los consejeros ejecutivos en el orden social?* Publicaciones en Gómez Acebedo & Pombo. Abril 2022. Pág. 5

(art.529 octodecies). De ello podría deducirse que el legislador ha acogido una diferenciación neta entre la condición de puro y simple consejero y la de consejero investido de competencias ejecutivas, justificando la compatibilidad entre el cargo de miembro del órgano de administración de la sociedad y las tareas consustanciales a la alta dirección.

Siguiendo estos razonamientos sería forzoso concluir que el nuevo régimen jurídico implantado por el Derecho societario admite sin mayor dificultad, de un lado, la relación jurídica orgánica entre el consejero miembro del órgano de administración y la sociedad en la que éste se integra, y, de otro lado, la relación contractual formalizada entre el consejero ejecutivo y el consejo de administración que delegó parte de sus funciones de dirección y gerencia en el primero⁴⁰. Aceptada esta dicotomía, teniendo presente los motivos indicados hasta aquí, existiría una base suficiente para poder calificar de laboral el contrato suscrito entre el consejero ejecutivo y el consejo de administración.

Sin embargo, las innovaciones representadas por la Ley 31/2014 no parecen haber tenido el efecto pretendido por la anterior doctrina en la interpretación que de la norma positiva ha hecho la jurisprudencia. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo no ha abordado convenientemente los cambios legales referidos, conciliándolos con las premisas tradicionales de la teoría del vínculo, sino que ha mantenido inalterada la misma sin referencia alguna a aquéllos. En cambio, han recaído diversos pronunciamientos por la Sala de lo Civil del Alto Tribunal que preservan los axiomas elementales en los que se apoyó la elaboración de dicha teoría.

A pesar de los esfuerzos realizados por un segmento de la doctrina en argumentar una distinción relevante entre las funciones del simple consejero y las del consejero ejecutivo que asume la gerencia de la sociedad, no es posible apreciar esta diferencia si nos atenemos al dictado estricto de las disposiciones legales. Esta postura jurisprudencial que había sido sentada por la Sala de lo Social en las resoluciones que se han examinado más arriba ha sido reiterada por la Sala de lo Civil tras la reforma operada por la Ley 31/2014, indicando que la condición de administrador incluye tanto las funciones de carácter deliberativo como también las ejecutivas, y por ello el art.209 de la LSC, que no ha sido modificado por la reforma comentada, sigue disponiendo que es competencia de aquél *“la gestión y la representación de la sociedad”*. De forma gráfica y terminante se estableció por la jurisprudencia que *“nuestro sistema de órgano de administración social es monista, no existe una distinción entre un órgano ejecutivo y de representación y otro de supervisión, como en los sistemas duales. Los administradores sociales, en su condición de tales, tienen facultades deliberativas, representativas y ejecutivas.*

⁴⁰ Sánchez-Urán Azaña, Y. *Estatuto Jurídico del alto directivo laboral. Nuevas perspectivas en el ámbito privado y en el ámbito público*. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. N° 118. 2015. Pág. 29.

*No encontramos en la nueva redacción de la ley elementos que nos lleven a otra conclusión*⁴¹.

En coherencia con esta afirmación, en esta misma resolución la Sala I descarta que el sistema retributivo implantado por el legislador diferencie el régimen jurídico de los administradores “*en su condición de tales*” y los consejeros ejecutivos, toda vez que la exigencia general de previsión estatutaria que se advierte en el art.217 de la LSC habrá de aplicarse a todos los administradores, incluyendo los consejeros delegados, los cuales, además, deberán observar las particulares garantías que prevé el art.249 del mismo cuerpo legal, de tal manera que unos y otros han de plegarse a las cláusulas contenidas en los estatutos de la sociedad y a los criterios aprobados por la junta general . Con anterioridad, la DGRN había seguido la tesis contraria a la fijada por el Tribunal Supremo, comprendiendo que la nueva norma legal abría la posibilidad de distinguir entre la retribución del cargo de administrador y la de otras funciones extrañas a dicho cargo, o al menos a una interpretación limitada y estricta del estatus de administrador⁴². No obstante, la DRGN se ha adaptado a la nueva jurisprudencia sentada, declarando que la necesidad de que las retribuciones de los administradores se atengan a las reservas de los estatutos sociales se predica tanto respecto de los consejeros puros y simples como de los ejecutivos, debiendo éstos últimos de acatar cumulativamente las singularidades del art.249.

Precisamente, las especificidades legales introducidas respecto a los consejeros delegados, cuyas retribuciones, además de respetar los límites estatutarios y la cuantía máxima anual determinada por la junta general, deberán figurar en el contrato suscrito con el consejo de administración (arts.217 y 249.4), aconsejan una interpretación flexible de estos requisitos que permita reconocer al consejo de administración una cierta autonomía en la distribución de dichas remuneraciones, haciendo compatible el interés de la sociedad y su buena marcha con la práctica compleja de su gobierno⁴³. Haciendo suya esta doctrina, la DGRN ha concluido que, aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán éstos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o sólo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos⁴⁴.

Teniendo presente lo razonado en los párrafos que anteceden, la obligación novedosa de celebrar un contrato entre el consejero ejecutivo y el consejo de

⁴¹ STS 98/2018, de 26 de febrero, FJ 6º (ECLI:ES:TS:2018:494).

⁴² Resolución de 17 de junio de 2016 (BOE nº175, de 21 de julio de 2016, páginas 51301 a 51305).

⁴³ STS 98/2018, FJ 6º, apartado 23 (ECLI:ES:TS:2018:494).

⁴⁴ Resoluciones de 7 de julio de 2021 (BOE nº177, de 26 de julio de 2021, páginas 89957 a 89967) y 16 de noviembre de 2021 (BOE nº289, de 3 de diciembre de 2021, páginas 149459 a 149464).

administración que prevé el art.249.3 de la LSC no goza de la trascendencia que el sector doctrinal crítico con la teoría del vínculo le atribuye, por cuanto dicho precepto no presume la naturaleza laboral de esta relación de servicios, habiéndolo interpretado la jurisprudencia más reciente en el sentido contrario, como ya se hubiera hecho por la doctrina mayoritaria pretérita. Efectivamente, incluso tras la reforma dada por la Ley 31/2014, la Sala I del Tribunal Supremo ha recordado la distinción entre la representación orgánica que legalmente corresponde a los administradores de la sociedad y la representación voluntaria otorgada a otras personas por los órganos de administración mediante apoderamientos parciales o generales. Mientras que esta última se rige por la normativa correspondiente al contrato de mandato, la primera representación se atiene a la regulación societaria que haya de aplicarse⁴⁵, de lo que se desprende que el contrato preceptivo que habrá de celebrarse con el consejero ejecutivo no necesariamente habrá de someterse al Derecho laboral por el sólo hecho de que una norma estrictamente societaria exija la formulación de este negocio jurídico, sino que esta laboralidad tan sólo podrá declararse al cobijo del ámbito de aplicación personal que describe el art.1 del ET.

En definitiva, aunque las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 31/2014 en el régimen jurídico del sistema retributivo de los administradores sociales tienen una importancia capital, no debe sobredimensionarse su significación otorgándole un sentido que desborda ampliamente su finalidad y espíritu. La redacción de esta norma legal, desde su exposición de motivos hasta el detalle de su preceptuado, es expresiva de esta meta principal, cual es el reforzamiento de la capacidad de supervisión de la misma sociedad de los emolumentos que pudieran percibir los administradores por el cumplimiento de su cometido, debiendo ser éstos adecuados y concordantes con la situación económica real de la sociedad, como se sintetiza en el art.217.4 de la LSC. Por tanto, otras consideraciones ajenas a este propósito desbordarían la letra de la ley.

5. LA DOCTRINA DEL VÍNCULO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Muy probablemente, cuando la jurisprudencia patria elaboró la teoría del vínculo para rechazar la laboralidad del directivo que tuviera la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad ignoraba que, en el futuro, habría de amoldarse a normas transnacionales. En la actualidad, la interrelación entre los ordenamientos nacionales y el Derecho de la Unión es tan profunda que comporta el establecimiento de conexiones en cualquier ámbito material del sistema

⁴⁵ Esta jurisprudencia había sido sentada en pronunciamientos anteriores, como las SSTs 219/2002, de 14 de marzo (ECLI:ES:TS:2002:1847); y 714/2013, de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2013:5638), entre otras muchas. Más recientemente, ha vuelto a reproducirse en la STS 362/2021, de 25 de mayo, FJ 9º (ECLI:ES:TS:2021:2125).

jurídico, como es el caso de la relación jurídica de servicios del administrador social y el directivo y la posible naturaleza laboral de la misma.

5.1. Concepto de asalariado en el Derecho de la Unión: el consejero ejecutivo

Aun cuando pudiera pensarse que la definición de la condición de trabajador por cuenta ajena está reservado a los ordenamientos de los distintos Estados miembros, la trascendencia de las normas de la Unión y el efecto directo del que gozan éstas determina su prevalencia sobre aquellas materias cuya competencia se encuentra atribuida a las instituciones comunitarias conforme a los tratados constitutivos, como manifestación del principio de primacía que rige las relaciones entre las disposiciones nacionales y las europeas. Como consecuencia de ello, aunque los Estados miembros podrán articular el concepto de asalariado y delimitar, por ende, el ámbito de aplicación personal de sus normas laborales en la forma que estimen más adecuada a los fines de orden tuitivo, no puede desconocerse que, respecto a las competencias propias de la Unión, en la aplicación de las normas que ésta última hubiera dictado en su ejercicio deberá estarse al concepto estricto de trabajador que trace el Derecho comunitario y la jurisprudencia que lo interpreta.

Ha de tenerse en consideración que la Unión es cotitular de la competencia, compartida junto a los Estados miembros, sobre política social, cohesión económica, social y territorial, y mercado interior (art.4 del TFUE), debiendo tender en su acción legislativa a la consecución de fines como el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, y otras metas señaladas por el art.151 del mismo Tratado. Estos objetivos han de ser preservados a cualquier nivel por mandato expreso de los Tratados constitutivos, suponiendo necesariamente la limitación del margen de que disponen los Estados miembros en la configuración del concepto de trabajador en aras a salvaguardar la eficacia de las distintas Directivas que constituyen el núcleo de la política social europea. *“La naturaleza jurídica sui generis de la relación laboral en el Derecho nacional no puede tener consecuencias de ningún tipo en cuanto a la condición de trabajador a efectos del Derecho comunitario”*⁴⁶.

En estos términos se ha pronunciado la jurisprudencia constante del TJUE en las diferentes esferas de la política social comunitaria, ya fuera en la aplicación de la Directiva 92/85 sobre protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁴⁷, la Directiva 98/59 relativa a la aproximación de las

⁴⁶ SSTJUE de 23 de marzo de 1982, Levin, asunto C- 53/81, apartado 16; de 31 de mayo de 1989, Betray, asunto C-344/87, apartados 15 y 16; de 19 de noviembre de 2002, Kurz, asunto C-188/00, apartado 32; de 7 de septiembre de 2004, Trojani, asunto C-456/02, apartado 16; y de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, asunto C-116/06, apartado 26.

⁴⁷ SSTJUE Kiiski, antes citada, apartado 24; y de 11 de noviembre de 2010, Danosa, asunto C-232/09, apartado 40.

legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁴⁸, o la Directiva 2008/94 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario⁴⁹.

El hecho de que el concepto de trabajador por cuenta ajena debe ser interpretado a la luz de las disposiciones contenidas en cada una de las Directivas a observar y de su finalidad concreta en el marco de la política social no supone la imposibilidad de esclarecer los elementos básicos de la definición del asalariado en el Derecho de la Unión, con carácter general. Así, la jurisprudencia comunitaria viene entendiendo que *“la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”*⁵⁰. Pueden apreciarse en esta descripción las distintas notas determinantes de la laboralidad en los términos del art.1.1 del ET, a saber, voluntariedad, remuneración, ajenidad y dependencia.

Estos presupuestos del concepto comunitario de trabajador asalariado habrán de comprobarse respecto de cada uno de los sujetos que presten servicios por cuenta de un tercero, cualquiera que sea su estatus o rango, incluso en referencia a los miembros del órgano de administración de una sociedad de capital, de suerte que si una persona reúne los requisitos enumerados en el párrafo anterior, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es relevante, y habrá de afirmarse su condición de trabajador⁵¹. En este supuesto específico, deberán escrutarse el conjunto de hechos y circunstancias que contextualizan las relaciones entre las dos partes, sociedad y administrador, dirimiendo si concurre un nexo de subordinación entre ambas. En todo caso, la condición de miembro del consejo de administración no puede excluir por sí sola la dependencia característica de una relación *iustlaboral*, por lo que será preciso examinar la verdadera naturaleza de las funciones realizadas por el consejero, las facultades de las que está investido y el control al que es sometido por la sociedad, incluida su posible destitución.

Bajo estos parámetros, el Tribunal de Justicia ha descartado que la calificación por el Derecho nacional del Estado miembro como mandato, civil o mercantil, del

⁴⁸ SSTJUE de 13 de febrero de 2014, Comisión c. Italia, asunto C-596/12, apartado 17; y de 9 de julio de 2015, Balkaya, asunto C-229/14, apartado 33.

⁴⁹ SSTJUE de 17 de noviembre de 2011, van Ardenen, asunto C-435/10, apartado 27; de 5 de noviembre de 2014, Tümer, asunto C-311/13, apartados 35 y 42; y de 5 de mayo de 2022, HJ, asunto C-101/21, apartado 34.

⁵⁰ Esta acepción del término jurídico trabajador puede encontrarse en los muy diversos ámbitos de las normas sociales comunitarias, como es el caso de las SSTJUE de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, asunto C-66/85, apartados 16 y 17; de 13 de enero de 2004, Allonby, asunto C-256/01, apartado 67; Kiiski, ya citada, apartado 25; Danosa, antes citada, apartado 39; Comisión c. Italia, citada, apartado 17; y Balkaya, citada, apartado 34.

⁵¹ SSTJUE Bettray, ya citada, apartado 16; de 26 de febrero de 1992, Raulin, asunto C-357/89, apartado 10; Danosa, citada, apartado 40; y Balkaya, citada, apartado 36.

contrato que haya suscrito el consejero con la sociedad implique necesariamente la exclusión del primero del concepto de trabajador por cuenta ajena a los efectos del Derecho de la Unión. Aunque puede admitirse que el consejero no goce del tratamiento jurídico como asalariado cuando no se acredite una relación de dependencia, esta exclusión no podrá aplicarse en caso contrario, es decir, cuando concurra aquélla. Dicha subordinación ha sido apreciada por la jurisprudencia comunitaria en los casos en que el consejero, por más que disfrutara de un alto grado de autonomía en la gestión y representación de la sociedad, está obligado a rendir cuentas ante ésta en el ejercicio de su cargo, pudiendo llegar a ser separado del mismo⁵².

Siguiendo estas mismas consideraciones, la jurisprudencia comunitaria más reciente ha dispuesto que la concurrencia en un mismo sujeto de las funciones de dirección y la condición de miembro del órgano de administración de la sociedad no puede suponer por sí sola la negación a aquél de la calificación como trabajador asalariado, en el ámbito del Derecho de la Unión⁵³, por cuanto, para ello, es obligado resolver previamente si pueden apreciarse las notas definitorias del concepto de trabajador por cuenta ajena, en la concepción que maneja el Tribunal de Luxemburgo. Procede, por lo tanto, examinar la compatibilidad de dicha jurisprudencia con la teoría nacional del vínculo.

5.2. Conciliación de la teoría del vínculo con la jurisprudencia comunitaria

Para evaluar cabalmente el impacto que la jurisprudencia comunitaria pudiera tener respecto a la doctrina del vínculo acuñada por el Tribunal Supremo el lector debe ser consciente de que los efectos emanados de los pronunciamientos del Tribunal europeo deben circunscribirse a la extensión del concepto de trabajador por cuenta ajena en la aplicación estricta de normas de Derecho de la Unión, y sólo en su ámbito respectivo, sin que pueda reconocérsele virtualidad para modificar o alterar con carácter inmediato y directo la noción de asalariado confeccionada por la norma nacional. Sin embargo, teniendo presente, de un lado, la cada día mayor relevancia de la regulación comunitaria, que se expande por todos los sectores del orden laboral, y, de otro lado, la necesidad de preservar la unidad del ordenamiento jurídico en sus diversas vertientes, sin que sea acertado compartimentar las distintas materias, ha de admitirse sin grandes inconvenientes la influencia decisiva de la norma europea.

La esencia de la doctrina del vínculo en ningún caso niega los caracteres definitorios de la laboralidad que se describen en el art.1.1 del ET⁵⁴, sino que, aun admitiendo la concurrencia de los mismos en el directivo que a su vez es

⁵² SSTJUE Danosa, ya citada, apartados 42 a 51; y Balkaya, citada, apartados 37 a 43.

⁵³ STJUE HJ, antes citada, apartado 36.

⁵⁴ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. págs. 55 y 56.

miembro del órgano de administración social, descarta que aquél pueda gozar de la condición de trabajador al entender que prevalece el vínculo societario u orgánico sobre la prestación de servicios de dirección, absorbiendo la calificación de administrador social la de director o gestor de la sociedad. Frente a esta consideración, como ya se ha adelantado, la jurisprudencia sentada por el TJUE ha advertido que, una vez se haya constatado el cumplimiento de todos y cada uno de los elementos determinantes del concepto de trabajador, en los términos ya analizados, es irrelevante la naturaleza del vínculo que una al prestador de los servicios con quien los reciba. De esta forma, la contraposición entre la doctrina del Tribunal comunitario y la del Tribunal Supremo parece ser frontal.

Pese a la aparente simplicidad de la cuestión, lejos de poderse resolver con esta facilidad con la que se ha planteado, las normas comunitarias prevén diversas excepciones por mor de las cuales podría llegar a sostenerse la compatibilidad con la teoría del vínculo nacional. Los mayores obstáculos a la pervivencia de esta doctrina patria pueden localizarse, además de otras resoluciones previas que se analizaron en el epígrafe anterior, en la STJUE de 5 de mayo de 2022, HJ, asunto C-101/21, en tanto que en ella se concluye con rotundidad que, a los efectos de la Directiva 2008/94, el simple hecho de que un directivo de la sociedad pertenezca a sus órganos de administración no excluye su calificación como trabajador. No obstante, la propia Sentencia aborda dos supuestos en que podría negarse dicha condición al directivo en virtud de las excepciones previstas por la citada Directiva, lo que al mismo tiempo puede reconducirse a la carencia de las notas de dependencia y ajenidad en la relación de prestación de servicios.

El primero de los supuestos en que la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar la protección por insolvencia empresarial se enuncia en el art.12.a), el cual faculta a aquéllos para “*adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos*”. En concordancia con esta redacción, podrán preverse aquellas prácticas abusivas que tengan por objetivo crear artificialmente un crédito salarial en favor del presunto trabajador, generando una carga ilícita que habría de soportar la institución de garantía en cuestión. Sin embargo, como quiera que el legislador europeo ha configurado esta posibilidad como una excepción a la regla general, siempre habrá de ser interpretada de forma restrictiva, y, además, coherente con la finalidad social que informa el sentido de la Directiva, cual es dotar a los trabajadores de una protección mínima equivalente en todo el territorio de la Unión⁵⁵. Esta exégesis conduce a sostener que las exclusiones de la garantía salarial que puedan establecer los Estados miembros deben atemperarse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea admisible presumir,

⁵⁵ Esta doctrina ya fue sentada al amparo del antiguo art.10, a) de la Directiva 80/987, precedente del actual art.12.a) de la Directiva 2008/94, como se refleja en la STJUE de 11 de septiembre de 2003, Walcher, asunto C-201/01, apartado 38, a la que remite la STJUE HJ ya citada, apartado 40.

en todo caso, una conducta fraudulenta por parte de aquél miembro del órgano de administración social que a su vez desempeña funciones de dirección⁵⁶.

Teniendo presente las claves interpretativas hasta aquí expuestas, podría llegar a argumentarse la compatibilidad de la teoría del vínculo ideada por la jurisprudencia nacional con la doctrina emanada por el Tribunal comunitario, toda vez que el Tribunal Supremo en ningún caso ha derivado de aquella teoría la presunción irrefutable de que el administrador social que ejerza funciones de dirección nunca podrá actuar en el seno de una relación de servicios con dependencia y subordinación⁵⁷. Aunque la jurisprudencia española ha mantenido la imposibilidad de calificar de alto directivo al miembro del órgano de administración, por el contrario, como ya se adelantó, ha admitido la posibilidad de que actúe en el ámbito de una relación laboral ordinaria, siempre y cuando puedan apreciarse los presupuestos legales para ello.

En segundo lugar, el Estado miembro puede rechazar la garantía de los créditos salariales de los altos directivos cuando, *“por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades”*, conforme habilita el art.12.c) de la Directiva 2008/94. La finalidad principal a la que responde esta excepción al régimen general será la de impedir que un trabajador asalariado, que tenga una participación esencial en el capital de la sociedad titular de la empresa y goce de una influencia decisiva en la gestión de la misma, sea beneficiario de una protección especial frente a la situación de insolvencia de la que precisamente puede ser responsable⁵⁸.

No obstante, es requisito indispensable para amparar esta excepción que el asalariado, o sus parientes próximos, disfruten de la propiedad de una parte esencial de la entidad empleadora. Esta última circunstancia puede equipararse a la falta de ajenidad por la cual, como se analizó en el epígrafe 3.2., el Tribunal Supremo niega la condición de alto directivo al miembro del órgano de administración que dispone de una participación en el capital social del 50% o más. En cualquier caso, en los reiterados pronunciamientos en que la Sala IV ha venido aplicando la teoría del vínculo ha sido práctica habitual analizar el grado de participación de que goza el directivo y administrador en el patrimonio de la sociedad, remitiéndose, una vez más, a la casuística variada y huyendo de juicios apriorísticos.

⁵⁶ STJUE HJ, ya citada, apartados 42 y 43.

⁵⁷ Recientemente se ha sostenido por Martínez Moreno la plena compatibilidad entre la doctrina sentada por el TJUE y la teoría del vínculo, en *Sobre la posibilidad de un concepto común y expansivo de trabajador en el Derecho de la Unión Europea: A propósito de la “laboralización” de los administradores y consejeros*. Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social. N°6. 2023. Págs. 63 a 88.

⁵⁸ SSTJUE de 10 de febrero de 2011, Andersson, asunto C-30/10, apartado 24; HJ, citada, apartado 46.

6. REFLEXIONES FINALES: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

En el contexto de una materia sometida a constantes cambios legislativos y sucesivas reformas, como es el caso del Derecho laboral, difícilmente puede pretenderse que la teoría del vínculo construida por nuestra doctrina jurisprudencial más de treinta años atrás pueda mantenerse incólume, para continuar siendo aplicada con todo su rigor inicial y sin adaptación alguna a la nueva realidad jurídica, nacional y europea, que condiciona la labor del administrador social y, muy singularmente, el estatuto del alto directivo.

Algunas de las razones principales que justificaron en su momento la elaboración de la teoría del vínculo han desaparecido en las ulteriores modificaciones legales, o, cuanto menos, no preservan la trascendencia que se le atribuyó en el pasado. Si bien inicialmente esta jurisprudencia respondió a la necesidad imperiosa de evitar un fraude de ley palmario por parte de los administradores sociales al intentar percibir remuneraciones que escaparan al control de los órganos societarios al amparo de una relación laboral fingida, en la actualidad este aserto no encuentra un cobijo legal suficiente.

Como se ha explicado, a partir de la reforma operada por la Ley 31/2014 los emolumentos recibidos por el administrador, y, particularmente, por el consejero delegado, habrán de preverse en los estatutos sociales y ser conformes con la política retributiva aprobada por la junta general, debiendo pormenorizarse este extremo en el contrato que ha de celebrarse entre el consejo de administración y el segundo de aquéllos. Aunque no puede sostenerse que el legislador haya pretendido calificar esta relación contractual como laboral, tampoco puede ignorarse que, dada las garantías introducidas por la norma en la supervisión de la remuneración de los administradores por la propia sociedad, desde esta perspectiva, no resulta imprescindible la teoría del vínculo para evitar la consumación de un fraude por dichos administradores, ya que los mismos no podrán en ningún caso soslayar los preceptivos controles societarios.

Tradicionalmente se ha considerado que el alto nivel retributivo de los administradores con funciones directivas les confiere una posición privilegiada en el desempeño de su cometido, haciendo innecesaria la intervención del Derecho laboral para tutelar los intereses de aquéllos, sino que más bien sería precisa la protección de la sociedad⁵⁹. Ya el art.7 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 hacía mención a la importancia de los emolumentos de los altos directivos para poder reputarlos independientes en su actividad, y, por ende, excluidos de la legislación laboral. Sin embargo, la concepción obrera del primitivo Derecho del Trabajo ha sido paulatinamente corregida por las diversas normas que han sido promulgadas, desde la misma Ley de Contrato de Trabajo de 1944 bajo cuya vigencia la jurisprudencia restringió notablemente la exclusión laboral del

⁵⁹ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. pág.56

directivo, hasta el Estatuto de los Trabajadores de 1980 que lo incluye en su ámbito de aplicación como relación laboral especial. Actualmente no resulta acertado entender el ordenamiento social como exclusivamente tuitivo del asalariado que ejerce su actividad en condiciones precarias, sino que se extiende a cualquier sector profesional en cuya prestación de servicios concurren los presupuestos de laboralidad del art.1.1 del ET, quedando desprovisto del carácter proletario que lo distinguía en su origen.

Esta tendencia al acrecentamiento del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo ha sido ostensible, no sólo en la esfera nacional, sino muy singularmente en los numerosos pronunciamientos del TJUE, el cual, como se ha constatado, parte de un concepto amplio de trabajador por cuenta ajena, por cuanto siempre que se trate de una persona que preste sus servicios retribuidos por cuenta de un empleador del que dependa habrá de ser calificado como trabajador a los efectos pertinentes de Derecho de la Unión, y, en estos casos, será de aplicación obligada el conjunto de normas sociales comunitarias, independientemente de cualquier otro factor concurrente. El lector agudo se ha percatado de los esfuerzos argumentales que se requieren para superar la aparente contradicción entre esta doctrina emanada del Tribunal europeo y la teoría del vínculo.

Buena parte de la doctrina ha demandado una reforma legislativa que tenga por objetivo preservar la “*unidad de régimen jurídico de la administración social*”⁶⁰, adicionando expresamente a la redacción del art.1.3 c) del ET la exclusión de los consejeros ejecutivos de la aplicación del Derecho laboral, sin que se limite este precepto a los que desempeñen “*pura y simplemente*” el cargo de administrador. A esta tarea se consagraba precisamente la teoría del vínculo, toda vez que al negar la condición de trabajador al consejero que ejerciera funciones directivas impedía la existencia de un doble vínculo, de un lado el de carácter societario-orgánico, y de otro el laboral, siendo preponderante el primero de ellos. Es innegable que con esta jurisprudencia se han evitado los efectos perniciosos de atribuir a dos órdenes jurisdiccionales el conocimiento de distintos aspectos de un conflicto generado en el seno de una sola relación de prestación de servicios.

No es menos cierto, sin embargo, que existen numerosas materias cuyo conocimiento se atribuye a más de un orden jurisdiccional, particularmente las de carácter laboral y de protección social, entre las que existe una estrecha vinculación con las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Aun cuando en todos estos ámbitos concurren diversos órdenes, ello no implica necesariamente un menoscabo a la seguridad jurídica, siempre que tanto el régimen jurídico sustantivo de fondo como los criterios procesales de distribución de competencias sean

⁶⁰ Desdentado Bonete, A. y Desdentado Daroca, E. op. cit. pág.59. Con esta literalidad se refería el autor a la necesidad de conservar un único estatuto jurídico del administrador social, sin que éste se vea escindido entre del Derecho mercantil y el laboral. En el mismo sentido, Sánchez-Urán Azaña, Y. op. cit. págs. 32 y 33.

claros e inequívocos, sin incurrir en el tan odiado *peregrinaje de jurisdicciones*. En todo caso, esta configuración legal no es inmutable, en tanto que, en muchas ocasiones, “*el reparto de competencias obedece, en gran medida, a razones históricas y convencionales, y no a un principio general*” que sea consustancial a la naturaleza misma de la materia jurídica de que se trate⁶¹. De esta forma, el seguir vetando el enjuiciamiento por la jurisdicción social de las cuestiones atinentes al estatus laboral del consejero que pudiera alcanzar la condición de alto directivo no resultaría acorde con la evolución histórica que comprende cada vez más al Derecho laboral como un Derecho profesional, y no tanto obrero.

En orden a fijar unos criterios de distribución competencial nítidos, los mismos habrían de partir de la confección de los supuestos concretos en los que el consejero ejecutivo podría ser calificado como trabajador al insertarse en la relación especial del alto directivo, matizando y revisando la teoría del vínculo. Es imprescindible que estos nuevos parámetros legales que estableciera una hipotética reforma sean los suficientemente precisos como para disipar las dudas propias de la utilización de términos excesivamente genéricos y amplios, como los que emplea el actual art.1.3.c) del ET. En el buen entendimiento de que en Derecho, como en otras disciplinas sociales, ninguna institución, categoría o regulación surge *ex novo*, sino por una reformulación de lo anterior, para fijar aquellos criterios de laboralidad del consejero ejecutivo habría de acudir a la norma siempre emparentada a la laboral, es decir, a legislación de Seguridad Social, confiriéndole la utilidad vanguardista de que gozó en la década de los años cincuenta.

Como precedente de la regulación vigente, la DA 43^a de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre vino a modificar la LGSS de 1994, disponiendo que habrían de incluirse en el Régimen General los altos directivos cuando no formen parte del órgano de administración social⁶². En caso de pertenecer a este órgano habrían de quedar encuadrados en el RETA, al igual que cuando el que preste servicios por cuenta de la sociedad posea el control efectivo de la misma⁶³, relacionando por primera vez el legislador una serie de circunstancias concernientes a la participación en el capital social por las que se entenderá concurrir dicho control. Esta presunción será *iuris et de iure* cuando la participación alcance la mitad del capital, y en el resto de casos, se presumirá *iuris tantum*, corrigiendo la indefinición del régimen legal previo y las vacilaciones de la jurisprudencia que lo interpretó⁶⁴.

En la actualidad, el art.136.2.c) de la LGSS de 2015 ha avanzado en la protección social de los altos directivos, ya que, incluso cuando estén integrados

⁶¹ STC 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 3º.

⁶² Art.97.2.a) de la LGSS de 1994.

⁶³ DA 27 de la LGSS de 1994.

⁶⁴ Un análisis pormenorizado de la cuestión en Fernández Montalvo, R. *El régimen de la Seguridad Social de los Administradores de sociedades de capital: un ejemplo de evolución*

en el órgano de administración, se encuadrarán en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, siempre que no gocen del control efectivo de la sociedad, lo que podrá acreditarse combinando las distintas presunciones que establece el art.305.2.b) del mismo texto, siguiendo la estela de la norma anterior aunque con determinados cambios. Esta innovación supone que, aunque el trabajador que ejerza funciones de alta dirección tenga la condición de administrador social, no implica su calificación como autónomo a efectos de Seguridad Social, sino que puede ser calificado de trabajador por cuenta ajena, siendo el requisito determinante que carezca del control efectivo de la sociedad⁶⁵.

En aras a adaptar la concepción jurídica del consejero ejecutivo que maneja nuestro ordenamiento a los nuevos escenarios analizados, sería una buena opción legislativa tomar el control efectivo de la sociedad como frontera cierta entre la inclusión o exclusión de aquél en el Derecho del Trabajo, dotando a nuestra norma nacional de una mayor armonía con el régimen de protección social, y, principalmente, con la doctrina jurisprudencial comunitaria, en la que los presupuestos clásicos de ajenidad y dependencia del asalariado son capitales para perfilar el concepto de trabajador.

jurisprudencial. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Nº 9. 1998. Págs. 29 a 42.

⁶⁵ González Ortega, S. *La adscripción de los autónomos societarios al régimen especial de los trabajadores autónomos*. Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Nº 144. 2019. Pág. 127.

CANALES DE INFORMACIÓN EN LA EMPRESA E INFRACCIONES LABORALES: LA DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS INFORMANTES*

MARIA LUISA PÉREZ GUERRERO

Prof. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Huelva

ORCID: 0000-0002-2596-7707

EXTRACTO

Palabras clave: Canal de denuncias, compliance, infracciones laborales, informantes, Inspección de Trabajo

La Ley 2/2023, de 20 de febrero, dirigida a garantizar la protección de las personas que informen sobre algunos de los incumplimientos -acciones u omisiones constitutivas de infracciones de la normativa- comprendidas en su ámbito material de aplicación, obliga a las empresas de más de cincuenta trabajadores y a las entidades de derecho público, así como a partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales y fundaciones creadas por ellos, que reciban o gestionen fondos públicos, a implantar canales internos y externo de información para la comunicación de dichas informaciones relevantes. El legislador ha optado por definir un ámbito material de aplicación más amplio que el previsto en la Directiva, lo que puede generar dudas en relación con las infracciones laborales, que, en ocasiones, cuentan con sus propios mecanismos de denuncia dentro y fuera de las empresas y entidades públicas.

Con este estudio pretendemos aclarar qué informaciones, o más bien, denuncias, si consideramos la terminología de la Directiva, deben ser canalizadas por los sistemas de información de las organizaciones, así como qué incidencia tendrá la existencia de un canal externo sobre otros canales de información a la autoridad laboral competente para la vigilancia del cumplimiento de la legislación laboral.

ABSTRACT

Key words: Whistleblowing, channel, compliance, labour breaches, informants, Labour Inspection

Law 2/2023, of February 20, aimed at guaranteeing the protection of people who report some of the non-compliance -actions or omissions constituting violations of the regulations- included in its material scope of application, obliges the companies with more than fifty workers and public law entities, as well as political parties, unions, business organizations and foundations created by them, that receive or manage public funds, to implement internal and external information channels for the communication of said relevant information. The legislator has chosen to define a broader material scope of application than that provided for in the Directive, which may raise doubts in relation to labour matters, which, sometimes, have their own reporting mechanisms inside and outside companies and public entities.

* Este estudio es un resultado científico del Proyecto PID 2022-141201OB, TRABEXIT, de la convocatoria de ayudas del Ministerio de Ciencia e Innovación para proyectos de generación de conocimiento 2022, del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023.

INDICE

1. LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES COMO ELEMENTO DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN
2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE INFORMANTES Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA
 - 2.1. Materias incluidas en el ámbito de protección de los informantes
 - 2.2. Materias excluidas
3. LA IDONEIDAD DE LOS CANALES DE INFORMACIÓN DE LA LEY 2/2023 PARA INFORMAR SOBRE INFRACCIONES EN EL ÁMBITO LABORAL
4. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y LA AUTORIDAD LABORAL
5. CONCLUSIONES

1. LOS SISTEMAS DE INFORMACIÓN Y LA PROTECCIÓN DE LOS INFORMANTES COMO ELEMENTOS DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA CORRUPCIÓN

La Ley 2/2023, de 2 de febrero, dirigida a garantizar la protección de los informantes, obliga a empresas y entidades públicas, así como a ciertas organizaciones que gestionan fondos públicos, a crear sistemas de información, o adaptar los ya existentes¹, para que las personas informantes puedan tener garantizada su protección frente a posibles represalias tras la comunicación de incumplimientos de la normativa comunitaria o del ordenamiento interno. La Ley es la transposición, algo tardía², de la Directiva (UE) 2019/1937, del Parlamento y del Consejo de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión.

¹ Recordemos que algunas normas anteriores a la Ley recogían garantías frente a represalias hacia personas que denunciaran incumplimientos de las normas por canales o protocolos internos en las empresas. Tal es el caso de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres o la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. También el Código Penal en relación con la adopción de sistemas de prevención del delito, conocido como *compliance*.

² La norma debió ser transpuesta antes del 17 de diciembre de 2021, plazo que la Directiva determinó para la entrada en vigor de cuantas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas fueran necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la misma (art. 26.1). No obstante, en el apartado 2 del mismo precepto se establece un plazo para la elaboración de las normas legales, reglamentarias y administrativas que permitan dar cumplimiento a la obligación de implantar canales

La Directiva pone el centro de atención en la necesidad de que las personas que trabajan en una organización pública o privada, o están relacionadas con ellas en un contexto laboral, que pueden tener acceso, con más facilidad, a bastante información relacionada con incumplimientos que causen un perjuicio grave al interés público, se encuentren protegidas cuando facilitan dicha información³. Parte de la base de que, a pesar de su conocimiento, las personas no informan de dichos incumplimientos por miedo a represalias. Sólo la creación de un auténtico estatuto del denunciante que garantice su protección, especialmente en el ámbito laboral, frente a posibles represalias de las empresas o entidades incumplidoras, permitiría incentivar y facilitar la denuncia de los citados incumplimientos y con ello lograr proteger el interés general, que es el fin último de la norma.

Es necesario destacar que ya en los primeros considerandos, la Directiva hace hincapié en la necesidad de establecer estos mecanismos de información en el ámbito de la contratación pública, “no solamente para prevenir y detectar el fraude y la corrupción en la contratación pública en el contexto de la ejecución del presupuesto de la Unión, sino también para abordar la insuficiente ejecución de las normas en esta materia por los poderes adjudicadores nacionales y las entidades adjudicadoras”⁴. Las infracciones de estas normas, dice la Directiva, “falsean la competencia, incrementan los costes para las empresas, vulneran los intereses de inversores y accionistas y, en general, hacen menos atractiva la inversión y sitúan en una posición de desigualdad a todas las empresas de la Unión, lo que repercute en el correcto funcionamiento del mercado interior”⁵. Como vemos, la protección del mercado interior y la defensa de la competencia son uno de los pilares básicos de esta Directiva, de marcado carácter económico; por ello, continúa la Directiva mencionando en sus considerandos las materias que deben ser objeto de protección, cuando sobre ellas versan las denuncias de incumplimientos, así como la repercusión favorable para el funcionamiento del mercado interior y el bienestar de la sociedad. Así, se mencionan normas respecto de las que las denuncias por parte de personas conocedoras de su incumplimiento suponen un valor añadido a la lucha contra el fraude y la corrupción; particularmente en el ámbito de los servicios financieros, la seguridad de los productos comercializados en el mercado interior, la seguridad en el transporte, la protección del medio ambiente, la seguridad nuclear, la cadena alimentaria, la salud pública y la protección de los consumidores

internos en empresas entre 50 y 249 trabajadores (art. 26.2). Vid. en relación con los antecedentes de la norma y el proceso de transposición Tardío Pato, J.A., “Antecedentes, tramitación de la ley, finalidad y reparto competencial”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Bosch, 2023.

³ Considerando primero de la Directiva.

⁴ Considerando 6.

⁵ Ibidem.

y la protección de los datos de carácter personal; todos ellos sectores en los que el incumplimiento normativo distorsiona el buen funcionamiento del mercado interior⁶. Este conjunto de normas aparece recogido también en el artículo segundo y el Anexo de la Directiva; dejando a los Estados la posibilidad de ampliar dicho ámbito material de aplicación.

Con ello, es preciso poner de manifiesto que la normativa laboral no estaba entre los objetivos del legislador comunitario, sin perjuicio, reiteramos, de lo que los Estados Miembros quisieran regular⁷. De modo que el objetivo último de la Directiva se centra en la protección del interés público; compartido con el de la protección del denunciante, que más bien se presenta como un medio para llegar a dicho fin⁸.

Además, otra cuestión que debemos señalar es la opción terminológica del legislador, que ha sido destacada por la mayoría de la doctrina, al rechazar los términos “denuncia” y “denunciante” provenientes de la traducción literal de la Directiva (UE) 2019/1937 y optar por el término “información” e “informante”⁹; lo cual no está exento de trascendencia jurídica, al reforzar la idea de que no se trata de un canal o buzón de denuncias, como los que las diferentes administraciones poseen para la lucha contra el fraude – p.ej. la Inspección de Trabajo y Seguridad Social o la Agencia Tributaria-, sino de un canal interno y otro externo para transmitir información sobre incumplimientos previstos en la norma. Parece que el legislador quiere separar ambas formas de poner de manifiesto incumplimientos de la norma o fraudes, sin dejar de crear cierta confusión al realizar la regulación de estos nuevos canales de información.

⁶ Vid. Considerandos 7 a 15.

⁷ Vid. Fernández Ramos, S., “Ámbito de aplicación”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Bosch, 2023, p. 72. También defendía esta idea Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes: propuesta de regulación para España tras la Directiva Whistleblowing*, Tirant lo Blanch, 2020, p. 165 y ss., para quien las infracciones de la normativa laboral y de Seguridad Social, deberían quedar fuera del ámbito de la Ley, junto con otras materias, como, por ejemplo, el acoso laboral.

⁸ Vid. Mercader Uguina, J.R., “La protección de alertadores, informantes o denunciantes: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre”, *Trabajo y Derecho*, nº 64, 2020, p. 3/30 (versión electrónica). Señala este doble objetivo, aunque situándolos en el mismo plano De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección de los Informantes: problemas aplicativos desde una perspectiva laboral”, *LABOS*, vol. 4, 2023, p. 35.

⁹ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo: la trascendencia laboral de la Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones y delitos”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 164, p. RR-5.1. Algunos autores se referían ya a la necesidad de utilizar el término “informantes” o “alertadores”, como hace el derecho francés, al traducir la Directiva. Vid. en este sentido, Mercader Uguina, J.R., “La protección de alertadores, informantes...”, op. cit., p. 1/30 (versión electrónica).

Por otro lado, aunque el objetivo de la norma comunitaria se centra en la protección del mercado interior, la promoción y protección del informante también es clave tanto en la Directiva como en la Ley española; tratando de crear un estatuto jurídico de la figura del informante para garantizar, así, su colaboración en la lucha contra el fraude y la corrupción, muy especialmente en materia económica¹⁰.

También hemos de centrarnos en el matiz de la “prevención” y así, conforme a los considerandos 42 y 43 de la Directiva, “la detección y prevención efectivas de perjuicios graves para el interés público exige que el concepto de infracción incluya también prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley”; añadiendo que la prevención efectiva de las infracciones del Derecho de la Unión exige que se conceda protección, no sólo a las personas que faciliten información sobre infracciones que ya se hayan producido, sino también a las que informen sobre infracciones que no se hayan materializado aún pero “que muy probablemente se vayan a cometer”. A mayor abundamiento, en el considerando tercero de la Directiva, se hace hincapié en la necesidad de fomentar la denuncia de infracciones del derecho de la Unión “que puedan provocar graves perjuicios al interés público”. Esta perspectiva es muy interesante y refleja, por un lado, que el concepto de “infracción” en la Directiva incluye tanto las acciones u omisiones ilícitas, como el abuso de Derecho, en cuanto acto u omisión que frustra el fin perseguido por la norma¹¹. Y, por otro, que, tal y como se recoge en el artículo 5 de la Directiva, estas infracciones denunciadas podrán ser tanto reales como potenciales.

2. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE INFORMANTES Y LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO MATERIAL DE LA DIRECTIVA

Como hemos tenido ocasión de señalar, la Ley 2/2023 es la transposición de la Directiva (UE) 2019/1937 de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Esta Directiva contiene una regulación del ámbito material de aplicación, pero permite a los Estados Miembros la ampliación del ámbito material de la norma. Así lo recoge, por un lado, el considerando 5, cuando indica que los Estados miembros

¹⁰ Así, por ejemplo, podemos mencionar, como lo hace Tardío Pato, J.A., “Antecedentes, tramitación...”, op. cit. pp. 26 y siguientes, a la Fiscalía General del Estado que, antes de la aparición de la Directiva y después de ésta, ha venido alertando en sus Memorias anuales de la necesidad de implementar un estatuto de protección de los denunciantes, especialmente si se trata de funcionarios públicos, como cauce adecuado para la colaboración en la lucha contra el fraude y la corrupción.

¹¹ Vid. Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes...*, op. cit. p. 162.

“podrían decidir hacer extensiva la aplicación de las disposiciones nacionales a otros ámbitos con el fin de garantizar que exista un marco global y coherente de protección de los denunciantes a escala nacional”. E incluso prevé esta posible ampliación por parte de la propia Unión Europea, que podría decidir ampliar dicho ámbito de aplicación si, como consecuencia de un análisis de la eficacia de la Directiva, resultara necesario “reforzar su aplicación a la luz de pruebas que puedan surgir en el futuro o sobre la base de la evaluación de la forma en que haya funcionado” (considerando 106).

Como decimos, esta opción aparece recogida en el texto de la Directiva en el artículo 2.2, donde se indica que “la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros para ampliar la protección en su Derecho nacional a otros ámbitos o actos no previstos en el apartado 1”. Y es una previsión bastante útil, en opinión de algún sector doctrinal, pues la Directiva, a través de su Anexo, deja fuera ciertos ámbitos materiales donde las informaciones facilitadas por las personas informantes, incluido dentro de estas las personas trabajadoras, resulta crucial para defender la legalidad y los intereses públicos¹².

El legislador ha hecho uso de esta opción, ampliando considerablemente el ámbito material y subjetivo de la norma comunitaria en su transposición, pero mantiene el diseño de la Directiva en relación con el establecimiento de los procedimientos y garantías para los informantes; por lo que podemos afirmar que los criterios que sirven para interpretar los preceptos de la Ley pueden identificarse con los de interpretación de la norma europea¹³.

En ejercicio de la citada opción prevista en la Directiva, el artículo segundo de la Ley 2/2023 establece su ámbito material de aplicación; es decir, el objeto de la información que podrán facilitar las personas protegidas por la Ley, a través de alguno de los procedimientos previstos en la misma. Y lo hace el legislador recurriendo a una fórmula amplia, mayor que la propia pretensión de la Directiva, que permite incluir la materia laboral dentro de la misma.

Es este un aspecto relevante de la Ley pues, como han indicado algunos autores, la Directiva no es de aplicación al ámbito laboral¹⁴, o no está pensada para

¹² Fernández Ramos, S., “La Ley 2/2023, de 20 de febrero, de protección al informante: ámbito material de aplicación”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº63, 2023, p. 13; quien pone como ejemplo de ello ciertos sectores “huérfanos del Derecho de la Unión”, como el ámbito de los servicios sociales y, en concreto, en el ámbito de los centros residenciales de personas mayores y dependientes, “en los cuales las personas usuarias se encuentran en situación de franco desvalimiento. En estos casos, la información procedente de los trabajadores y otras personas, como voluntarios, es fundamental para sacar a la luz situaciones de graves incumplimientos que vulneran derechos fundamentales de las personas usuarias, como la integridad física y mental o la intimidad”.

¹³ De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección de los Informantes...”, op. cit., p. 34.

¹⁴ Vid. de nuevo, Fernández Marcos, S., “La Ley 2/2023...”, op. cit. p. 14, para quien “sólo así se explica que el art. 27.3 de la Directiva (Informes, evaluación y revisión) prevé expresamente

serlo; dejando vigentes, por tanto, las previsiones sobre derechos de información y petición de los trabajadores y sus representantes en relación con las condiciones de seguridad y salud en particular. Refuerza esta idea el propio artículo 27.3 de la Directiva, cuando prevé la posibilidad de introducir modificaciones a la misma, a partir de diciembre de 2025, con el objetivo de “mejorar el entorno laboral para proteger la salud, la seguridad y las condiciones de trabajo de los trabajadores”. Y ello en función de los resultados que arrojen los informes que presenten los Estados Miembros a la Comisión en relación con el funcionamiento de la Directiva.

El legislador español, no obstante, como veremos, opta por una fórmula generalista que, lejos de limitar su aplicación al ámbito laboral, la permite, si bien no expresamente; aunque sí menciona de forma expresa la materia de seguridad y salud en el trabajo, sin perjuicio, dice, de la aplicación de su normativa específica.

2.1. Materias incluidas en el ámbito de protección de los informantes

Como decimos, la fórmula utilizada por el legislador para determinar el ámbito material de aplicación de la Ley dista mucho de parecerse a la empleada por el legislador comunitario, que introduce en el artículo 2º de la Directiva un listado de materias o infracciones del Derecho de la Unión sobre las que podrán informar las personas, para recibir la protección de la norma.

Por el contrario, el legislador español opta por una fórmula más amplia, recogiendo en el artículo segundo de la Ley un listado de infracciones, clasificadas no por materias o sectores, como hace la Directiva, sino por el ordenamiento al que afectan, dividiendo entre infracciones del Derecho de la Unión Europea y del ordenamiento interno. Así, conforme al artículo 2 de la Ley, el ámbito material de aplicación de la misma se extenderá a:

- 1º- “Acciones u omisiones que puedan constituir infracciones del Derecho de la Unión Europea”, siempre que entren dentro del ámbito de aplicación de los actos de la UE enumerados en el anexo de la Directiva 2019/1937 con independencia de la calificación que de las mismas realice el ordenamiento jurídico interno; afecten a los intereses financieros de la Unión, o incidan en el mercado interior.

Es este un conjunto de normas enormemente amplio, como podemos imaginar, aunque debemos destacar que no se trata de infracciones de nuestro ordenamiento interno, sino del de la Unión Europea, que, evidentemente, puede coincidir con normas que hayan sido traspuestas por nuestro Estado. Por tanto, como han indicado algunos autores, no se trata de dispensar una protección global a todo denunciante, sino a aquellas personas informantes, según nuestra normativa interna, que comuniquen o revelen información

una futura extensión a este ámbito”. Vid. también, recomendando su exclusión, Sáez Lara, C., *La protección de denunciantes...*, op. cit. p. 164.

sobre incumplimientos delimitados por la norma comunitaria en el Anexo; es decir, del Derecho de la Unión Europea¹⁵.

La Directiva prevé la posibilidad de que los Estados Miembros dispongan que las autoridades competentes, tras examinar el asunto, “puedan decidir que la infracción denunciada es manifiestamente menor y no requiere más seguimiento con arreglo a la presente Directiva, que no sea el archivo del procedimiento”. Si bien, aclara, que ello no exime a los Estados de brindar la protección prevista en la Directiva al denunciante (art. 11.3). Dado que, al mantenerse la protección, la misión principal de la norma se mantiene, el legislador español opta por dejar en el ámbito de aplicación de la ley cualquier infracción del Derecho de la UE, sin limitar a aquellas infracciones más graves, como sí hace para el caso de las infracciones internas¹⁶.

Cuestión destacada, además, es el concepto de infracción que recoge la Directiva, pues define ésta como “las acciones u omisiones que:

- a) sean ilícitas y estén relacionadas con los actos y los ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2, o
- b) desvirtúen el objeto o la finalidad de las normas establecidas en los actos y ámbitos de actuación de la Unión que entren dentro del ámbito de aplicación material del artículo 2” (art. 5.1)

Esta definición de infracción es más amplia que la que recoge nuestro ordenamiento interno, que requiere, como sabemos el cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad, debiendo aparecer recogida como tal en un texto normativo con rango de ley. Sin embargo, este concepto de infracción que aparece en la Directiva es más amplio pues se centra en el carácter antijurídico de la acción u omisión, sin exigir que esté tipificada como tal en la norma¹⁷. Pues como indica la propia Directiva, en su considerando 42, que hemos tenido ocasión de exponer anteriormente, “la detección y la prevención efectivas de perjuicios graves para el interés público exige que el concepto de infracción incluya también prácticas abusivas, como establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a saber, actos u omisiones que no parecen ilícitos desde el punto de vista formal, pero que desvirtúan el objeto o la finalidad de la ley”.

- 2º- Acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa grave o muy grave, propias, por tanto, de nuestro ordenamiento interno. Esta es la parte más novedosa de la Ley y que supone una ampliación considerable por parte del legislador español del ámbito material de aplicación que recoge la Directiva.

¹⁵ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., op. cit. p. RR.5.3.

¹⁶ Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 16.

¹⁷ De nuevo Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 9.

Como hemos dicho, el legislador español, haciendo uso de la opción recogida en el artículo 2º de la Directiva, amplía considerablemente el ámbito material de Ley, optando por una delimitación formal, sin limitar la materia a la que se refieran las infracciones penales o administrativas, pero sí restringiendo el conjunto de éstas a las que sean calificadas por nuestra normativa como graves o muy graves¹⁸. De este modo, se refiere a cualquier infracción, administrativa o penal, de nuestro ordenamiento, incluyendo, por tanto, cualquier norma interna, no sólo las referidas a las materias recogidas en el Anexo de la Directiva.

Por tanto, se trata de un ámbito material extraordinariamente amplio¹⁹, superior al previsto en la Directiva, ya que incluye cualquier “infracción penal o administrativa grave o muy grave”; por lo que, dejando al margen las de carácter leve, el conjunto de infracciones que, por lo que a nosotros interesa, se refieren al ámbito laboral y de Seguridad Social incluidas es también enorme. Como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley (apartado III), “se ha considerado necesario, por tanto, ampliar el ámbito material de la Directiva a las infracciones del ordenamiento nacional, pero limitado a las penales y a las administrativas graves o muy graves para permitir que tanto los canales internos de información como los externos puedan concentrar su actividad investigadora en las vulneraciones que se considera que afectan con mayor impacto al conjunto de la sociedad”.

El objetivo de la norma es garantizar la protección de los informantes cuando ponen de manifiesto una irregularidad grave o muy grave, pero, conforme a lo establecido en el artículo 2 de la norma, no despliega sus efectos cuando se denuncian o se informa de irregularidades que no tengan dicha gravedad, es decir, posibles conductas censurables en la empresa, pero no constitutivas de infracción²⁰. Lo que implica que, al excluir la norma la protección del informante respecto de esas informaciones, estaría considerando inadecuado dicho canal de información para poner de manifiesto, informar o denunciar ese tipo de conductas. Deja fuera, por tanto, las conductas constitutivas

¹⁸ Vid. de nuevo Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 16.

¹⁹ Destacan la relevancia de esta ampliación del ámbito material de la norma Del Rey Guanter, S., “La relevancia para la empresa y para la persona trabajadora del ámbito material y de las exclusiones de tutela de la ley 2/2023, reguladora de la protección del informante sobre infracciones normativas”, *Revista Trabajo y Empresa*, nº 2, 2023, p. 12; De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de protección de los informantes. Problemas aplicativos...”, op. cit., p. 34 y Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales de la Ley de Protección de Personas Informantes”, *Temas Laborales*, 168, 2023, p. 256.

²⁰ Vid. Del Rey Guanter, S., “La relevancia...”, op. cit. p. 29, para quien, “nuestra ley no considera como incluidas en su ámbito material lo que ya hemos señalado que la doctrina del TEDH denomina como conductas o acciones “reprehensibles”, de forma que el que puedan ser censurables o reprochables ética o socialmente no les convierte de por sí en objeto material de protección por la ley”.

de infracciones calificadas como leves, pero también aquellas que no son constitutivas de infracciones administrativas o penales, es decir, que no estén tipificadas como tales en una norma con rango de ley.

Esta redacción del precepto en el Anteproyecto de la Ley fue valorada positivamente por el Consejo de Estado en su Dictamen, al considerar que dotaba a la norma de mayor seguridad jurídica, al delimitar el objeto de la misma a acciones u omisiones constitutivas de infracciones tipificadas en alguna ley²¹; pero también ha sido criticado por quienes consideran que quedan fuera de esta norma incumplimientos legales “de indudable interés público” que, al no encontrarse dentro de un catálogo de infracciones y sanciones previstos en una ley, no pueden ser objeto de protección²².

Esto hace que la norma genere cierta incertidumbre acerca del funcionamiento adecuado de los canales de información, ya que la cantidad de información que se puede recibir a través de los mismos es amplia y relativa a muchas y muy diferentes materias.

Es claro el legislador en la norma cuando se refiere a la necesidad de introducir una cultura de la información en la empresa, como mecanismo para prevenir y detectar amenazas al interés público; pero también de la expectativa de que, con estos procedimientos, se pueda mejorar la lucha contra la corrupción. Por eso, no resulta extraño que se incluya en el ámbito material de la norma, cualquier infracción administrativa o penal del ordenamiento.

En relación con el último inciso del precepto; “en todo caso se entenderán comprendidas todas aquellas infracciones penales o administrativas graves o muy graves que impliquen quebranto económico para la Hacienda Pública y para la Seguridad Social”, coincidimos con quienes han considerado que

²¹ Aspecto que el Consejo de Estado consideró adecuado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley (Dictamen 1361/2022): “El Consejo de Estado valora positivamente esta extensión de la protección de los informantes más allá del ámbito estrictamente previsto por la normativa europea, así como su acotación al perímetro de las acciones u omisiones tipificadas como infracción penal o administrativa grave o muy grave. Versiones precedentes del anteproyecto optaban, con una referencia genérica a la afectación del interés público, por una delimitación menos objetiva de este ámbito de aplicación; la nueva redacción propuesta en el texto sometido a dictamen cumple mejor con las exigencias del principio de seguridad jurídica”.

²² Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op .cit. p. 19, refiriéndose al ámbito de la contratación pública, ya que la Ley de Contratos del Sector Público no contiene un catálogo de infracciones y sanciones; o al de la selección de empleados públicos. En opinión de este autor, “es inicialmente correcto el criterio formal de la Ley, no circunscrito a materias o sectores específicos, pues cabe presumir que toda tipificación de una infracción grave por parte del legislador comporta la delimitación de un interés público digno de protección. Ahora bien, este criterio debería completarse, que no sustituirse, tal como se contemplaba en el anteproyecto de ley, con otros incumplimientos aun cuando no sean constitutivos de infracción formal, pero afecten o pongan en riesgo el interés general, incluyéndose, como mínimo, los hechos que pudieran ser constitutivos de corrupción, fraude, desviación de poder o malas praxis...”.

resulta superfluo por cuanto ya están comprendidas en la primera parte del mismo²³. Pero quizá nos da idea de la verdadera preocupación del legislador, que es la lucha contra el fraude.

Por último, hemos de hacer referencia a la eliminación del elemento preventivo en este punto de la norma, pues, mientras que la Directiva permite “denunciar” cualquier infracción “potencial” del ordenamiento comunitario; esta opción no parece que sea admitida por el legislador, al exigir que se trate de “acciones u omisiones que puedan ser constitutivas de infracción penal o administrativa”, es decir, que puedan incluirse en la conducta tipificada como infracción en la ley²⁴.

3º- Infracciones del Derecho laboral en materia de seguridad y salud en el trabajo, “sin perjuicio de la establecida en su normativa específica”. Sin ser tan imprecisa como la referencia anterior a las infracciones administrativas o penales, tampoco resulta muy clarificadora esta referencia expresa a la materia de seguridad y salud en el trabajo; por una lado, porque podemos entender que ya se recogía en el apartado anterior; y, por otro, por cuanto el legislador incluye una referencia a la normativa específica de seguridad y salud en el trabajo para asegurar su aplicación, algo que creemos innecesario.

La propia Directiva incluye una referencia a esta normativa en su considerando 21, recordando que la aplicación de la misma debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores cuando informen sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral; y, en particular, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, ya que el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o sus representantes no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios, para que tomen medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo. De este modo, nos recuerda la Directiva que los trabajadores y sus representantes tienen derecho a plantear cuestiones ante la autoridad competente si consideran que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo. Motivo por el cual, el legislador ha optado por reproducir esta referencia en el articulado de la norma. Por eso, no podemos olvidar que la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, establece sus propios canales de comunicación en caso de incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

²³ Vid. en este sentido Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 17, para quien “la referencia al quebranto económico para la Hacienda Pública tenía sentido para definir la noción de afección al interés general, que era complementaria a las infracciones graves y muy graves en el texto expuesto a información pública”. Pero no en el texto definitivo de la Ley, donde no aparece ya esta referencia al interés general.

²⁴ Así lo afirma Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 17.

En este apartado el legislador parece haber olvidado seleccionar sólo las infracciones de carácter grave o muy grave, como en el apartado anterior²⁵.

- 4º.- Aunque no está recogido en el ámbito material descrito en el artículo 2.2, hemos de mencionar también, dada su relevancia para la delimitación del ámbito material de la Ley, la previsión contenida en el artículo 7º apartado 4º, conforme a la cual, los canales internos de información podrán estar habilitados para recibir cualquier otra comunicación o información fuera de las previstas en el citado artículo 2; aunque estas comunicaciones y sus remitentes no recibirán la protección prevista en la norma. Por tanto, permite utilizar el canal de información, si así se diseña por la empresa, para poder remitir informaciones o comunicaciones sobre cualesquiera otros incumplimientos que no sean constitutivos de infracciones graves o muy graves²⁶.

2.2. Materias excluidas

Por su parte, continúa la Ley indicando qué materias quedarán expresamente excluidas de la protección de la norma, enumerando las informaciones siguientes:

- a) Información clasificada. Así se recoge en el considerando 25 de la Directiva, donde recuerda que la misma “debe entenderse sin perjuicio de la protección de la información clasificada que el Derecho de la Unión o las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en vigor en el Estado miembro en cuestión requieran proteger, por motivos de seguridad, contra todo acceso no autorizado”; excepción recogida también en el artículo 3 de la Directiva. El legislador español ha reproducido la excepción sin hacer ninguna referencia más; por lo que cualquier persona que acceda a información clasificada, no podrá acogerse a la protección de la ley, aunque dicha información sea constitutiva de una infracción administrativa o penal; pues sigue prevaleciendo el deber de secreto²⁷.
- b) Obligaciones que resultan de la protección del secreto profesional de los profesionales de la medicina y de la abogacía, del deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de sus actuaciones, así como el secreto de las deliberaciones judiciales. También recogida parte de

²⁵ Para Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 270, aunque la letra del precepto no haga referencia expresa a la gravedad de las infracciones, debería considerarse que en materia de prevención de riesgos laborales “sólo serán objeto de información las infracciones graves y muy graves”.

²⁶ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-5, para quienes un ejemplo de este tipo de informaciones podría referirse a desacuerdos salariales o de tiempo de trabajo.

²⁷ Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 23.

esta exclusión en el artículo 3.3 b) y c) de la Directiva, tal y como explican los considerandos 26 y 27, conforme a los cuales “la presente Directiva no debe afectar a la protección de la confidencialidad de las comunicaciones entre los abogados y sus clientes («prerrogativa de secreto profesional en la relación cliente-abogado») tal como se establezca en el Derecho nacional y, en su caso, en el Derecho de la Unión, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, la presente Directiva no debe afectar a la obligación que tienen los prestadores de asistencia sanitaria, incluidos los terapeutas, de mantener la confidencialidad de las comunicaciones con sus pacientes y de las historias clínicas («secreto profesional médico») tal como se establezca en el Derecho nacional y de la Unión. Los miembros de otras profesiones que no sean los abogados y los prestadores de asistencia sanitaria han de poder acogerse a protección al amparo de la presente Directiva cuando comunican información protegida por las normas profesionales aplicables, siempre que la comunicación de dicha información sea necesaria a los efectos de revelar una infracción que entre dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva”. La referencia, por tanto, al deber de confidencialidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ha sido introducida por el legislador español, no estando exenta de críticas²⁸.

- c) Infracciones en la tramitación de procedimientos de contratación que contengan información clasificada o que hayan sido declarados secretos o reservados, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente, o en los que lo exija la protección de intereses esenciales para la seguridad del Estado. También venía este aspecto recogido en la Directiva, considerando 24, en relación con la protección por parte de los Estados Miembros de la defensa y seguridad nacional.
- d) Informaciones vinculadas a reclamaciones sobre conflictos interpersonales o que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación. Así, el artículo 35.2 b) de la Ley recoge dos tipos de informaciones que quedarían excluidas de la protección que ofrece la norma. Por un lado, las informaciones vinculadas a “reclamaciones sobre conflictos interpersonales”, que podrían tener otro canal para su solución, como los sistemas internos o externos de solución de conflictos laborales²⁹. Y, por otro, añade las informaciones que afecten únicamente al informante y a las personas a las que se refiera la comunicación o revelación, aspecto éste que

²⁸ Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 24.

²⁹ También recogía la Directiva esta posibilidad en el considerando 22, permitiendo a los Estados miembros “decidir que las denuncias relativas a reclamaciones interpersonales que afecten exclusivamente al denunciante, a saber, reclamaciones sobre conflictos interpersonales entre el demandante y otro trabajador, puedan ser canalizadas hacia otros procedimientos”; lo cual refuerza la idea de la protección del interés público, dejando de lado las acciones u omisiones que no sean constitutivas de ilícitos administrativos o penales.

es complementario del anterior. Sin embargo, en el ámbito laboral, podría llevarnos a excluir aquellas informaciones que revelan infracciones graves o muy graves del empresario que afectan a una sola persona, o sólo al informante, lo que no tendría mucho sentido³⁰.

No obstante, no podemos dejar de recordar que el legislador hace uso en la norma con demasiada frecuencia de conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación puede generar dudas, como este de los “conflictos interpersonales”. En el ámbito laboral, como nos recuerdan algunos autores, este tipo de conflictos, cuando además determinan incumplimientos de las normas pueden ser constitutivos de infracciones administrativas o penales, afectando al interés general, por lo que no deberían estar excluidos de su ámbito material³¹. Así, no pueden considerarse conflictos interpersonales, por ejemplo, las situaciones de acoso en sus diferentes dimensiones, ya que trasciende el conflicto entre dos personas para afectar al ámbito de los derechos fundamentales³².

- e) También se excluyen del ámbito de protección de la Ley las informaciones que “ya estén completamente disponibles para el público o que constituyan meros rumores” (art. 35.2 c) de la Ley). Esta previsión se encuentra recogida en la Directiva³³, dejando fuera del ámbito de protección informaciones que constituyan meros rumores; si bien se podrán incluir en el ámbito de protección de la norma todas aquellas que ayuden a esclarecer o complementen aquellas que son de dominio público. También está justificada, según la Directiva, la protección para las personas que no aporten pruebas concluyentes pero que planteen dudas o sospechas razonables³⁴, aspecto que también recoge el artículo 2º de la Ley. Por lo que no es necesario aportar pruebas de la veracidad de la información en el mismo momento, pues basta con que la misma sea razonable y genere dudas sobre el cumplimiento de la normativa.

Se ha apuntado la idea de que dichos condicionantes responden a la finalidad de evitar que los trabajadores hagan uso de estos canales de información para “blindar su relación laboral frente a posibles medidas empresariales o

³⁰ Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR 5-13, para quienes “conflictos interpersonales” “entendemos que se refiere a controversias entre dos o más personas que no alcanzan el grado de infracciones graves o muy graves o delitos, incluso si la conducta o la acción por una de las partes –o las dos– pueden ser consideradas como reprobables”.

³¹ Vid. Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales de la Ley de Protección...”, op. cit. p. 273.

³² Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-13.

³³ Considerando 43 *in fine*: “Al mismo tiempo, no debe protegerse a personas que comuniquen información que ya esté completamente disponible para el público, o rumores y habladurías no confirmados”.

³⁴ De nuevo considerando 43 y artículo 6.1.

simplemente para perjudicar a compañeros”³⁵. De este modo, si la información es de sobra conocida o de dominio público, no podrá beneficiarse la persona informante de la protección que garantiza la norma; tampoco si se trata de “meros rumores”, sin que la información tenga la entidad suficiente como para estar dotada de credibilidad de forma razonable. Y decimos “de forma razonable” porque es la única forma en que la Directiva o el legislador nacional permiten interpretar los numerosos conceptos jurídicos indeterminados que se recogen en la norma. Así, no cabe duda de que este tipo de expresiones plantea problemas interpretativos, como hasta dónde ha de llegar el concepto de “mero rumor” y dónde empieza el de “información relevante”. Sin duda, este puede ser un motivo suficiente para que el informante decida no comunicar la información, o no hacerlo hasta que cuente con pruebas suficientes; aunque, como hemos dicho, el legislador comunitario no requiera dichas pruebas para que la información se considere válida a efectos de la Directiva.

- f) Conforme a lo regulado en la Ley 2/2023, no podemos olvidar que también quedarían excluidas de la protección otorgada por la norma aquellas informaciones sujetas a normativa específica, como sucede, en el supuesto previsto en el artículo 2.3 con la materia de seguridad y salud en el trabajo³⁶.
- g) Por último, quedan fuera del ámbito de aplicación descrito en la Ley 2/2023 otro tipo de normas presentes en las empresas y entidades de derecho público, relacionadas con códigos de conductas o códigos éticos o de buenas prácticas, pues, salvo que su incumplimiento constituya una infracción administrativa o penal, no podrían considerarse dentro del ámbito material de la Ley. Estos incumplimientos, reprobables, sin duda, no tienen para la Ley la entidad suficiente para desplegar las garantías previstas en la misma; aunque podemos considerar que, dada la implementación en muchas organizaciones de sistemas de *compliance*³⁷ u otros relacionados con la responsabilidad social, es posible encontrar otros canales de información destinados a poner en conocimiento dichos incumplimientos³⁸.

³⁵ Vid. De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023 de Protección...”, op. cit. p. 44.

³⁶ Vid. Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 66.

³⁷ Vid. García-Panasco Morales, G., “La nueva Ley del informante: cuando las buenas intenciones se pueden convertir en un problema”, Diario La Ley, 10264, 2023, para quien “los sistemas de información han de formar parte de un programa de *compliance*, en los términos establecidos en el art. 31 bis 5 CP; en el mismo sentido Rojas, R., *Compliance Laboral*, Lefebvre, 2017, p. 5, quien considera que “los códigos éticos orientados esencialmente al cumplimiento normativo ético y responsable, junto con los modelos de prevención de riesgos legales en el ámbito laboral y los canales de denuncia interna, se erigen como los tres pilares fundamentales de la función del *Compliance Laboral*”.

³⁸ Como indica Fernández Ramos, S., “La Ley...”, op. cit. p. 61, son muchos los que han defendido “la ampliación del ámbito material de las malas prácticas, tanto administrativas como privadas, como pueden ser abusos de autoridad, mala gestión, etc...”, que pueden no constituir

3. LA IDONEIDAD DE LOS CANALES DE INFORMACIÓN DE LA LEY 2/2023 PARA INFORMAR SOBRE INFRACCIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

En la Ley 2/2023 se regulan tres vías de canalización de la información sobre incumplimientos relacionados con el ámbito material de la norma (art. 2); un canal interno de información, aunque pueden ser varios, dentro de la organización empresarial y del cual ésta es responsable (artículo 7); un canal externo dirigido a las autoridades competentes –Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI) o autoridades autonómicas competentes–, que a su vez integra la posibilidad de acudir a otro canal externo dirigido a las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea (art. 7.2); y la revelación pública, que tiene lugar cuando el informante decide poner a disposición del público la información (art. 27).

Según la Exposición de Motivos de la Ley 2/2023, “el Sistema interno de información debería utilizarse de manera preferente para canalizar la información, pues una actuación diligente y eficaz en el seno de la propia organización podría paralizar las consecuencias perjudiciales de las actuaciones investigadas. No obstante, declarada esta preferencia, el informante puede elegir el cauce a seguir, interno o externo, según las circunstancias y los riesgos de represalias que considere”.

Esta preferencia aparece recogida en el artículo 4 de la Ley cuando se refiere a la comunicación de infracciones a través del Sistema interno de información, aclarando que “es el cauce preferente para informar sobre las acciones u omisiones previstas en el artículo 2, siempre que se pueda tratar de manera efectiva la infracción y si el denunciante considera que no hay riesgo de represalia”³⁹. También la recoge la Directiva en su artículo 7, que dirige un mandato a los Estados miembros para que promuevan la comunicación a través de canales de denuncia interna antes que la comunicación a través de canales de denuncia externa, “siempre que se pueda tratar la infracción internamente de manera efectiva y siempre que el denunciante considere que no hay riesgo de represalias”. La explicación la encontramos en el considerando 33, que hace referencia a que los “denunciantes se sienten más cómodos denunciando por canales internos”, constituyendo esta denuncia interna, “el mejor modo de recabar información de las personas que pueden contribuir a resolver con prontitud y efectividad los riesgos para el interés público”. Sin dejar

infracciones administrativas, pero deberían estar cubiertas en una normativa integral de protección de denunciantes.

³⁹ Repárese, en primer lugar, en esta opción terminológica del legislador español que no se refiere, como la Directiva sólo al canal interno sino a un “sistema interno de información”, que deberá, entre otras cosas, permitir a las personas recogidas en el ámbito subjetivo de la Ley comunicar información sobre las infracciones previstas en el artículo 2; e integrar “los distintos canales internos de información que pudieran establecerse dentro de la entidad” (artículo 5 de la Ley).

de recordar que ambos canales, interno y externo, deben estar a disposición del denunciante para que éste pueda elegir el más conveniente de cara a la protección de sus intereses.

Sin embargo, toda esta supuesta preferencia se relativiza en el artículo 16 de la Ley, en el que se indica expresamente, al regular el canal externo, que las personas informantes podrán informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante (AAI) ya sea directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno; sin que añada ningún requisito para la comunicación directa a través del canal externo. De este modo, aunque la Directiva considere demostrado que los denunciantes pueden sentirse más cómodos acudiendo a canales internos, no parece que esta sea la impresión de nuestro legislador, ya que permite que el informante acuda al canal externo, sin exigir haber acudido primero a realizar la comunicación por la vía interna. Conforme a la Ley 2/2023, la persona informante podrá acudir a un canal u otro indistintamente sin que exista obligación de acudir previamente al canal interno⁴⁰. Esta opción del legislador podría encontrar justificación en la posible desconfianza del informador, especialmente si se trata de una persona trabajadora, hacia estos canales internos, o el simple miedo a represalias en el ámbito laboral⁴¹. También hay que considerar que en el ámbito de las empresas que no tienen obligación de crear un sistema interno, las personas informantes sólo podrán acudir al canal externo, siendo ésta su opción preferente⁴².

Una solución a este problema de falta de confianza en los canales internos de información, podría estar en una mejor regulación de las garantías de efectividad de dichos sistemas, más allá de la vía sancionadora, que permita hacer realmente preferente esta vía interna, antes de acudir a la externa o a la revelación pública⁴³. Esta regulación podría venir impuesta por el legislador o bien, lo que sería más adecuado, implementarse por la vía de la negociación, que aparece recogida tímidamente como consulta con los representantes de los trabajadores en el artículo 5 de la Ley, heredero del artículo 8 de la Directiva⁴⁴. Conforme a este precepto, la implantación de un sistema interno de información es responsabilidad del órgano de administración o de gobierno de cada entidad u organismo obligado y requerirá

⁴⁰ Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación ...”, op. cit. p. 12.

⁴¹ De la Puebla Pinilla, A., “La Ley 2/2023, de Protección...”, op. cit. p. 37.

⁴² Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 270.

⁴³ Vid. Capdeferro Villagrasa, O., “Los sistemas internos de información”, en el libro colectivo Pérez Monguió y Fernández Ramos, *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Bosch, 2023, p. 147.

⁴⁴ De hecho, el legislador podría haber ido más allá porque la Directiva así lo permite. Dice el artículo 8 “previa consulta a los interlocutores sociales y de acuerdo con ellos cuando así lo establezca el Derecho nacional”.

previa consulta con la representación legal de las personas trabajadoras. Esta consulta, término algo ambiguo⁴⁵, no es un mero deber de remisión de información a estos representantes, sino que requiere conocer la opinión de éstos. Tampoco es realmente una negociación, pero quizás podría serlo si ambas partes así lo deciden, pues no hay ningún impedimento legal para ello; lo que permitiría dotar a este sistema de mayor efectividad para conocer y corregir los incumplimientos de la normativa laboral, e incluso de mayor confianza para las personas trabajadoras.

Evidentemente, a través de la negociación no podría imponerse el carácter preferente y obligatorio del canal interno ya que el artículo 16 de la Ley permite a cualquier persona física informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, la comisión de cualquier infracción, “directamente o previa comunicación a través del correspondiente canal interno”. Siendo esta una norma imperativa, no creemos posible anular la posibilidad de acudir directamente a esta autoridad por la vía del canal externo.

En cambio, el legislador sí ha establecido una preferencia clara entre los canales interno y externos y la revelación pública; pues el artículo 28 de la Ley establece como condición para obtener la protección de la norma, que la persona haya realizado la comunicación primero por canales internos y externos, o directamente por canales externos, conforme a las reglas procedimentales prevista en la Ley. En este caso, el legislador sí considera que el impacto de la revelación pública de la infracción es mucho mayor para las organizaciones, por lo que exige que la persona informante acuda a los canales internos o externos con carácter previo; aunque vuelve a recoger algunas excepciones basadas, de nuevo, en la percepción del riesgo y la confianza que la persona informante tenga en dichos canales. Así, el artículo 28, permite acudir a la revelación pública, sin pasar por los canales internos o externos, cuando “que tenga motivos razonables para pensar que, o bien la infracción puede constituir un peligro inminente o manifiesto para el interés público, en particular cuando se da una situación de emergencia, o existe un riesgo de daños irreversibles, incluido un peligro para la integridad física de la persona; o bien en caso de comunicación a través de canal externo de información, exista riesgo de represalias o haya pocas posibilidades de que se dé un tratamiento efectivo a la información debido a las circunstancias particulares del caso, tales

⁴⁵ En este sentido Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer M., y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. p. RR5-5, pues, como recuerdan estos autores, el legislador lo utiliza indistintamente para referirse a un mero intercambio de información u opiniones no vinculantes con la representación legal (art. 64. 5 ET) y otras veces para designar una auténtica obligación de negociar (periodos de consultas recogidos en los art. 41ET o 51 ET). No obstante, en el contexto de la ley y, sobre todo, de la Directiva, se inclinan estos autores por el primer significado, más que el segundo. En el mismo sentido, Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 259.

como la ocultación o destrucción de pruebas, la connivencia de una autoridad con el autor de la infracción, o que esta esté implicada en la infracción⁷⁴⁶.

Una vez constatada la falta de preferencia por un canal interno u otro externo de información por parte del legislador, es importante considerar otra cuestión; la idoneidad de comunicar la información o denunciar la infracción a través de estos canales internos o externos creados al amparo de esta norma u otras anteriores, o hacerlo a través de otros canales de comunicación o denuncia de infracciones propios del ámbito laboral, como la representación de los trabajadores, en el ámbito interno de la organización empresarial; o los previstos en la Administración laboral, muy especialmente, en el ámbito de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el externo⁴⁷.

Y es que esta opción del legislador de ampliar al ámbito de aplicación de la Ley no está exenta de transcendencia jurídica. En primer lugar, porque, como hemos dicho anteriormente, la Directiva no parece incluir lo laboral en el ámbito de aplicación, al menos inicialmente. Y, en segundo lugar, porque, como indica Del Rey Guanter, el hecho de que la organización empleadora conozca la información sobre el incumplimiento con carácter previo a que ésta se ponga en conocimiento de la autoridad competente o a que se revele públicamente, “marca una diferencia sustancial no ya en el tratamiento que esa comunicación pueda legalmente recibir, sino también respecto a las mismas consecuencias jurídicas y no jurídicas que dicha información puede tener para todos los sujetos implicados⁷⁴⁸”. Esta misma reflexión la podemos aplicar al momento en que la infracción pueda ser puesta en conocimiento de la Inspección de Trabajo que, como sabemos, es la competente, en el ámbito laboral y de la Seguridad Social, para vigilar el cumplimiento de la normativa en el mismo.

Como es sabido, la Inspección de Trabajo, al igual que otras administraciones que fiscalizan el cumplimiento de las obligaciones legales, también tiene su propio procedimiento para canalizar las denuncias, incluso anónimas, de las personas trabajadoras ante el incumplimiento de las normas laborales y de Seguridad

⁴⁶ El legislador vuelve a dar relevancia a la percepción o valoración que el informante haga de la efectividad de los canales de información. Vid. una interpretación de este precepto en Del Rey Guanter, S., “La relación entre las vías de comunicación...”, op. cit. pp. 15 y ss.

⁴⁷ Partidaria de esta exclusión de la materia laboral se mostraba Sáez Lara, C., *La protección del denunciante...*, op. cit. p. 165, para quien “la exclusión propuesta se fundamentaría en que estos sistemas de denuncias, que se establecerán por una futura norma legal, no pueden afectar a las vías tradicionales de protección de los trabajadores en relación con la normativa laboral y de Seguridad Social, pues no pueden convertirse en instrumentos que incidan sobre las formas tradicionales de tutela colectiva y sindical, que son más efectivas y acordes con nuestro sistema constitucional de relaciones laborales, basado en la libertad sindical y en la negociación colectiva”.

⁴⁸ “La relación entre las vías de comunicación de las infracciones en la Ley 2/2023 de protección del informante desde la perspectiva de la persona trabajadora y su empleadora”, *IUSLabor 2/2023*, p. 11.

Social; siendo este mecanismo perfectamente compatible con la existencia de los sistemas y canales de información previstos en la Ley 2/2023. Así, normalmente, la actuación de la Inspección, cuando tiene conocimiento de incumplimientos graves o muy graves de la normativa, tipificados en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) o en otras normas del ordenamiento laboral, suele determinar la iniciación de un procedimiento sancionador que puede culminar con la imposición de importantes sanciones administrativas. No cabe duda de que una manera de evitar tan gravoso final, en determinados casos, podría venir determinada por el conocimiento de la infracción por la vía del canal interno de información de la organización y poder así tener la oportunidad de corregir el citado incumplimiento. También es posible y frecuente para las personas trabajadoras utilizar el ya conocido canal de comunicación a través de la representación de los trabajadores en aquellas empresas que cuentan con este tipo de representación, como medio para corregir una situación de incumplimiento normativo, sin necesidad de tener que recurrir a estos nuevos canales previstos en la Ley o a otros propios de la administración laboral.

Todos estos canales o vías de comunicación conviven en la organización empresarial, debiendo, en el caso que nos ocupa, la persona trabajadora, principal informante⁴⁹, elegir qué canal será el más idóneo para poder corregir el incumplimiento normativo por parte de la organización empleadora. Ni la Ley 2/2023, ni las leyes que regulan los procedimientos sancionadores en el orden social resuelven la cuestión sobre la preferencia de unos canales u otros, pero sí podemos considerar el principio de eficacia en el momento de la selección de la vía más idónea.

En caso de elección del canal externo, el artículo 20 de la Ley 2/2023, en relación con el 18.2 d), contiene una causa de finalización de las actuaciones, si existe una autoridad, entidad u organismo que se considere competente para su tramitación. Esta previsión normativa nos lleva a considerar dos cuestiones importantes:

Por un lado, la competencia de la ITSS para iniciar el procedimiento sancionador cuando se trata de infracciones graves o muy graves del ordenamiento laboral y de Seguridad Social, incluyendo en este caso la normativa sobre seguridad y salud laboral, aunque la norma la separe. Pues, como hemos dicho, en aplicación del artículo 20 de la Ley, la autoridad que conoce la información sobre la existencia de una infracción administrativa grave o muy grave del orden social, debería remitir esa información a la autoridad competente, que es la autoridad laboral, en base a un principio de especialidad. Así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley, al

⁴⁹ Recordemos que la Directiva en el artículo 4º, al definir el ámbito de aplicación personal, señala el contexto laboral como la principal fuente de información y las personas que tengan la condición de trabajadores los principales protagonistas de las garantías de la norma; sin perjuicio de que el ámbito personal de aplicación se extienda más allá de las personas trabajadoras.

indicar que “tras detallar el procedimiento de recepción de las comunicaciones... el articulado de la norma aborda el trámite de admisión, en el que después de un análisis preliminar, se decide sobre su admisión a trámite, inadmisión motivada si concurre alguna de las causas tasadas que a tal efecto se prevén, comunicación inmediata al Ministerio Fiscal si la conducta pudiera ser constitutiva de delito o remisión a otra Autoridad u Organismo que pudiera resultar competente para la tramitación de la comunicación”.

Sobre la base del mismo principio de especialidad, en caso de que la autoridad considerase que la información recibida sobre la infracción pudiera ser constitutiva de un ilícito penal, tendría que remitir la información al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea cuando resulten afectados los intereses financieros de la Unión Europea (artículo 18.2 c) de la Ley 2/2023).

De este modo, podemos decir que las competencias sancionadoras de la Autoridad independiente o de las autoridades autonómicas correspondientes, se centrarían sólo en las infracciones y sanciones previstas en la Ley 2/2023; sin que pudieran considerarse competentes para sancionar, por tanto, por las infracciones previstas en la LISOS, que, como hemos dicho, tienen regulado su propio procedimiento.

No obstante, algunos autores han planteado dudas sobre la competencia de la Autoridad Independiente para sancionar por incumplimientos que tienen lugar en el contexto laboral y que, por tanto, están recogidos tanto en la Ley 2/2023 como en la LISOS, provocando un problema de improcedencia de la doble sanción por aplicación del principio *non bis in idem*. Se produce, por ejemplo, en relación con la infracción tipificada en el artículo 63.1 b) de la Ley 2/2023 que considera infracción muy grave la adopción de cualquier represalia derivada de la comunicación. Si la conducta represora generase una situación discriminatoria, entraríamos en el tipo de la infracción recogida en el artículo 8.12 de la LISOS - las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones -, siendo la sanción prevista en la Ley 2/2023 más elevada económicamente que la de la LISOS⁵⁰. Este supuesto debería solucionarse aplicando el principio de especialidad y considerando competente para instruir el procedimiento a la autoridad laboral (Inspección de Trabajo en este caso), salvo que el hecho constitutivo de la infracción no pueda subsumir en el tipo del artículo 8.12 de la LISOS y tenga mejor encaje en el de la Ley 2/2023.

La segunda cuestión tiene que ver con la obligación de poner en conocimiento, como hemos comentado, del Ministerio Fiscal, con carácter inmediato, por el responsable del sistema interno, la información recibida, cuando los hechos pudieran ser indiciariamente constitutivos de delito (art. 9.2.j). Obligación que

⁵⁰ Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. RR-5.5.

también aparece, como hemos visto, en el artículo 18 para el caso de que la información se reciba a través del canal externo. Este deber de comunicación al Ministerio Fiscal de las informaciones sobre hechos que pudieran ser constitutivos de delitos no se reproduce con la misma intensidad en el caso de las infracciones administrativas, donde no se establece la obligación del responsable del sistema interno de poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo la información⁵¹.

4. LA AUTORIDAD INDEPENDIENTE DE PROTECCIÓN DEL INFORMANTE Y LA AUTORIDAD LABORAL

Como hemos tenido ocasión de comentar, la Autoridad Independiente de Protección del Informante aparece como la entidad receptora de la información que se canalice a través del canal externo de información. Así, el artículo 16 de la Ley establece que “toda persona física podrá informar ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I. o ante las autoridades u órganos autonómicos correspondientes, de la comisión de cualesquiera acciones u omisiones incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley”. Por su parte, la disposición adicional undécima de la Ley concede al consejo de Ministros un plazo de un año, desde la entrada en vigor de la Ley, para aprobar mediante Real Decreto, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Hacienda y Función Pública, el Estatuto de la Autoridad Independiente, que determinará su creación.

Esto, hasta la fecha de cierre de nuestro estudio, no se ha producido aún, con el consiguiente perjuicio para la fiabilidad del sistema de información creado por la Ley⁵², por lo que las Comunidades Autónomas han ido haciendo depender de sus Agencias y Oficinas antifraude, en la mayoría de los casos, estas funciones⁵³.

En relación con las competencias de la Autoridad Independiente, hay algunos apartados de la norma donde se puede percibir cierta indefinición de las competencias

⁵¹ En el mismo sentido, Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p 262.

⁵² Vid. Gómez Gordillo, R., “Aspectos laborales...”, op. cit. p. 254, para quien “es previsible que la habilitación de los canales internos no resulte inicialmente muy eficaz pues, en ausencia de garantías externas, las personas informantes prefieran aplazar unos meses el uso del nuevo instrumental de colaboración ciudadana”.

⁵³ Tal es el caso, por ejemplo, de Cataluña, que hace residir autoridad Independiente de Protección del Informante en la Oficina Antifraude de Catalunya; su designación, tanto en lo referente al sector público como para el privado, la establece la disposición adicional séptima (Protección de las personas que alertan de infracciones normativas) de la Ley 3/2023, de 16 de marzo, de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público para 2023 (DOGC núm. 8877, de 17.03.2023). También es el caso de Andalucía, que establece un canal externo de información, considerando autoridad competente a la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción, creada por la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante (mediante Resolución de 20 de marzo de 2023 de la Oficina, se crea y ordena la puesta en funcionamiento del canal externo de información (canal

de la AAI o su preferencia en la actuación frente a otras administraciones como la laboral. Un ejemplo de ello es el artículo 23, donde se regula el procedimiento de traslado de comunicaciones a la AAI; y dice expresamente que “cualquier autoridad que reciba una comunicación y no tenga competencias para investigar los hechos relatados por tratarse de alguna de las infracciones previstas en el título IX, deberá remitirla a la AAI dentro de los diez días siguientes a aquel en el que la hubiera recibido”. Esta opción del legislador podría generar dudas en el supuesto en que se diera coincidencia entre el tipo de la infracción regulada en la Ley 2/2023 con otra infracción prevista en otro ordenamiento, como el laboral. El ejemplo de las conductas represoras discriminatorias, por ejemplo, ha sido puesto de manifiesto por algunos autores⁵⁴.

Otra solución, en caso de concurrencia de competencias, podría venir determinada por la preferencia de la AAI para actuar, sin perjuicio de la aplicación de lo establecido en el artículo 20.2 c) en relación con el 18.2 d) de la Ley, debiendo, una vez analizada la información, remitir a la autoridad laboral el expediente por considerarla competente. Esta es, sin duda, la opción más congruente, por cuanto la autoridad laboral es la competente, por razón de especialidad, en la sanción de infracciones laborales.

5. CONCLUSIONES

La Ley 2/2023 ha tenido un enorme impacto en las organizaciones empresariales y públicas, especialmente en las que no contaban con canales internos de comunicación de incumplimientos. Desde su entrada en vigor, esta norma obliga a estas organizaciones a crear estos canales internos y externos de comunicación y a garantizar la protección de los informantes.

No cabe duda de que el ámbito de aplicación de la norma es amplísimo, tal y como se ha puesto de manifiesto en los apartados anteriores; pero no por ello ofrece la seguridad jurídica necesaria. De este modo, obliga al informante, en lo que a nosotros interesa, personas trabajadoras, que no tienen por qué tener conocimientos jurídicos, a realizar una reflexión acerca de si un determinado incumplimiento está o no dentro del ámbito de la norma y es susceptible de ser informado, por tanto. Tampoco parece dejar muy clara la norma cuándo ha de utilizarse un canal u otro, dejando a la libertad de elección de la persona trabajadora el recurso a los mismos.

de denuncias) para el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía). La misma posición han adoptado otras comunidades autónomas como la Valenciana, Baleares, Navarra o Asturias.

⁵⁴ Vid. de nuevo Vid. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. y Del Rey Guanter, S., “Whistleblowing y contrato de trabajo...”, op. cit. RR-5.5.

Así, las dudas que esta norma puede ocasionar pueden llevar a disuadir al denunciante o informante y a eliminar, de este modo, el objetivo de la norma⁵⁵; por ello la Directiva insiste, en su considerando 32, en que “los denunciantes deben tener derecho a protección en virtud de la presente Directiva si tienen motivos razonables para creer que la información comunicada entra dentro de su ámbito de aplicación”.

Tampoco contempla la norma la posibilidad de informar sobre conductas que, siendo contrarias a la ética o reprobables, no constituyan infracciones graves o muy graves del ordenamiento; al menos no considera que la comunicación de este tipo de informaciones merezca la protección y las garantías que recoge la Ley para los informantes.

No cabe duda de que los sistemas internos de información pueden integrarse en sistemas más amplios de *compliance* y mejorar tanto las garantías de los informantes, como el ámbito material de aplicación. Sólo garantizando realmente la confidencialidad y la protección de los informantes, se podrá lograr el objetivo de fomentar la cultura de la información en las empresas, pues, de otro modo, correremos el peligro de desincentivar su utilización.

No obstante, la obligación contenida en la norma de “consultar” con la representación e los trabajadores la implantación de estos sistemas internos puede abrir un espacio de negociación que ayude a concretar qué materias serán abordadas y cuáles derivadas a la autoridad competente. Incluso puede extenderse el ámbito de protección a las infracciones laborales de carácter leve u otros incumplimientos no recogidos en el ámbito de aplicación de la Ley, pero que resulte conveniente resolver en el seno de la organización empresarial.

Por último, podemos afirmar que el plazo de tiempo concedido a las organizaciones empresariales y, sobre todo, al sector público, para implantar los sistemas de información es muy corto, lo que puede determinar que muchas de estas organizaciones no lleguen a cumplir adecuadamente la norma. Téngase en cuenta, además, que aún no se ha creado la Autoridad Independiente.

⁵⁵ Así lo pone de manifiesto Fernández Ramos, S., “Ámbito de aplicación”, op. cit. p. 52, haciendo hincapié en la falta de seguridad jurídica generada por la norma: “es fácil de colegir que el resultado de este ámbito prolijo y de estas reglas de aplicación es de una innegable complejidad, lo cual arroja serias dudas sobre la efectividad del dispositivo legal, pues los ciudadanos deben realizar evaluaciones complejas que requieren conocimientos especializados y permanentemente actualizados. Como señaló en su día el propio Tribunal de Cuentas de la Unión, esta complejidad podría reducir la seguridad jurídica de los denunciantes potenciales y, en consecuencia, disuadirles de informar sobre infracciones” (Dictamen del Tribunal de Cuentas UE nº 4/2018).

EQUIPARACIÓN ENTRE EL SERVICIO SOCIAL DE LA MUJER Y EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO A EFECTOS DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

LUCÍA DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social*
Universidad de La Laguna

EXTRACTO

Palabras clave: Igualdad por razón de sexo, seguridad social, igual valor, pensión de jubilación, Servicio social de la Mujer, Servicio militar obligatorio

Con la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, se ha consumado la completa rectificación de una discriminación por razón de sexo que permanecía escondida en la legislación de seguridad social desde hacía varios años. Se reconoce así que el tiempo que mujeres trabajadoras destinaron en su día al cumplimiento del Servicio social femenino tiene igual valor que el que dedicaron los varones a cumplir con el servicio militar obligatorio o la prestación sustitutoria. Y ello, a los efectos de completar el periodo de cotización para acceder a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial. El punto de inflexión lo protagonizó una STSud de 6 febrero de 2020, que interpreta la cuestión controvertida con arreglo al principio igualdad y no discriminación. El lucro cesante para las mujeres que no pudieron hacer valer esas cotizaciones ficticias y el paso inexorable del tiempo reclaman con mayor urgencia el Sistema de Compensación comprometido por el legislador, resultando aconsejable que se incluyan en él cuantas medidas de acción positiva sean necesarias para reducir la brecha de género en las pensiones de jubilación.

ABSTRACT

Key words: *gender equality, social security, equal value, retirement pension, spanish women's social service, spanish military service*

With Law 24/2022, of November 25, the total legal rectification of discrimination based on sex that had remained hidden in social security regulations for several years has been completed. It is thus recognized that the time that working women once dedicated to fulfilling the spanish female social service has the same value as the time that men dedicated to fulfilling their military service or the substitute service. And this, for the purposes of completing the contribution period to access to early retirement and partial retirement. The turning point was carried out by a sentence of the Spanish Supreme Court on February 6, 2020, which interpreted the controversial issue in accordance with the principle of equality and non-discrimination. The loss of earnings for women who were not able to claim these fictitious contributions and the inexorable passage of time make the Compensation System committed by the legislator even more urgent, making it advisable to include in it as many positive action measures as are necessary to reduce the gender gap in retirement pensions.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y SUPRESIÓN DEL SERVICIO SOCIAL DE LA MUJER
 - 2.1. Su naturaleza de prestación personal, pública y obligatoria
 - 2.2. Su equivalencia con el servicio militar obligatorio, a efectos laborales y de seguridad social
 - 2.3. La tormenta perfecta para el olvido: supresión del Servicio social femenino y nacimiento de una nueva prestación social sustitutoria
3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS PERIODOS DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO (O SUSTITUTIVO) EN MATERIA DE PENSIONES
 - 3.1. La asimilación al alta del periodo de prestación del servicio
 - 3.2. El reconocimiento legal de los periodos de prestación del servicio para acceder a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial
4. LA DEFINITIVA EQUIPARACIÓN ENTRE LOS PERIODOS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO SOCIAL DE LA MUJER Y DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO
 - 4.1. El punto de inflexión: la STSud de 6 de febrero de 2020
 - 4.2. Su aplicación por la entidad gestora.- 4.3. Su recepción escalonada (e inacabada) en la legislación de seguridad social
5. COMPENSACIÓN Y REPARACIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO

1. INTRODUCCIÓN

Bien está lo que bien acaba, de ahí que debemos felicitarnos por la reciente rectificación legal de una situación de discriminación por razón de sexo que permaneció latente en nuestro ordenamiento jurídico, durante al menos quince años. Una distinción injusta en materia de seguridad social, que, a juzgar por su duración en el tiempo y por la cantidad de mujeres que eventualmente hayan podido verse afectadas, invita a pensar que habrá contribuido en alguna medida a profundizar la brecha de género en las pensiones de jubilación¹. Se trata, más en concreto, de las modificaciones operadas en la LGSS: 1) por la Ley 21/2021, de 28 diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones², en relación con la jubilación anticipada; y 2) por la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer

¹ Según la nueva Disposición adicional trigésima séptima de la LGSS —introducida por el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (BOE de 17 de marzo), bajo la rúbrica «Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas»—, y «a los efectos de esta ley, se entiende por brecha de género de las pensiones de jubilación el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en un año por las mujeres respecto del importe de las pensiones causadas por los hombres».

² BOE de 29 de diciembre.

en el acceso a la pensión de jubilación parcial³. La rectificación implementada por una y otra norma ha consistido en algo tan sencillo —pero absolutamente nuclear— como añadir las seis siguientes palabras a varios preceptos de la LGSS: «o del servicio social femenino obligatorio»⁴. Hablamos de preceptos que, hasta entonces, únicamente tenían en cuenta el tiempo dedicado por los varones a la prestación del servicio militar obligatorio o a la prestación social sustitutoria, para completar los largos periodos de cotización que exige la jubilación anticipada (33 ó 35 años) y la jubilación parcial (33 años), obviando aquellos otros periodos que, durante la dictadura franquista, dedicaron las mujeres españolas a la prestación del Servicio social de la mujer.

No puede decirse, sin embargo, que haya sido una rectificación rápida o inmediata. Como en tantas otras ocasiones, antes ha resultado necesario que nuestros tribunales laborales realizasen una labor de interpretación de las normas controvertidas, con la transversalidad que exige el principio de igualdad entre hombres y mujeres. O lo que es lo mismo, una interpretación con perspectiva de género, respecto de la cual seguramente ya puede predicarse su normal integración dentro de los cánones clásicos de interpretación hermenéutica⁵. Téngase en cuenta que el de igualdad y no discriminación por razón de sexo constituye un principio informador de todo el ordenamiento jurídico; por supuesto, también en materia laboral y de seguridad social. Lo impulsó tempranamente el Derecho social europeo, a través de la Directiva 76/2007/CEE, de 9 febrero⁶, encomendando a los Estados miembros la adopción de «las medidas necesarias»⁷ para asegurar que se revisen, se modifiquen, se supriman, se anulen o incluso sean declaradas nulas cuantas disposiciones legales, administrativas, reglamentarias sean contrarias al referido principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Y lo terminó de apuntalar más tarde la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio⁸, cuyo art. 29 incorpora la noción de la «transversalidad de la perspectiva de género», que no es otra cosa que la integración de dicho principio en la adopción de las disposiciones legales,

³ BOE de 26 de noviembre.

⁴ Véanse arts. 207.1.c), 208.1.b) y 215.2.d) LGSS, así como el apartado 6 de la letra f) de la Disposición transitoria cuarta de la propia LGSS.

⁵ De hecho, como apunta Cano Durán, Y., “Interpretación normativa con perspectiva de género: el derecho al percibo de prestaciones en favor de familiares cuando el causante percibía pensión SOVI”, *Diario La Ley*, núm. 9671 (2020), «el debate sobre la interpretación normativa con perspectiva de género no ha hecho más que comenzar». Advirtiendo del riesgo que eventualmente puede suponer, para el reconocimiento de los derechos sociolaborales de las mujeres, el considerar la interpretación judicial con perspectiva de género como «una mera opción hermenéutica», véase Rodríguez González, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y Relaciones Laborales*, núm. 76 (2021).

⁶ DOCE núm. 39, de 14 de febrero.

⁷ Véase su art. 3.2.

⁸ DOUE núm. 204, de 26 de julio.

reglamentarias y administrativas. En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁹, es aún más expresivo, al establecer que este principio ha de informar «la actuación de todos los poderes públicos» (legislativo, ejecutivo y judicial), motivo por el cual se integrará y se «observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas».

El objetivo de este trabajo se dirige a probar, desde un análisis fundamentalmente histórico, que la respuesta que en su día dieron mujeres y hombres frente al cumplimiento obligatorio de dos prestaciones personales públicas, hoy desaparecidas —el Servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio— tiene el mismo valor, a efectos de seguridad social¹⁰. Lamentablemente, su regulación legal separada (y sobre todo, su extinción, tan desacompañada) terminó provocando que el tiempo dedicado por las mujeres a atender el referido deber público cayera en el olvido más absoluto. Pero al margen de la secuencia cronológica que transitaron esas dos prestaciones públicas hasta su definitiva equiparación formal, quizás también convenga llamar la atención acerca de la resistencia (a veces quizás se trate solo de inercia) que todavía hoy se detecta a la hora de realizar esa operación imprescindible que consiste en discernir, desde la formación y las coordenadas adecuadas, si realmente existe o no una identificación razonable entre dos concretas situaciones de hecho equiparables, que permita otorgarles un tratamiento legal idéntico, con arreglo al principio de igualdad y no discriminación. El tema que se va a desarrollar a continuación es sólo un botón de muestra, de ahí que tampoco quepa descartar que todavía pueda aflorar alguna otra forma de discriminación estructural en cualquier otro nivel o faceta de las relaciones laborales o del sistema público de protección social, y que, por el simple

⁹ BOE de 23 de marzo,

¹⁰ Del mismo modo que es obligado garantizar la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras por un trabajo de igual valor, *ex art. 28 ET*. A este respecto, véase Rodríguez González, S., *La no discriminación retributiva por causa del sexo y del género. Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo (Albacete, 2020), especialmente, págs. 264 y siguientes. Véanse asimismo art. 2 del Convenio núm. 100 de la OIT (1951); art. 157.1 TFUE; art. 4 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE de 26 de julio); y más recientemente, también art. 4 de la Directiva 2023/970, de 10 de mayo, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento (DOUE de 15 de julio). Recuérdese, además, que art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (18 de diciembre de 1979), establece que los Estados Partes han de adoptar todas las medidas apropiadas a fin de garantizar, entre otras cosas, el derecho a igual remuneración, «incluidas las prestaciones», y a la igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor.

hecho de no haberse judicializado aún, continúen pasando desapercibidas¹¹ a la vista de los operadores jurídicos concernidos¹².

2. NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y SUPRESIÓN DEL SERVICIO SOCIAL DE LA MUJER

2.1. Su naturaleza de prestación personal, pública y obligatoria

La instauración en nuestro país del «Servicio Social de la Mujer» (también conocido como Servicio social femenino) tuvo lugar en el último estadio de la guerra civil española, tras la promulgación del Decreto núm. 378, de 11 de octubre de 1937¹³, y del Decreto núm. 418, de 28 de noviembre de 1937. Desde el principio, esta prestación se configuró como un deber público que incumbía a las mujeres jóvenes. Son suficientemente expresivas de dicha obligatoriedad que se hable en el Preámbulo de la primera de las dos normas citadas: 1) de «la imposición del “Servicio Social a la mujer” española»; 2) de que «el “Servicio Social” es afirmado con un sentido puro de deber nacional»; o 3) del «legítimo derecho [del Estado] de utilizar solamente a los españoles que cumplan... todos los deberes inherentes a tal condición». De ahí, pues, que el artículo Primero de ese Decreto núm. 378 comenzase declarando el «deber nacional de todas las mujeres españolas comprendidas en edad de diez y siete a treinta y cinco años la prestación del “Servicio Social”». Únicamente estaban excluidas de la obligación de prestar el Servicio social de la mujer aquellas jóvenes en que concurriesen circunstancias relacionadas con su salud (defecto físico o enfermedad que imposibilitase la prestación) o con su estado civil (mujeres casadas o viudas con hijos a cargo); aquellas que previamente hubiesen prestado servicios equiparables en hospitales de sangre o instituciones similares; y las que se encontrasen realizando otro tipo de prestación personal cuya simultaneidad, en atención a la duración de la jornada, no permitiese garantizar el descanso efectivo de la trabajadora¹⁴.

Con todo, no está de más precisar que el Servicio social de la mujer se diseñó inicialmente como una prestación personal «en forma de cumplimiento

¹¹ Lo que no es sino un reflejo de la infravaloración que todavía subsiste acerca del trabajo de las mujeres. En este sentido, Ramos Quintana, M., “El futuro del trabajo de las mujeres. Integración en el mercado de trabajo y promoción profesional”, *Documentación Laboral*, núm. 117 (2019), pág. 51.

¹² Sobre la dificultad que no pocas ocasiones existe a la hora de tratar de localizar discriminaciones ocultas, véase Rodríguez Escanciano, S., “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”, *Documentación Laboral*, núm. 113 (2018), págs. 14 y 15.

¹³ BOE de 11 de octubre de 1937.

¹⁴ Cfr. su art. Segundo.

voluntario»¹⁵, y buena prueba de ello es que su inobservancia no llevaba aparejada «ninguna medida punitiva»¹⁶. Lo que no impidió que la norma quisiera asegurarse de forzar su cumplimiento de manera indirecta, al exigir a las mujeres certificación acreditativa de haber realizado el Servicio social (o en su caso, de estar exentas de dicho cumplimiento) para el ejercicio de funciones o cargos públicos¹⁷, para acceder a cualquier forma de empleo en el que concurriese financiación pública —incluido el prestado en empresas concesionarias de servicios públicos o que funcionasen bajo fiscalización directa del Estado— o, simplemente, a quienes pretendiesen obtener títulos académicos o profesionales¹⁸. Ahora bien, quizás porque ese tan ansiado como optimista «caudal de colaboraciones y esfuerzos... de las mujeres de España»¹⁹ no llegó a secundarse ni mucho menos de forma masiva, en los años subsiguientes continuaron produciéndose nuevas normas tendentes a afianzar esta prestación, entre las que cabe destacar: 1) el Decreto de 31 de mayo de 1940, por el que se dictan nuevas normas para el cumplimiento del «Servicio Social de la Mujer»²⁰; y 2) el Decreto de 9 de febrero de 1944, por el que se reforma el «Servicio Social de la Mujer»²¹.

Más concretamente, y con la excusa de aclarar «el espíritu del Decreto [núm. 378]»²² —en orden a configurar un deber público de obligada prestación—, se dictó un nuevo Decreto de 21 de mayo de 1940²³, que no sólo restringió los

¹⁵ Cfr. art. 4º del Decreto 418.

¹⁶ Cfr. su Preámbulo.

¹⁷ Lo que puede comprobarse, por ejemplo, en la Orden de 21 de junio de 1976, por la que se convoca concurso-oposición libre para ingreso en el Cuerpo de Ingenieros del Ministerio de la Vivienda (BOE de 8 de agosto), en cuyo art. 9.1 exige —como uno de los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad— al «personal femenino, certificado de haber cumplido el Servicio Social o de estar exento del mismo» (apartado f)].

¹⁸ Según el Artículo tercero del Decreto núm. 378, de 11 de octubre, «será indispensable haber cumplido el “Servicio Social” para que las mujeres españolas... puedan obtener: a) la expedición de los títulos que habiliten para el ejercicio de cualquier carrera o profesión; b) su inclusión en las oposiciones y concursos para cubrir plazas vacantes en la Administración del Estado, Municipio o tener en éste destino de libre nombramiento; c) el desempeño de empleos retribuidos en las empresas concesionarias de servicios públicos o en entidades que funcionen bajo la fiscalización o intervención inmediata del Estado; d) el ejercicio de todo cargo de función pública o responsabilidad política».

¹⁹ Cfr. Preámbulo del Decreto núm. 378.

²⁰ BOE de 6 de junio.

²¹ BOE de 23 de febrero.

²² Según el Preámbulo de este Decreto de 31 de mayo de 1940, si bien el legislador franquista definió el Servicio social de la mujer como «deber de todas las españolas..., sólo de manera muy indirecta y bien limitada establecía prevenciones de naturaleza coactiva en orden a asegurar el cumplimiento del expresado deber», pero de ello tampoco podía deducirse que dichas normas coactivas «fueren sólo a un reducido número de mujeres al cumplimiento del “Servicio Social”, dejando a la mayoría de ellas en franquía de atender o desoir el llamamiento que se les hizo».

²³ BOE de 6 de junio.

supuestos de exención del Servicio social femenino, sino que amplió el elenco de títulos, cargos, destinos o empleos públicos para cuya obtención resultaba imprescindible demostrar su previo cumplimiento. De este modo, ya no sólo era necesario acreditar tal circunstancia para la obtención de títulos habilitantes para el ejercicio de cualquier carrera o profesión, sino también para la simple expedición de «certificados de estudios o de prácticas con propósito de acreditar su competencia en el ejercicio de cualquier actividad»²⁴. Asimismo, para ocupar destinos o empleos retribuidos en entidades privadas, y no sólo cuando éstas resultasen concesionarias de servicios y/o contratos públicos, sino que bastaba con que se beneficiasen de «subvenciones con cargo a fondos de tal carácter... o vengan obligadas a someter a la aprobación de los organismos oficiales sus operaciones, cuentas o actividades»²⁵. De hecho, esta última previsión iba incluso más allá del trabajo asalariado en entidades mercantiles, visto que alcanzaba a las mujeres empleadas al servicio de personas individuales que realizasen los referidos actos o que por la naturaleza de sus profesiones, estuviesen «obligados a formar parte de un Colegio o corporación oficial»²⁶.

El Decreto de 9 de febrero de 1944 va incluso más allá y, con el objetivo de «extender al mismo tiempo la obligatoriedad de su cumplimiento a quienes por su posición social quedaban excluidas hasta ahora» —esto es, a aquellas mujeres que no se veían impelidas a trabajar para ganar el sustento propio y el de su familia y, por consiguiente, a pasar forzosamente por la tantas veces mencionada prestación social—, da paso a una nueva fase. Nueva fase que su Preámbulo tilda de «formativa», en la que se limitan todavía más las causas de exención hasta ahora justificadas y se amplían los supuestos para los que a partir de entonces habría de ser imprescindible acreditar el cumplimiento del Servicio social femenino. Se reorientan las tareas y funciones, de modo que las mujeres que estuviesen no fuesen a desempeñar un trabajo remunerado «reciban las enseñanzas y la formación que las capacite para su futura misión en la vida dentro del hogar y de la familia». Con el fin, pues, de «evitar determinadas situaciones injustificadas de privilegios», el artículo Segundo del Decreto de 9 de febrero de 1944 añade —a la lista de materias supeditadas a la acreditación del cumplimiento de referido servicio— la obtención de pasaportes; la posibilidad de continuar perteneciendo a centros o asociaciones artísticas, culturales o de recreo; y la obtención del carné de conducir²⁷, así como de licencias de caza y pesca. Además, su artículo Tercero facultaba a la Sección

²⁴ Cfr. letra a) de su artículo Primero.

²⁵ Cfr. letra d) de su artículo Primero.

²⁶ Cfr. letra e) de su artículo Primero.

²⁷ Véase también la Orden de 1966, referente al requisito de presentación del certificado del Servicio social para la obtención del carnet de conducir (BOE de 6 de mayo), confirmando —con ocasión de una reforma parcial que había sido introducida en el Código de Circulación— la vigencia del Decreto de 9 de febrero de 1944.

Femenina²⁸ para extenderlo a las obreras y personal femenino subalterno que percibiesen su retribución en forma de jornal diario o semanal, de manera que pudiese hacerse compatible con su trabajo.

2.2. Su equivalencia con el servicio militar obligatorio, a efectos laborales y de seguridad social

Desde el primer momento, el deber público en que se concretaba el Servicio social de la mujer estuvo expresamente equiparado al «servicio militar obligatorio... de todos los hombres aptos para el manejo de las armas», tal como se expresa en el Preámbulo del Decreto de 11 de octubre de 1937. De ahí que luego otro Decreto de 28 de noviembre de 1937, aprobando el Reglamento para la aplicación del Servicio Social de la Mujer, afirmara que también a las mujeres se las considerase, durante todo el tiempo que durase su prestación «empleadas en el servicio inmediato de España»²⁹. En congruencia con ello, y frente a la eventualidad de que aquellas se vieran obligadas a interrumpir sus carreras profesionales, el Reglamento realizaba dicha equiparación: 1) respecto de aquellas que estuvieran prestando sus servicios retribuidos en la administración pública, las cuales, durante el periodo de incorporación al Servicio social, «tendrán situación idéntica a la de los varones al servicio de las armas»³⁰; y 2) en favor también de las empleadas en entidades individuales o colectivas dedicadas a cualquier género de actividad industrial o mercantil, que «tendrán derecho a que les sean reservadas sus plazas durante el tiempo de prestación del ‘Servicio Social’»³¹.

Esa plena equiparación a efectos laborales con el servicio militar de los varones —popularmente conocida como *‘la mili’*— permaneció inalterada durante los casi cuarenta años de vigencia del Servicio social femenino. Y así lo certifica el apartado cuarto del art. 10 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales³², a cuya virtud el prestado por las mujeres «cuando sea incompatible con el trabajo producirá en la relación laboral los mismos efectos que supone el servicio militar». En lo que aquí interesa, el principal efecto de dicho servicio sobre la relación laboral consistía en la suspensión del contrato con «derecho a la

²⁸ Véase el Decreto de 28 de diciembre de 1939, sobre funciones de la Sección Femenina de Falange Española Tradicionalista y de las JONS (BOE de 29 de diciembre), en virtud de cuyo artículo Tercero se transfiere a la Delegación Nacional de la Sección Femenina las instituciones creadas para el cumplimiento del Servicio social (el «Auxilio Social») y que por su naturaleza no fueran competencia de otro servicio.

²⁹ Véase su art. 2.

³⁰ Véase su art. 4.

³¹ Véase su art. 5.

³² BOE de 21 de abril.

reserva del puesto de trabajo», durante todo el tiempo de permanencia en filas³³. Lo cual ya entonces llevaba aparejado efectos de protección social, pues el art. 93.2 de la primera LGSS-1966³⁴ permitía que los casos de suspensión del contrato de trabajo por servicio militar —y por analogía, también por cumplimiento del Servicio social femenino— pudiesen «ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias con el alcance y condiciones que reglamentariamente se establezcan».

Por si alguna duda quedase acerca de la equivalencia plena que había efectuado el art. 10.4 la Ley Relaciones Laborales, poco tiempo después se dictó la Orden de 9 de septiembre de 1976, sobre asimilación al alta en los distintos regímenes de la Seguridad Social del Servicio Social de la Mujer³⁵, cuyo breve preámbulo es lo bastante elocuente para no dudar de que el legislador «ha establecido la plena igualdad de efectos en la relación laboral entre el Servicio Militar y el Servicio Social de la Mujer». De ahí, prosigue, «el carácter especialmente dinámico de la Seguridad Social exige el establecimiento, dentro de su propia órbita, de una norma paralela que asegure la igualdad de tratamiento de las citadas prestaciones personales, esencialmente idénticas en cuanto a los efectos que producen en el individuo obligado a prestar uno u otro servicio y que asimismo garantice en el plazo fáctico la plena equiparación consagrada por el artículo 10, número 4, de la Ley de Relaciones Laborales». A este fin, pues, se dirige el único artículo de la referida Orden ministerial de 9 de septiembre de 1976, cuya virtualidad radica, nótese, en que extiende los efectos de dicha equiparación a todos los regímenes de seguridad social³⁶; más allá por tanto del régimen general³⁷ y del régimen especial de trabajadores por cuenta propia³⁸. Así pues, «el Servicio Social de la

³³ Tal y como certifica el artículo séptimo de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar (BOE de 29 de julio).

³⁴ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social (BOE de 22 de abril).

³⁵ BOE de 25 de septiembre.

³⁶ Que en aquel año todavía eran los siguientes: régimen especial agrario; trabajadores del mar; trabajadores por cuenta propia o autónomos; funcionarios públicos, civiles y militares; personal al servicio de los Organismos del Movimiento Nacional; funcionarios de entidades estatales autónomas; socios trabajadores de cooperativas de producción; empleados de hogar; estudiantes, personal civil no funcionario dependiente de establecimientos civiles militares; y representantes de comercio.

³⁷ Véase art. 95.2 del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE de 20 de julio).

³⁸ Véase Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 30 de septiembre), en relación con el art. 29.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos (BOE de 15 de septiembre), a cuya virtud «los trabajadores que por incorporación a filas para el cumplimiento del servicio militar, bien con carácter obligatorio o voluntario para anticiparlo, suspendan la actividad por la que se encontrasen en alta en este

Mujer, legalmente obligatorio, cuando sea incompatible con el trabajo, es situación asimilada a la de alta con el mismo alcance y condiciones establecidas para el Servicio Militar en el régimen de la Seguridad Social de que se trate»³⁹.

Expresiones como «plena equiparación», «igualdad de tratamiento», «igualdad de efectos», «mismo alcance y condiciones» o «prestaciones esencialmente idénticas» son lo suficientemente contundentes e inequívocas para concluir que se trataba, no ya de dos prestaciones personales públicas iguales —a la vista está que no lo eran—, pero sí de dos prestaciones personales del mismo valor, cuyo único criterio para desempeñar uno u otro radicaba exclusivamente en el sexo de la persona obligada a prestarla. Este y no otro era el motivo por el que hombres y mujeres se hacían acreedores de recibir idéntico tratamiento (y a los mismos efectos) en materia laboral y de seguridad social. Cosa que probablemente habría continuado ocurriendo, si no fuese porque apenas un año y medio después de dictarse la mencionada Orden, el Servicio social femenino quedó definitivamente abolido con el Real Decreto 1914/1978, de 19 de mayo⁴⁰. En efecto, su artículo único no sólo declara «derogado el Decreto de siete de octubre de mil novecientos treinta y siete... y el Decreto de veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y siete, por el que se aprueba su Reglamento», sino también «cuantas disposiciones reglamentan y regulan». Desaparece, pues, cualquier vestigio del Servicio social de la Mujer en nuestra legislación, cayendo en el olvido el tiempo que habían empleado tantas mujeres españolas en dar cumplimiento a un deber público.

2.3. La tormenta perfecta para el olvido: supresión del Servicio Social femenino y nacimiento de una nueva prestación social sustitutoria

En efecto, tras el Real Decreto 1914/1978, de 19 de mayo, desaparece toda referencia en la legislación laboral y de seguridad social al Servicio social de la mujer y, con ello, también su identificación legal con el servicio militar. De forma residual, sólo permanece vigente la mención efectuada en el art. 10.4 de la Ley de Relaciones Laborales, aunque por poco tiempo, pues esta última norma pronto es derogada y sustituida por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprueba el primer Estatuto de los Trabajadores⁴¹. Hablamos, como se sabe, de un contexto político y social clave en la historia reciente de nuestro país —el fin de la dictadura franquista y la transición hacia la democracia—, que pasó a regirse por la Constitución Española de 1978, como norma suprema de todo el ordenamiento jurídico. En ella, se sientan las bases para la fijación futura de las obligaciones

Régimen Especial pasarán a la situación asimilada a la de alta durante el tiempo de la duración de aquél y los dos meses siguientes a su licenciamiento».

³⁹ Artículo Único.

⁴⁰ BOE de 12 de agosto.

⁴¹ BOE de 14 de marzo.

militares de los varones españoles, que en su momento permitieron regular «la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria», *ex art. 30.2 CE*.

El art. 30.2 CE establece, pues, el marco constitucional para una prestación social alternativa al servicio militar obligatorio, que concernía en exclusiva a los hombres. Sobre esto, conviene detenerse para hacer una precisión que no es baladí. El desarrollo legal de la obligación prevista en el art. 30.2 CE no se materializó hasta la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria⁴². Pero lo cierto es que esta concreta clase de prestación alternativa ya contaba con una regulación precedente, anterior incluso a la aprobación de la Constitución Española. Se trata del Real Decreto 3011/1976, de 23 de diciembre, sobre la objeción de conciencia de carácter religioso al servicio militar⁴³, donde por vez primera se arbitra el llamado «servicio de interés cívico»⁴⁴, como «fórmula que permita resolver el problema que se plantea con los mozos que, por objeciones de conciencia de carácter religioso, se muestran opuestos al empleo de las armas, permitiéndoseles compatibilizar tales convicciones con sus deberes ciudadanos»⁴⁵. De ahí que quepa concluir que las dos referencias que tempranamente se localizan en el texto original del Estatuto de los Trabajadores de 1980 —designando el cumplimiento del servicio social sustitutivo como causa de suspensión del contrato de trabajo [art. 45.1 e)]⁴⁶ y anudándole la reserva de puesto de trabajo (art. 48.3)⁴⁷— en un principio estaban referidas a ese servicio de interés cívico⁴⁸.

Se suceden, en fin, una serie de acontecimientos que sin duda contribuyeron a formar la tormenta perfecta para que el legislador de seguridad social terminase ignorando todos aquellos periodos dedicados por tantas mujeres a cumplir con un servicio público, personal y obligatorio. En efecto: 1) se genera en un momento

⁴² BOE de 28 de diciembre.

⁴³ BOE de 5 de enero.

⁴⁴ Véase su art. Tercero. Avanzándolo, bajo la denominación «servicio civil», véase la Disposición transitoria Cuarta de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar (BOE de 12 de junio), cuyo apartado 4 ya prevé «la realización de este Servicio tendrá los mismos efectos que la del ‘Servicio en Filas’».

⁴⁵ Véase párrafo segundo de su Preámbulo.

⁴⁶ Según dicho precepto, suspende el contrato de trabajo «el cumplimiento del servicio militar, obligatorio o voluntario, o servicio social sustitutivo».

⁴⁷ Al que tenía derecho el trabajador, dentro de los 30 días naturales siguientes a la cesación del servicio.

⁴⁸ En efecto, «el “servicio social sustitutivo” es equivalente a la “prestación social sustitutoria” que para los objetores de conciencia se prevé en Const. Art. 30.2, regulado con el nombre aquí de “servicio de interés cívico”» [cfr. Alonso Olea, M., *Derecho de Trabajo*, 7ª ed., Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense (Madrid, 1981), pág. 302].

histórico de fuerte disrupción normativa, respecto de la legislación del régimen dictatorial precedente; 2) coinciden en el tiempo, casi sin solución de continuidad, la eliminación del Servicio social de la Mujer —como prestación social de carácter alternativo al servicio militar de los hombres— y la regulación de una nueva prestación obligatoria de carácter personal, la prestación social sustitutoria, también alternativa al servicio militar, pero con la peculiaridad de que esta incumbía exclusivamente a los varones; y 3) la nueva prestación social sustitutoria presenta unas notas características que permiten hablar de una prestación personal esencialmente idéntica al ya extinto Servicio social femenino.

Buena prueba de lo que acaba de decirse es que aquellas mismas expresiones a las que antes hacíamos referencia —«plena equiparación», «igualdad de tratamiento», «igualdad de efectos» o incluso la de «mismo alcance y condiciones»— se convierten ahora en tributarias de la prestación social sustitutoria de los varones. Como también lo prueba el hecho de que, durante los años en que dicha prestación todavía continuó vigente, su cumplimiento produjese exactamente los mismos efectos laborales y de seguridad social que los que en su día había venido desplegando el servicio prestado por las mujeres (suspensión del contrato con reserva de puesto y consideración de dicho periodo como situación asimilada al alta), en tanto en cuanto también se hallaba plenamente equiparado al servicio militar⁴⁹.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS PERIODOS DE SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO (O SUSTITUTIVO) EN MATERIA DE PENSIONES

3.1. La asimilación al alta del periodo de prestación del servicio

Tras veinticinco años de vigencia, y ya en pleno s. XXI, la imposición de la prestación social sustitutoria también parece llegar a su fin, por obra del Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, por el que declara dicha prestación suspendida⁵⁰ (y no suprimida, adviértase), con fecha de efectos de 31 de diciembre de 2001. Cosa que ocurre, por cierto, a raíz de haberse fijado ese concreto día para la

⁴⁹ Véase art. Décimo de la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria (BOE de 28 de diciembre), en relación con el art. 55.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar (BOE de 21 de diciembre): «Los objetores de conciencia en situación de actividad tendrán derecho al mismo haber en mano que los soldados en filas y a prestaciones equivalentes de... Seguridad Social. Disfrutarán, igualmente, de cuantos derechos reconozca el ordenamiento vigente a quienes se encuentran prestando el servicio militar activo y, en especial, el de reserva de puesto de trabajo».

⁵⁰ BOE de 17 de abril.

suspensión del propio servicio militar, por Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo⁵¹. Y en cumplimiento además de lo previsto en la Disposición adicional cuarta de la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria⁵², a cuya virtud «la presente Ley extenderá sus efectos en tanto subsista el servicio militar obligatorio». Pero lo que de verdad interesa ahora es evidenciar cómo el legislador no permitió que cayesen en saco roto —a diferencia de lo que sí ocurrió con el tiempo empleado por las mujeres en un servicio prácticamente idéntico— esos periodos destinados por los jóvenes españoles al cumplimiento de la prestación social sustitutoria. Y ello, precisamente por la equiparación legal a todos los efectos (también de seguridad social) que venía teniendo con la prestación del servicio militar obligatorio.

Partimos de la lógica de que los periodos empleados en cualquiera de dichas prestaciones personales difícilmente podrían llegar a tener alguna repercusión en las carreras de cotización, cuando aquellos jóvenes varones las hubiesen atendido desde una situación previa de inactividad laboral. En efecto, aun a pesar de prestar servicios para el Estado, su incorporación a filas (o sustitutivo) ni llevaba aparejada una cotización a la seguridad social, ni tampoco generaba la situación asimilada al alta que, en su caso, se habría derivado de haberse visto obligados a suspender un eventual contrato de trabajo. Que conozca, sólo parece existir una salvedad a esto, que además tiene que ver con los funcionarios que hubiesen cumplido el servicio militar o el servicio social sustitutorio antes de llegar a adquirir la condición funcional. Se trata del art. 32.3 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, aprobando la Ley de Clases Pasivas del Estado⁵³, que únicamente considera —como de «servicios efectivos al Estado»— el tiempo en que el referido personal masculino hubiera continuado cumpliendo dichas prestaciones públicas más allá del estrictamente obligatorio⁵⁴. Es decir, el tiempo que exceda del que, en cada momento, se hubiera estimado legalmente obligatorio para el cumplimiento de uno u otro servicio⁵⁵. Cosa que no ocurre, sin embargo, en el supuesto que el

⁵¹ Decreto por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar (BOE de 10 de marzo), en tanto en cuanto estaba previsto que se hubiese suspendido un año después. En efecto, la Disposición adicional decimotercera de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, determinaba que sería a partir del 31 de diciembre del año 2002 cuando debía quedar suspendida la prestación del servicio militar, regulada en la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.

⁵² BOE de 7 de julio.

⁵³ BOE de 27 de mayo.

⁵⁴ No hay que olvidar que la duración del servicio militar obligatorio fue variando a lo largo de los años: 24 meses de duración hasta 1968; 18 meses, hasta 1994; 12 meses, hasta 1991; y 9 meses, desde entonces, hasta su definitiva desaparición en 2001.

⁵⁵ Téngase en cuenta la excepcionalidad de la concesión, pues el propio art. 32.3 parte de la premisa de que «no se entenderá como de servicios al Estado... el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas prestando el servicio militar obligatorio»; como «tampoco

funcionario hubiese ostentado dicha condición al momento de incorporarse a la prestación (militar o sustitutoria), pues en tal caso se consideraba que aquel pasaba a la situación de «servicios especiales», *ex art. 29.2.k* de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública⁵⁶, computando ya sí — como periodo de cotización efectiva— el periodo íntegro de prestación del servicio en cuestión⁵⁷.

Más allá de esta concreta previsión relativa a los funcionarios de carrera, para que el periodo de cumplimiento de la mili o de la prestación social sustitutoria llegase a desplegar efectos de seguridad social era imprescindible, como es lógico, que ese servicio hubiera venido a suspender una relación laboral subsistente. Recuérdese que ya en la primera LGSS-1966 estaba prevista la posibilidad de que los periodos de suspensión del contrato por cumplimiento del servicio militar pudiesen ser asimilados a la situación de alta; pero, esto es importante, sólo «para determinadas contingencias», y «con las condiciones y alcance que reglamentariamente se establezcan»⁵⁸. Ocurre que no existía entonces —tampoco hoy— un tratamiento unitario de las situaciones asimiladas a la de alta. Resultaría necesario, para enumerarlas, acudir a las normas específicas de cada contingencia, para el régimen general, y a la normativa que regula cada régimen especial⁵⁹. Baste decir ahora que esa asimilación al alta venía operando a efectos de causar las

se entenderá como de servicios al Estado, a los efectos indicados, el tiempo de permanencia del personal correspondiente en el desempeño de la prestación social sustitutoria».

⁵⁶ BOE de 8 de agosto. Véase también art. 55.3 de Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre.

⁵⁷ En este sentido, García Romero, B., “Cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada, en aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de seguridad social”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2 (2020), pág. 6. Véase el art. 4 de la Orden de 27 de octubre de 1992, por la que se dictan ciertas instrucciones en relación con la cotización al Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos incluidos en el campo de aplicación de dicho régimen, durante ciertas situaciones, entre las que se encuentra el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, a cuya virtud la cotización en situación de servicios especiales por dicho cumplimiento «comprenderá solamente las contingencias de jubilación, invalidez permanente y muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes, protección a la familia y asistencia sanitaria para sus beneficiarios».

⁵⁸ Véase su art. 93.2. Asimilación que más tarde confirmaría el art. 55.2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, según el cual «la suspensión del contrato de trabajo por servicio militar será considerada, a efectos de la acción protectora derivada de la seguridad social, como situación asimilada a la de alta, con el alcance y condiciones establecidas en la legislación de seguridad social». Véanse también, art. 95.2 LGSS-1974 y art. 125.2 LGSS-1994, haciendo extensiva idéntica previsión a la prestación social sustitutoria.

⁵⁹ Véase Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª ed., Civitas (Madrid, 2000), pág. 449.

prestaciones de muerte y supervivencia⁶⁰, incapacidad permanente⁶¹, desempleo⁶² y prestaciones familiares⁶³. Pero, hasta fechas relativamente recientes no vino sucediendo lo mismo con la pensión de jubilación, a pesar de ser —más de veinte años después de la supresión del servicio militar— la asimilación que seguramente podría llegar a tener más interés para un mayor número de beneficiarios de la seguridad social, habida cuenta del indudable impacto en la carreras de seguro de todavía una buena parte de la población activa, hombres y mujeres.

3.2. El reconocimiento legal de los periodos de prestación del servicio para acceder a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial

En cuanto a su impacto sobre la pensión de jubilación, puede decirse que el cómputo del tiempo dedicado a cualquiera de las prestaciones personales obligatorias tratadas a lo largo de este trabajo se ha venido reconociendo por el legislador de forma escalonada, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo. Piénsese que los periodos considerados como tiempo de cotización ficticia se ciñeron, en principio, exclusivamente a aquellos que los varones españoles habían destinado a cumplir el servicio militar o la prestación social sustitutoria. Y además, que dichos periodos comenzaron a contabilizarse sólo para lucrar la jubilación anticipada, a raíz de la introducción de un nuevo art. 161*bis* en la LGSS-1994, por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre⁶⁴; o mejor dicho, únicamente para el concreto supuesto de jubilación anticipada, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo por causas no imputables a la voluntad del trabajador⁶⁵. Así pues, a efectos de completar la carencia mínima exigida (que entonces se había fijado en 30 años, aunque enseguida pasaría a situarse en 33 años), «se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social

⁶⁰ Véase art. 29.2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE de 30 de diciembre).

⁶¹ Véase apartado f) del art. 20.1 de la Orden de 15 de abril de 1969, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el Régimen General de Seguridad Social (BOE de 8 de mayo).

⁶² Véase el art. 2.1.b) del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo (BOE de 7 de mayo).

⁶³ Según el art. 34.3 del Real Decreto 20/1988, de 15 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Prestación Social de los Objetores de Conciencia (BOE de 21 de enero), «la suspensión del contrato de trabajo por incorporación a la situación de actividad es considerada, a efectos de Seguridad Social, como situación de asimilación al alta para las prestaciones sanitarias, familiares, de invalidez y de muerte y supervivencia, en idénticas condiciones que el servicio militar».

⁶⁴ Ley de Medidas en materia de Seguridad Social (BOE de 5 de mayo).

⁶⁵ Véase su apartado 2.d).

sustitutoria, con el límite máximo de un año»⁶⁶. Años después, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social⁶⁷, amplió dicho beneficio, para que el servicio militar y el sustitutorio cuenten también —y con el mismo límite de un año— a la hora de acceder: 1) a la jubilación anticipada por voluntad de interesado, para lo cual se exige un período mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años⁶⁸; y 2) a la jubilación parcial, respecto de la que habrá que acreditar una carrera de cotización de 33 años, como mínimo⁶⁹.

Jubilación anticipada y jubilación parcial eran, y continúan siendo hoy, las dos únicas modalidades de jubilación para cuya carencia (33 ó 35 años) se tiene en cuenta el periodo de prestación del servicio militar o de la prestación social sustitutoria, siempre con el límite máximo de un año. Bien es cierto que esa misma Ley 27/2011, de 1 agosto, contiene base legal suficiente para que todos o parte de tales periodos puedan llegar a tomarse asimismo en consideración con vistas a completar la carencia exigida para la pensión de jubilación ordinaria. Se trata de su Disposición adicional 28^a, a través de la cual el legislador emplazó al Gobierno a presentar, en el plazo inicial de un año, «un proyecto de ley que establezca un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por ésta pueda reconocerse, a favor de las personas interesadas, un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias». Más de una década después, aún no se ha instrumentado el referido sistema de compensación, lo que significa que todavía no es posible contabilizar dichos periodos como tiempo de cotización ficticia para la jubilación ordinaria⁷⁰.

Lo que finalmente sí se ha producido en fechas recientes, tal como se avanzó al comienzo de este trabajo, es la plena equiparación entre Servicio social de la mujer y Servicio militar. O lo que probablemente sería más exacto decir, entre aquél y la prestación social sustitutoria de los varones. El punto de inflexión lo protagoniza la primera sentencia dictada en unificación de doctrina sobre este concreto asunto, la *STSud* de 6 de febrero de 2020⁷¹, la cual, como se verá en las

⁶⁶ Cfr. apartado 2.c). Véase también art. 207.1.c) de la vigente LGSS.

⁶⁷ Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto).

⁶⁸ Véase su art. 5, por el que se daba nueva redacción al art. 161*bis*.2 de la LGSS-1994. [art. 208.1.b) LGSS-2015].

⁶⁹ Véase su art. 6, por el que se daba nueva redacción al art. 166.2 de la LGSS-1994 [art. 215.2.d) LGSS-2015].

⁷⁰ Cosa que además ha confirmado recientemente la Disposición adicional 41^a de la Ley 31/2022, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023 (BOE de 24 de diciembre), al aplazar, otro año más, la aplicación de lo establecido en la referida Disposición adicional 28^a.

⁷¹ Rec. 3801/2017 (ECLI:ES:TS:2020:338).

páginas que siguen, ha provocado un efecto sísmico inmediato: en la administración de la seguridad social, en la legislación laboral y de protección social e, incluso, en pronunciamientos judiciales posteriores⁷². Aunque ya se han hecho magníficos análisis de la mencionada resolución⁷³, merece la pena detenerse en ella, toda vez que permite evidenciar cómo la demanda judicial continúa siendo uno de los principales instrumentos transformadores —por no decir la palanca clave— que las trabajadoras han de accionar para remover tantos obstáculos, prácticas e incluso normas (más aun las que permanecen ocultas y sólo puede hacer aflorar y corregir el proceso laboral) que impiden la consecución de una plena igualdad real entre hombres y mujeres.

4. LA DEFINITIVA EQUIPARACIÓN ENTRE LOS PERIODOS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO SOCIAL DE LA MUJER Y DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

4.1. El punto de inflexión: la STSud de 6 de febrero de 2020

En efecto, era cuestión de tiempo que aparecieran —como finalmente terminó ocurriendo— las primeras demandas de trabajadoras, reclamando, tras una dilatada carrera de seguro, que también a ellas se les contabilizase el tiempo empleado en la prestación del Servicio social femenino, en idénticas condiciones en que computaba para los varones el servicio militar o la prestación social sustitutoria. Y ello, sobre todo, a fin de poder completar esos largos periodos de cotización que exigen la jubilación anticipada y la jubilación parcial (33 ó 35 años), para lo cual en no pocas ocasiones bastaba con lograr acreditar sólo algunos días más. Bien mirado, no es extraño que este tipo de reclamaciones haya empezado a proliferar en la última década, teniendo en cuenta que ya han transcurrido más de cuarenta años desde que empezara a producirse la incorporación masiva de la mujer al mercado de trabajo. De ahí que sea lógico inferir que algunas de las trabajadoras que reclaman hoy su pensión de jubilación parcial o anticipada sean esas mismas mujeres que en la década de los setenta del pasado s. XX comenzaban su vida laboral y que, en muchas ocasiones, se vieron obligadas a interrumpirla temporalmente —a veces, a postergarla— para atender, no ya responsabilidades familiares, sino un deber público de carácter inexcusable que permaneció vigente hasta 1978.

⁷² Véase STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de 2022, rec. 666/2020 (ECLI:ES:TSJM:2022:2735).

⁷³ En particular, véanse los análisis de García Romero, B., *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2 (2020); y de Romeral Hernández, J., “Servicio social femenino y derecho de igualdad en el acceso a la jubilación anticipada y parcial”, en *Derecho Vivo de la Seguridad Social* (Barrios Baudor. G.L. y Rodríguez Inista, G., Directores), Laborum (Murcia, 2020), págs. 303 y siguientes.

Ante la disparidad de criterios judiciales que empezaron a sucederse, también era cuestión de tiempo que alguna de dichas reclamaciones terminase llegando a casación para la unificación de doctrina, como ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STSud de 6 febrero 2020, en proceso sobre prestación anticipada de jubilación por voluntad de la interesada. Del relato de los hechos probados en ella, resulta que: 1) la demandante era una mujer que solicitaba se le reconociese derecho a la jubilación anticipada; 2) para poder lucrar la pensión, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante, INSS) le exigía —tras haber recalculado los periodos de cotización en reclamación administrativa previa— acreditar 12.684 días, frente a los 12.677 días que reunía en total como periodo cotizado; y 3) habiendo aportado la demandante certificación del Ministerio de Hacienda, donde constaba que había cumplido el Servicio social de la mujer durante algo más de un mes, «obteniendo además una bonificación de 100 días»⁷⁴, el INSS no tuvo en cuenta dicho periodo por considerar que «el art. 208 LGSS no contempla que el Servicio Social Sustitutorio [de las mujeres] sirva para acreditar el periodo mínimo de cotización exigido»⁷⁵.

La sentencia de instancia reconoció la pretensión de la demandante, pero dicha resolución fue luego revocada en suplicación por STSJ Cataluña de 15 de junio de 2017⁷⁶. Consideraba su Sala aquí que ninguna de las disposiciones conforme a las cuales hubo de prestar la demandante su Servicio social obligatorio, durante el período que reclama, asimilaron tal período al trabajo por cuenta ajena, «ni contemplaron obligación alguna de las autoridades competentes en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización, a cualquier sistema de cobertura pública o privada»⁷⁷. Por lo que para dicha Sala resultaba «claro que si durante el período en el que por la actora se realizó dicha prestación social obligatoria nunca estuvo comprendida dentro del ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social, no puede reconocérsele dicho período a efectos del cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación que tiene reconocida»⁷⁸.

Existía, sin embargo, una STSJ de País Vasco de 11 de octubre de 2016⁷⁹, en la que concurrían las identidades exigidas por el art. 219 LRJS, a los efectos de acreditar el requisito de contradicción. También aquí se trataba de otra mujer a la que el INSS le había denegado una pensión de jubilación anticipada, a falta tan

⁷⁴ Cfr. su Antecedente de Hecho Segundo, apartado 5.

⁷⁵ Cfr. su Antecedente de Hecho Segundo, apartado 3.

⁷⁶ Rec. núm. 2308/2017 (ECLI:ES:TSJCAT:2017:7242).

⁷⁷ Cfr. su FD Quinto.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Rec. núm. 1821/2016 (ECLI:ES:TSJPV:2016:2534). Comentándola, véase Errandonea Ulazia, E., “La jubilación anticipada y el servicio social femenino. ¿Debe incluirse dicho servicio social femenino dentro de la prestación social sustitutoria del servicio militar?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social- CEF*, núm. 406 (2017).

sólo de 19 días de cotización, sin tener en consideración —a la hora de computar su periodo de carencia— el tiempo acreditado por aquella al cumplimiento del «Servicio Social de la Sección Femenina». Pero la Sala de lo Social vasca llegó sin embargo a una conclusión contraria, al considerar que bajo la concreta expresión ‘prestación social sustitutoria’ «cabe entender incluido, igualmente, el periodo de trabajo obligatorio efectuado por las mujeres al amparo del Servicio Social creado por Decreto de 7 de octubre de 1937 y reglamentado por Real Decreto de 28 de noviembre de 1937»⁸⁰, toda vez que se instrumentó como «un deber nacional de las mujeres españolas de 17 a 35 años, que mientras lo cumplían se consideraban al servicio inmediato de España... con un régimen jurídico equiparable en parte al de los varones al servicio de las armas»⁸¹. De ahí, pues, que para la Sala no hubiese duda de que dicha prestación vino a cumplir para las mujeres «una función sustitutoria del servicio militar, obligatorio de los varones»⁸².

Vaya por delante que la Sala IV del Tribunal Supremo se alineó con este último criterio⁸³, descartando la validez de la sola interpretación literal del art. 208.1.b) LGSS; precepto éste, recuérdese, que en el momento de producirse el hecho causante únicamente tenía en cuenta el tiempo dedicado al servicio militar o a la prestación social sustitutoria de los varones, para alcanzar la carencia específica. Y así, activando la función informadora e integradora del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres, da por válida la doctrina contenida en la sentencia de contraste, toda vez que «no cabe la interpretación del artículo 208.1 b) de la LGSS de forma rígidamente literal». Y ello, con arreglo a las siete siguientes razones: 1) una interpretación literal conduciría a violar el principio de igualdad de trato y de oportunidades en materia de seguridad social, proclamado en la normativa europea y en la normativa interna, pues, desde el momento en que el servicio militar únicamente lo realizaban los varones, «se está reconociendo un periodo no cotizado, a efectos de acceder a la jubilación anticipada, únicamente

⁸⁰ Cfr. su FD Cuarto.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Criterio que acogen incluso pronunciamientos judiciales anteriores, como en el caso de la STSJ Extremadura de 9 de septiembre de 2014, rec. núm. 338/2014 (ECLI:ES:TSJEXT:2014:1376), donde se concluye asimismo que «siendo obligatorio hasta que es derogado el Decreto [de 7 de octubre de 1937] por Real Decreto de 19 de mayo de 1978... el periodo de dicho Servicio Social ha de asimilarse, teniendo en cuenta el Decreto que lo instaura, y teniendo en cuenta que su no consideración sería discriminatoria por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución Española), al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria, debiendo por ello tener en cuenta a los efectos del periodo cotizado los 365 días que se invocan» (cfr. su FD Tercero). En el mismo sentido, véase también STS Madrid de 11 de junio de 2018, rec. núm. 139/2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:6253), para la que ninguna duda cabe de que bajo la expresión «prestación social sustitutoria» del art. 30.2 CE «cabe entender incluido, igualmente, el periodo de trabajo obligatorio efectuado por las mujeres por Decreto de 28 de noviembre de 1937», visto sobre todo que tenía un «régimen jurídico equiparable en parte al de los varones al servicio de las armas... viniendo a cumplir, por tanto, para las mujeres, una función sustitutoria del servicio militar» (cfr. su FD Cuarto).

a los hombres»⁸⁴; 2) no cabe el argumento de que a las mujeres no se les podía reconocer el referido derecho porque no habían cumplido el servicio militar, pues resulta que a ellas sí se les exigía la realización del Servicio social de la mujer y pese a ello, «no se reconocía dicho periodo a efectos de acceder a la jubilación anticipada»⁸⁵; 3) la normativa que en su día regulaba la prestación de uno y otro servicio evidencia que dichas prestaciones estaban configuradas típicamente como «deber»⁸⁶; 4) la finalidad de ambas prestaciones —movilizar tanto a mujeres como a hombres al servicio de la Patria y del Estado— «es similar»⁸⁷; 5) elemento común es que «en ninguna de las dos prestaciones hay obligación de cotizar a la Seguridad Social»⁸⁸; 6) la interpretación con perspectiva de género exige entender que el periodo de prestación del Servicio social de la mujer ha de tomarse en consideración, a efectos del acceso a la jubilación anticipada, «en la misma forma en la que se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria»⁸⁹; y 7) se trata de un criterio de interpretación hermenéutica que la Sala IV ya ha venido aplicando en anteriores resoluciones⁹⁰.

Particular atención merece la última de las siete razones aducidas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por cuanto, más que un argumento, me parece ver que ella la constatación de que el Tribunal Supremo ha otorgado carta de naturaleza plena a un criterio interpretativo que integre la igualdad de trato y de oportunidades como principio informador de todo el ordenamiento jurídico, en congruencia con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo⁹¹. Lo que desde luego no quiere decir que la interpretación que en cada caso hayan de llevar a cabo los órganos judiciales haya de estar indefectiblemente escorada en favor de las mujeres. El criterio es claro y ecuaníme: «la interpretación ha de hacerse a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades»⁹². En cuanto tal, dicho

⁸⁴ Cfr. su FD Cuarto.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Con cita concreta de la *STSud* de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009 (ECLI:ES:TS:2009:8449), en la que a una trabajadora del RETA se le computó como cotizadas, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional Cuadragésimo Cuarta LGSS; y de la *STSud* de 26 de enero de 2011, rec. 4587/2009 (ECLI:ES:TS:2011:499), concediendo pensión de viudedad a mujer divorciada, sin pensión compensatoria, que había sido víctima de violencia de género; y *STSud* de 13 de noviembre de 2019, rec. 75/2018 (ECLI:ES:TS:2019:3703), reconociendo el derecho de los trabajadores puestos a disposición por una ETT a que se les apliquen las medidas contenidas en el plan de igualdad de la empresa usuaria.

⁹¹ En el mismo sentido, también Rodríguez González, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, cit., *supra*.

⁹² FD Tercero, apartado 2.

principio «ha de ser el faro a cuya luz se interpreten las normas»⁹³, lo que significa que es necesario realizar una ponderación adecuada que presupone «examinar cuál de las soluciones posibles hace más efectivo el principio de igualdad»⁹⁴. Además, la función integradora a que por otro lado hace mención el propio art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, «supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, bien por inexistencia de regulación, bien por no considerar en la misma el valor de igualdad de sexos»⁹⁵ que, en el caso de autos, como con acierto concluye, «debió haberse considerado»⁹⁶. Y más teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico no había todavía norma alguna que considerase como cotizado, a efectos de alcanzar la carencia exigida para acceder a la jubilación parcial, el periodo de prestación del Servicio social de la mujer.

4.2. Su aplicación por la entidad gestora

Esta STSud de 6 de febrero de 2020 tuvo un efecto sísmico inmediato⁹⁷. Tan solo unos días después, la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS dictó su Criterio de Gestión núm. 3/2020, de 18 de febrero de 2020⁹⁸, invocando de forma expresa el fallo de dicha resolución. En él se puede leer lo siguiente: «Ha de entenderse que, a efectos de completar el periodo mínimo de cotización conforme a lo dispuesto en los artículos 207.1.c), 208.1.b), 215.2.d) y en la disposición transitoria cuarta, apartado 6, letra f) del TRLGSS, ha de tenerse en cuenta el tiempo de prestación del “Servicio Social de la Mujer” —siempre que dicho periodo de tiempo no figure cotizado—, en los mismos términos establecidos para el servicio militar obligatorio y la prestación social sustitutoria». Aunque pueda parecer un asunto menor, cabe destacar la rapidez con que el INSS adoptó este criterio técnico (apenas habían pasado diez días desde que se dictara la sentencia en unificación de doctrina), lo que sin duda debió de facilitar la rectificación en el reconocimiento de otras solicitudes que pudiesen estar denegándose a la fecha de emitirse aquél. O incluso el desistimiento o renuncia de acciones judiciales eventualmente instadas por este concreto motivo. Pero lo que a mi juicio merece ser puesto en valor aquí es cómo, sin esperar a nuevos pronunciamientos de los

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ También, lógicamente, en el plano jurisprudencial. Asumen esta doctrina, dos posteriores STSJ Castilla-La Mancha de 8 de mayo de 2019, rec. núm. 97/2019 (ECLI:ES:TSJCLM:2020:711); y STSJ Comunidad Valenciana de 16 de febrero de 2021, rec. núm. 2040/2020 (ECLI:ES:TSJCV:2021:942).

⁹⁸ Accesible en <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/83e5fb06-0b21-45ba-a00e-e18161136e18/CRITERIO+DE+GESTION+3-2020.pdf?MOD=AJPERES> (Fecha de última consulta: 31 de marzo de 2023).

tribunales laborales, y sin esperar tampoco a la correspondiente modificación en el texto de la LGSS, el INSS lleva a cabo una interpretación extensiva de la STSud de 6 de febrero de 2020. Una interpretación extensiva y con perspectiva de género, visto que va más allá en su Criterio Técnico, reconociendo como tiempo de cotización ficticia el prestado por las mujeres durante su Servicio social, a efectos de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador y a efectos de la jubilación parcial.

4.3. Su recepción escalonada (e inacabada) en la legislación de seguridad social

Quizás fuera porque esa identificación material entre prestación social femenina y prestación social sustitutoria empezó a desplegar efectos inmediatos ante la administración de la seguridad social, pero el caso es que la equiparación en el articulado de la LGSS aún tardaría algún tiempo en operarse. Una equiparación formal, por cierto, que se ha ido produciendo de forma desacompañada. En primer lugar, con la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que da nueva redacción a los arts. 207.1.c) y 208.1.b) de la LGSS, para incorporar el cómputo del Servicio social femenino, con el límite de un año, a los efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización efectiva exigido para acceder a la jubilación anticipada⁹⁹. De este modo, según la vigente redacción del art. 207.1.c) LGSS, para acceder a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador se exige, entre otros requisitos «acreditar un período mínimo de cotización efectiva de 33 años», a cuyos exclusivos efectos «solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, *o del servicio social femenino obligatorio*, con el límite máximo de un año». Lo mismo ocurre para lucrar la pensión de jubilación anticipada por voluntad del interesado, pues el art. 208.1.b) LGSS exige «acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de treinta y cinco años», para lo que «sólo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, *o del servicio social femenino obligatorio*, con el límite máximo de un año» (mías las cursivas).

La equivalencia, a efectos de seguridad social, entre prestación social femenina y prestación social sustitutoria se completó, en segundo lugar, a través de la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del Servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación

⁹⁹ Más extensamente, sobre las recientes reformas y beneficios en materia de jubilación, véase Rodríguez Bravo de Laguna, J.J., *El reto de la sostenibilidad económica y social del sistema de la Seguridad Social. Medidas al amparo de la Ley 21/2021, de 28 de diciembre*, Aranzadi (Pamplona, 2023), págs. 68 y siguientes.

parcial¹⁰⁰. Se trata de una norma escueta, cuyo único artículo se ha dirigido a adecuar la literalidad del art. 215.2.d) y del apartado 6.f) de la Disposición transitoria cuarta LGSS, sobre el cómputo del periodo de cotización mínimo necesario para acceder a la jubilación parcial, en congruencia con los cambios que un año antes ya había efectuado la Ley 21/2021, de 28 diciembre, en relación con la jubilación anticipada. Así pues, en relación con el requisito que exige al solicitante de la pensión «acreditar un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial», le ha bastado al legislador con introducir en ambos preceptos el mismo inciso que antes introdujera en los arts. 207.1.c) y 208.1.b) de la LGSS: «A estos exclusivos efectos, sólo se computará el periodo de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, o del servicio social femenino obligatorio, con el límite máximo de un año».

Fuera ya del entorno de nuestra LGSS, pero también a propósito de esa homologación plena entre prestación social sustitutoria y Servicio social femenino, no está de más señalar la tercera y última modificación, operada por la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023¹⁰¹. Esta norma da nueva redacción al art. 32.3 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, de cara a delimitar qué concretos periodos se consideran como de servicios efectivos al Estado y cuáles no, en los términos más arriba examinados¹⁰². Adviértase también a este respecto, de la existencia de pronunciamientos judiciales previos que, interpretando la norma controvertida desde la perspectiva del género, ya venían resolviendo en tal sentido. Es el caso de la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 9 de marzo de 2022¹⁰³, declarando, «en aplicación del criterio hermenéutico plasmado en el artículo 4 de la LOIEMH... el derecho de la recurrente a que se le compute a efectos de jubilación [anticipada] voluntaria, como servicios prestados al Estado, el tiempo que excede del obligatorio del Servicio Social Femenino»¹⁰⁴.

¹⁰⁰BOE de 26 de noviembre.

¹⁰¹BOE de 24 de diciembre.

¹⁰²Así pues, y al igual que el tiempo empleado en la prestación del servicio militar, tampoco se considera, según dicho art. 32.3 como «tiempo de servicios efectivos al Estado», el que «permanezca el personal correspondiente prestando... el servicio social femenino obligatorio». Únicamente, «el tiempo que exceda de los períodos mencionados en el párrafo anterior y que permanezca el personal de que se trata prestando... el servicio social femenino... se entenderá, a todos los efectos, como de servicios al Estado, que se considerarán prestados como Clase de Tropa o Marinería».

¹⁰³Rec. 666/2020 (ECLI:ES:TSJM:2022:2735). Sobre esta sentencia, con más detenimiento, véase Chabannes, M., “El cómputo del servicio social de la mujer para acceder a la pensión de jubilación anticipada y jubilación parcial”, *Revista Internacional Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 2 (2023), págs. 334 a 336.

¹⁰⁴Cfr. su FD 2º. En el supuesto de autos, la recurrente logró que se le incrementaran los años de servicios al Estado a 35. Es más, «en cuanto a la fecha de efectos de la revisión de la pensión

5. COMPENSACIÓN Y REPARACIÓN: ALGUNAS PROPUESTAS DE FUTURO

Ya se ha dicho que jubilación anticipada y jubilación parcial resultan ser, a día de hoy, las dos únicas modalidades de esta pensión para cuyo periodo de carencia se tienen en cuenta los periodos que las personas interesadas, hombres y mujeres, hayan dedicado al cumplimiento del servicio militar o de cualquiera de los servicios sociales sustitutivos. Y ello, recuérdese, pese a que ya ha transcurrido con creces más de una década desde que la Disposición adicional 28ª de la Ley 27/2011, de 1 agosto, emplazase al Gobierno a presentar un proyecto de ley que instrumente «un sistema de compensación a la Seguridad Social para que por ésta pueda reconocerse... un periodo de asimilación del tiempo de servicio militar obligatorio o de prestación social sustitutoria que compense la interrupción de las carreras de cotización ocasionada por tales circunstancias». Lo volvió a confirmar la Disposición adicional 41ª de la Ley 31/2022, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2023, por la que se «aplaza la aplicación de lo establecido en la disposición adicional vigésima octava de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social». Esto significa que el tiempo destinado por las mujeres a prestar el extinto Servicio social femenino tampoco computa a efectos del periodo de carencia legalmente exigido para la pensión de jubilación ordinaria; pero —y esto es importante— por la sencilla razón de que tampoco se tienen en cuenta para lucrar la jubilación ordinaria los periodos equivalentes prestados por los varones en concepto de servicio militar o sustitutorio.

Aunque lo que acaba de afirmarse pueda parecer una obviedad, es conveniente reparar en ello, sobre todo porque explica el sentido de ciertos otros pronunciamientos de suplicación que, sin embargo, han venido denegando la posibilidad de computar el tiempo del Servicio social de la mujer para lucrar la pensión de vejez del antiguo Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Como es lógico, ya antes de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre (norma, recuérdese, que hizo posible que empezasen a reconocerse los periodos de cumplimiento del servicio militar como periodos asimilados a cotizados)¹⁰⁵, toda vez que esto era lo que «acaece exactamente con la prestación social del servicio social para los varones»¹⁰⁶. Para la jurisprudencia recaída con anterioridad a dicha fecha, no cabía, pues, conceptuar el servicio militar «a ningún efecto como periodo ni trabajado para la Administración ni, por tanto, cotizado a los efectos propuestos,

de jubilación, procede situarla... en la de efectos de su pensión», toda vez que no se trataba del reconocimiento de una nueva prestación, «sino de la revisión o rectificación de una ya reconocida en que se no se consideraron los años solicitados [20 meses] como servicios efectivos al Estado a efectos de Clases Pasivas» (FD 2º).

¹⁰⁵Vid. *Supra*, epígrafe III.B.

¹⁰⁶Cfr. STSJ Cataluña de 3 de julio de 2002 (rec. 7990/2001).

sino como mero cumplimiento de una prestación personal obligatoria respecto de la Administración Pública»¹⁰⁷. Como tampoco se ha dado cabida a tal posibilidad en pronunciamientos de suplicación más recientes, no sólo por considerar que las previsiones de los arts. 207, 208 y 215 LGSS «no son aplicables a las pensiones de vejez del SOVI, puesto que en su normativa específica se exigen 1.800 días “efectivamente cotizados”»¹⁰⁸, sino, en última instancia, porque tampoco computa para los varones, «a efectos de carencia el tiempo de realización del servicio militar obligatorio»¹⁰⁹.

Hay que decir, a propósito del eventual reconocimiento de los periodos de prestación del Servicio social femenino en relación con la pensión SOVI, que el tema todavía no se ha resuelto en sede de unificación de doctrina. Que conozca, sólo existe un ATSud de 6 de octubre de 2016¹¹⁰, inadmitiendo dicho recurso por falta de idoneidad de la sentencia de contraste, lo que finalmente impidió una resolución sobre el fondo del asunto. Pero también es cierto que el hecho de que el régimen del SOVI tenga hoy un carácter residual¹¹¹, y que el Tribunal Supremo venga exigiendo acreditar las cotizaciones efectivas para causar la pensión de vejez, no le ha impedido sin embargo reconocer otras cotizaciones asimiladas (también llamadas «ficticias» o «virtuales») para causar pensión en el SOVI, como ocurre con el cómputo de días adicionales por alumbramiento (112 días adicionales por cada parto de un hijo, y 14 días más por hijo a partir del segundo,

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Y además, con anterioridad al año 1967. Cfr. STSJ Cataluña de 14 de junio de 2018, rec. 2402/2018 (ECLI:ES:TSJCAT:2018;4426).

¹⁰⁹ *Ibidem*. Siguiendo en esto la doctrina de la Sala IV en sus SSTSud de 9 de noviembre de 2009, rec. núm. 1099/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7346) y de 23 de noviembre de 2009, rec. núm. 1152/2009 (ECLI:ES:TS:2009:7792); y en su STSud 3 de febrero de 2010, rec. 1444/2009 (ECLI:ES:TS:2010:877), resolviendo que no es posible tomar en consideración el tiempo de prestación del servicio militar bajo la vigencia de la Ley de 8 de agosto de 1940, que fijaba un servicio militar obligatorio de 24 meses, ya que no contemplaba obligación de cotización. Antes que esta STSJ Cataluña de 14 de junio de 2018, ya habían resuelto en idéntico sentido dos SSTSJ Madrid de 4 de abril de 2000 (rec. núm. 392/2000) y de 20 de octubre de 2000 (rec. núm. 2132/2000). Por su parte, la STSJ Castilla-La Mancha de 8 de mayo, rec. 97/2019 (ECLI:ES:TSJCLM:2020:711), que concluye lo siguiente: «dado que a los efectos de causar las pensiones del SOVI no puede asimilarse como cotizado el periodo de prestación del servicio militar obligatorio, tampoco podemos computar el servicio social femenino, que de igual modo se configuraba... también con naturaleza obligatoria y no laboral, y por ende no sometido al deber de causar alta ni cotizar».

¹¹⁰ Rec. 3782/2015 (ECLI:ES:TS:2016:9706A).

¹¹¹ De todos modos, y aunque se trate de un régimen marginal, téngase en cuenta que su importancia se ha visto revitalizada con la Ley Orgánica 3/2007. Sobre ello, véase Kahale Carrillo, D.T., “Los periodos de cotización asimilados por parto para las pensiones del SOVI. Cambio jurisprudencial a la luz de la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 28 (2011), págs. 48 a 51.

en caso de partos múltiples)¹¹². Ahora bien, habida cuenta de que la aplicación del criterio hermenéutico contenido en el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 —esto es, la interpretación con perspectiva de género— ha de hacerse siempre, según la propia Sala, «a favor del principio de igualdad de trato y de oportunidades»¹¹³, en principio parece poco probable que pueda llegar a reconocerse el cómputo de los periodos de prestación del Servicio social femenino para lucrar la pensión SOVI, en tanto en cuanto no estén igualmente reconocidos por ley los destinados por los varones al cumplimiento de la prestación del servicio miliar o sustitutorio.

La STSud de 6 de febrero de 2020, antes examinada, prueba la pervivencia, aun hoy, de ciertas formas de discriminación ocultas o camufladas por la estructura de la propia ley, que sólo se externalizan, se visibilizan y se corrigen gracias a la casuística jurisprudencial; o mejor dicho, cuando una de las mujeres eventualmente perjudicadas se decide a entablar la correspondiente demanda (con el coste personal, económico y emocional que ello supone), pero, sobre todo, cuando su pretensión logra traspasar los estrechos umbrales del recurso de casación para la unificación de doctrina. Repárese cómo, en esa sentencia, la Sala IV del Tribunal Supremo realizó una operación interpretativa lógica, desde la perspectiva del género, en absoluto novedosa en la legislación laboral, pero que desde luego sí lo es en la legislación de seguridad social: considerar de igual valor, no ya dos trabajos, sino dos prestaciones personales públicas de carácter obligatorio e inexcusables, como en su día lo fueron el Servicio social de la mujer y el Servicio militar (o la prestación social sustitutoria)¹¹⁴.

Otra manifestación de ese fenómeno al que acaba de hacerse mención, y que tiene algo de patológico, puede encontrarse en una reciente STSud de 23 de junio

¹¹² Véanse STSud (Pleno) de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009 (ECLI:ES:TS:2009:8449) y otra STSud del mismo día, rec. 426/2010 (ECLI:ES:TS:2009:8531). En ellas, el TS interpretó de forma extensiva la redacción de la Disposición adicional Cuadragésimo Cuarta de la LGS-1994 (art. 235 de la vigente LGSS), corrigiendo el tenor literal de una disposición que en un principio únicamente reconocía las denominadas «cotizaciones ficticias por razón de parto» a las beneficiarias de «cualquier régimen de la seguridad social». Esta sentencia constituye el punto de inflexión para que, en posteriores pronunciamientos, el TS haya aplicado este beneficio no sólo a las aseguradas en alguno de los distintos regímenes de seguridad social que a día de hoy están integrados en el Sistema español de Seguridad Social, sino también al colectivo de los pensionistas del SOVI que, por cierto, está mayoritariamente integrado por mujeres. Al respecto, véanse STSud de 19 de enero de 2010, rec. núm. 2035/2009 (ECLI:ES:TS:2010:514); STSud de 7 de diciembre de 2010, rec. núm. 1046/2010 (ECLI:ES:TS:2010:7469); STSud de 18 de febrero de 2010, rec. núm. 2217/2009 (ECLI:ES:TS:2010:1276); STSud de 2 de marzo de 2010, rec. núm. 945/2009 (ECLI:ES:TS:2010:1270); STSud de 27 de febrero de 2013, rec. núm. 1055/2012 (ECLI:ES:TS:2013:1119); y STSud de 7 de julio de 2017, rec. 606/2017 (ECLI:ES:TS:2022:2549).

¹¹³ STSud de 6 de febrero de 2020, cit., supra.

¹¹⁴ Lo que quizás se explique mejor si tenemos en cuenta que prácticamente todo el contenido de la Directiva 2006/54 terminó incorporándose a nuestro ordenamiento «incisivamente acotado desde su perspectiva subjetiva y material: subjetivamente, tan sólo se refiere a la discriminación por razón de sexo y no a la eventual discriminación que pudiera surgir por cualquier otra causa;

de 2022¹¹⁵. En un formidable ejercicio de ingeniería jurídica, el Pleno de la Sala IV se sale incluso de los contornos habituales de interpretación con perspectiva de género, para *irradiar* jurisprudencialmente una medida de acción positiva en favor de las mujeres —la regla del cómputo de cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento del art. 235 LGSS— al subsidio por desempleo para mayores de 55 (hoy 52) años. Y ello, aun cuando el tenor literal de la referida norma es inequívoco al reconocer dichas cotizaciones virtuales a los solos «efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente». Por razones de espacio, no podemos detenernos a relatar el supuesto de hecho y la fundamentación jurídica de esta interesante resolución, cuya lectura desde luego es muy recomendable. Baste objetar ahora, por lo que dice —y quizás por lo que no se dice en ella—, que más que interpretar la norma con perspectiva de género, la recrea con su interpretación¹¹⁶. Y ello, visto que termina reconociendo a la actora una medida de acción positiva a día de hoy inexistente: el cómputo de cotizaciones ficticias por razón de alumbramiento, en favor de las solicitantes del subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

En fin, qué duda cabe que han de acogerse con satisfacción las últimas reformas operadas por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, y —como contrapunto necesario— por la Ley 24/2022, de 25 de noviembre, de reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del Servicio social de la mujer para el acceso a la pensión de jubilación parcial. Claro que se trata de una equiparación legal que, comparativamente, llega con años de retraso. No puede ignorarse que para muchas mujeres representará un reconocimiento meramente simbólico, o incluso póstumo, teniendo en cuenta que no pocas de las que en su día cumplieron el Servicio social femenino seguramente ya hayan fallecido. Pues bien, precisamente por esta circunstancia, porque el transcurso del tiempo ha corrido en perjuicio del colectivo de esas mujeres que en su día atendieron un deber personal público de carácter inexcusable, y con el mismo valor jurídico que el prestado por los hombres que hicieron la mili, resulta todavía más urgente e improrrogable la efectiva puesta en marcha de ese Sistema

materialmente, la única vertiente a la que se refiere es la retributiva» [cfr. Rodríguez Escanciano, S., “La discriminación retributiva por causa del sexo y del género: factores desencadenantes y pautas de solución”, cit., *supra*, pág. 13].

¹¹⁵ Rec. núm. 646/2021 (ECLI:ES:TS:2022:2549).

¹¹⁶ Si bien es cierto que «no es la primera vez que el Tribunal Supremo, con apoyo en criterios finalistas o analógicos, obvia la literalidad de alguna previsión legal cuando ello ha sido juzgado necesario para alcanzar los fines perseguidos por el legislador y armonizarlos con los generales en materia de no discriminación, extendiendo a supuestos no contemplados (cómputo como cotizado del Servicio Social de la mujer, acreditación de la violencia de género, etc.)» [cfr. García Romero, B. “Subsidio por desempleo para mayores de 55 años y toma en consideración de las cotizaciones ficticias por parto”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 7 (2022), pág. 8].

de Compensación a la Seguridad Social, comprometido desde hace más de una década por la Disposición adicional 28ª de la Ley 27/2011, de 1 agosto.

Es fácil pensar, a la vista de todo cuanto se ha expuesto, que la cuestión relativa a la equiparación entre Servicio social de la mujer y servicio militar habrá tenido asimismo un impacto notable en la brecha de género del sistema de pensiones. Por eso mismo, porque con ello puede contribuirse más eficazmente a acelerar el proceso de convergencia en la cuantía de las pensiones de mujeres y hombres, casi resulta obligado que ese tan esperadísimo mecanismo compensatorio haya de incluir —desde luego, si su objetivo es, como su propio nombre indica, compensar «la interrupción [y postergación] de las carreras de cotización» de hombres y mujeres— cuantas medidas sean necesarias para: 1) revisar de oficio el cómputo de los periodos de cotización de todas aquellas beneficiarias de la seguridad social que en su día pudieran haber llegado a prestar el Servicio social de la mujer; 2) rectificar, también de oficio y con carácter retroactivo, eventuales denegaciones de solicitudes de pensión de jubilación, cuando se trate de mujeres que previsiblemente puedan acreditar el cumplimiento de dicho servicio; y 3) reparar económicamente, en la medida en que ello pueda ser posible (y sin necesidad de esperar nuevas demandas judiciales), el perjuicio que el simple transcurso del tiempo ha ocasionado a las mujeres trabajadoras que en su día prestaron el Servicio social femenino. Y lo anterior, ampliando de la forma más favorable que sea posible, los medios que permitan probar su efectivo cumplimiento (y su duración total), pues no es descartable que muchas de ellas no conserven hoy la cartilla donde en su día quedaron consignados dichos periodos; como tampoco lo es que pueda haber provincias que no tengan almacenada dicha información.

Sea como fuere, el Sistema de Compensación es tarea exclusiva del legislador, como también lo es la decisión de incluir en él medidas de acción positiva y de qué tipo. A mi juicio, estaría suficientemente justificada —al encajar dentro de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que exige el art. 11.1 de la Ley Orgánica 3/2007¹¹⁷— una ampliación de ese límite máximo de un año que hoy establecen los arts. 207.1.c), 208.1.b) y 215.2.d) LGSS, de cara a completar los periodos de cotización efectiva de la jubilación anticipada y la jubilación parcial. Y ello, aun en los supuestos en que la prestación del Servicio social femenino se hubiese prolongado por más de un año. Recuérdese que su duración mínima era de 6 meses, pero nada impedía que pudiera cumplirse, de forma interrumpida o no, hasta un periodo máximo de 3 años. Con más razón aún, por supuesto, cuando se trate de mujeres con carreras de seguro insuficientes para causar derecho a la

¹¹⁷Según dicho precepto, y «con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso».

jubilación ordinaria en el nivel contributivo, de modo que puedan computar la integridad del tiempo efectivo que en su día hubieran dedicado a prestar el servicio en cuestión. Al fin y al cabo, se trataba de una prestación obligatoria y en favor de los intereses de la nación, que las mujeres debían atender justamente en una edad (entre 17 y 35 años) en que su cumplimiento iba a significar por fuerza o un retraso en su incorporación al mercado laboral o la suspensión temporal de la relación de trabajo que eventualmente hubieran podido llegar a iniciar.

Además de la razonabilidad y de la proporcionalidad de tales medidas de acción positiva, cabe añadir una razón más que avalaría su idoneidad: serían, en todo caso, medidas estrictamente temporales, toda vez que estamos hablando de una prestación personal que fue suprimida hace ya cuarenta y cinco años. Por eso mismo, pero sobre todo porque se trata de un régimen integrado mayoritariamente por mujeres¹¹⁸, cobra mayor interés otra medida adicional, desde una perspectiva eminentemente reparadora. Se trataría, en fin, de que ese futuro Sistema de compensación incluya la posibilidad de contabilizar el tiempo destinado en su día, por mujeres y hombres, al cumplimiento de cualquiera de los servicios personales obligatorios tantas veces citados, también para acceder a cualquiera de las pensiones del SOVI.

¹¹⁸ Algo que se preocupa de recordar, entre otras, la STSud de 21 de diciembre de 2009, rec. núm. 426/2009 (ECLI:ES:TS:2009:8531), al afirmar que el SOVI «está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones bajo la vigencia del sistema de Seguridad Social es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad».

LEY DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLE AL TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO. UNA APROXIMACIÓN AL ACUERDO MARCO SOBRE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO EN LA UE, EEE Y SUIZA *

JOSÉ MANUEL PAZÓ ARGIBAY

*Profesor Asociado (Dr.) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago de Compostela*

EXTRACTO

Palabras clave: teletrabajo, Seguridad Social, legislación aplicable, trabajadores migrantes

Las nuevas formas de trabajo propiciadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han puesto de manifiesto la insuficiencia de las disposiciones del Título II del Reglamento (CE) nº 883/2004, relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, frente a nuevas realidades laborales como el teletrabajo transfronterizo.

Con la intención de atenuar los efectos de este teletrabajo transfronterizo en la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, y evitar también fenómenos de dumping social, el reciente Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual eleva el umbral de “sustancialidad” del artículo 13.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004, de manera que las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

ABSTRACT

Key words: telework, Social Security, applicable law, migrant workers

New forms of work developed by information and communication technologies have revealed the insufficiency of the provisions of EU Regulation nº 883/2004 to determine the applicable Social Security legislation facing new work realities such as cross-border teleworking.

Recent Agreement on habitual cross-border teleworking increases “substantiality” of article 13.1 of the EU Regulation nº 883/2004, so that people who carry out habitual cross-border teleworking will be subject to the legislation of the State where the employer has its headquarters, provided that the cross-border teleworking carried out in the State of residence is less to 50% of the total working time.

* Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación PID2021-122254OB-I00 “La incidencia del derecho de la Unión Europea en las futuras reformas laborales”, concedido y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. UNA (BREVE) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO
3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA INSUFICIENCIA DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004
4. EL ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004 EN LOS CASOS DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO HABITUAL
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La determinación de una única legislación aplicable en aquellas situaciones de duplicidad en las que, como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación, pudiera encontrarse un trabajador migrante, constituye la finalidad del Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004¹.

Sin desmerecer el esfuerzo delimitador del propio Reglamento, gestado en un momento en el que la forma de prestación de trabajo más habitual era aquella que se desarrollaba físicamente en el propio Estado de residencia, las nuevas formas de trabajo propiciadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han puesto de manifiesto la insuficiencia de dicha regulación frente a nuevas realidades laborales como el teletrabajo². Su irrupción a raíz de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, y las limitaciones a la libertad de circulación por el cierre sanitario de fronteras³, obligó a los Estados miembros a un desarrollo normativo de urgencia para su regulación, pero únicamente desde el punto de vista nacional⁴.

¹ En palabras de Carrascosa Bermejo “los conflictos normativos que soluciona el título II surgen mayoritariamente en el marco de una migración o cuando la residencia y el lugar donde desempeña su actividad profesional no son coincidentes”. Carrascosa Bermejo, D. *La coordinación comunitaria de la Seguridad Social. Ley aplicable y vejez en el Reglamento 1408/71*. Colección de Estudios CES. Madrid, 2004, p. 129.

² “Existen otros retos al funcionamiento del mercado interior y a la coordinación en materia de Seguridad social, como las nuevas formas de movilidad laboral virtual, facilitadas por la digitalización [...] el teletrabajo transfronterizo, los llamados “nómadas digitales”, que trabajan a distancia en toda la UE, o el trabajo transnacional a través de plataformas digitales”. Fernández Prieto, M. “Trabajadores fronterizos: particularidades en el marco de la Unión Europea”. *Revista Galega de Dereito Social*, 17/2023, p. 62.

³ Como señala Miranda Boto “la libre circulación ocupó un lugar muy menor en las preocupaciones de los Gobiernos nacionales. Lo importante en aquel momento era cerrar, inútilmente, las fronteras frente a un enemigo invisible y devastador que ya estaba dentro”. Miranda Boto, J.M. “La libre circulación tras (¿?) la Covid-19. Retos en materia de restricciones, nuevos modelos familiares y digitalización”. *Revista Labos*, 1/2022, Vol. 3, p. 51.

⁴ Necesarias también en el ámbito supranacional: “el reto transnacional de las nuevas formas de empleo puede introducir desajustes en la competencia dentro del Mercado Interior, a lo que

Al margen quedaron aquellas actividades laborales que se desarrollaban bajo el formato de teletrabajo transfronterizo, esto es, el trabajo que se desarrollaba por medios TIC desde el Estado miembro de residencia de los trabajadores para empresas ubicadas físicamente en otros Estados miembros⁵.

Pese a la aparente novedad de esta realidad laboral⁶, lo cierto es que ya en el año 2002 se dio un primer paso para su regulación a través del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET), si bien, debido a su falta de eficacia normativa, devino en un instrumento insuficiente para regular dichas situaciones⁷.

La entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2023 del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004 en supuestos de teletrabajo transfronterizo habitual viene a clarificar los criterios para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en esta particular modalidad de prestación laboral. Lo hace estableciendo las reglas para la celebración eficiente y oportuna de acuerdos individuales sustentados sobre el

la Comisión Europea no puede permanecer ajena”. Miranda Boto, J. M. *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 34.

⁵ “Y es que en el momento en el que no existe una exigencia productiva ineludible que obligue al trabajador a encontrarse físicamente en el lugar de trabajo, no existirá tampoco ninguna obligación de permanecer en la misma ciudad, región, o ni siquiera, en el mismo país de la empresa contratante, por lo que se espera que la internacionalización del contrato de trabajo sea especialmente acusada en fenómenos de trabajo a distancia”. Selma Penalva, A. “Lugar de prestación de servicios: ley aplicable y jurisdicción competente en el teletrabajo internacional”. En AA.VV. *Digitalización, recuperación y reformas laborales. Comunicaciones del XXXII Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2022, p. 300.

⁶ Apariencia que rechaza Pérez del Prado: “Es cierto que su resurrección y auge en los últimos tiempos, al menos en el plano teórico, es absolutamente incuestionable, pero no debe olvidarse que, por más que las nuevas tecnologías digitales pudieran volverlo a impulsar, es hijo de otro tiempo, el de justo la revolución industrial anterior, la de las tecnologías de la información y la comunicación. Incluso podríamos decir que sus inicios pueden situarse antes”. Pérez del Prado, D. *Derecho, Economía y Digitalización. El impacto de la inteligencia artificial, los algoritmos y la robótica sobre el empleo y las condiciones de trabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 164.

⁷ “Una herramienta de escasa utilidad, por su contenido y su naturaleza”. Fernández Prol, F. “Teletrabajo Internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional)”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, 154/2022, p.107. “El AMET resulta criticable, tanto por su eficacia jurídica obligacional como por su poco ambicioso contenido”. Sala Franco, T. “La normativa internacional y comunitaria sobre el teletrabajo”. En Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 59. “Los Estados miembros no están obligados a aplicar directamente el AMET ni a elaborar normas de transposición, como tampoco a modificar la legislación nacional de un Estado, porque no existe un marco legislativo europeo para las negociaciones autónomas (como un Reglamento, una Decisión o una Directiva-marco)”. Sierra Benítez, E.M. “Los euroacuerdos colectivos y el teletrabajo en la Unión Europea”. En Gorelli Hernández, J. (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva. Liber Amicorum, Profesor Antonio Ojeda Avilés*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Monografías de Temas Laborales, 2014, p. 516.

artículo 16 del Reglamento; estableciendo como base jurídica para la determinación de la legislación aplicable la excepción individual, previa solicitud, simplificando el procedimiento y garantizando la seguridad jurídica⁸.

2. UNA (BREVE) APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO

El creciente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación ha tenido su reflejo en el mercado de trabajo, entre muchos otros aspectos, en el desarrollo de nuevas formas de prestación de la actividad laboral⁹. La incorporación de elementos y soportes informáticos han contribuido a la ruptura de la tradicional asociación entre prestación de la actividad laboral y centro de trabajo¹⁰, permitiendo dicha prestación laboral desde lugares ubicados fuera del mismo, incluso, desde el propio domicilio de la persona trabajadora¹¹.

Ante la ausencia de unanimidad¹², y la escueta definición que del mismo ofrece la normativa española de referencia¹³, la doctrina ha venido identificando

⁸ Memorando explicativo del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 883/2004 en casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

⁹ “Un efecto de la internacionalización ha sido la dispersión de los puestos de trabajo. En empresas completamente informatizadas, especialmente aquellas que no producen bienes materiales, ha dejado de resultar necesario mantener una sede centralizada. Es esta una forma de trabajo que, con unos matices u otros, se inscribe dentro de la denominada deslocalización empresarial, puesto que, en sus distintas y posibles vertientes, implica la prestación de la actividad laboral a distancia, bien desde el domicilio del trabajador, bien desde las llamadas “oficinas satélite”. Mercader Uguina, J. R. *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 28.

¹⁰ “El modelo digital, que apunta a la desaparición del centro de trabajo y su sustitución por espacios digitales o virtuales –trabajo a distancia, plataformas digitales, producción digital– que, en ocasiones, hacen desaparecer el propio lugar de trabajo como espacio físico estable de desarrollo de una actividad laboral. En este marco, que podemos denominar “desmaterialización” laboral –no hay centro de trabajo, no hay lugar físico de trabajo– se une cierta “espiritualización” de la empresa reconvertida, a veces, en una mera marca global sin organización detrás –no hay instalaciones, no hay medios de producción, no hay dirección de recursos humanos”. Lahera Forteza, J. “Las transformaciones del lugar de trabajo”. *Revista Documentación Laboral*, 118/2019, p. 23.

¹¹ Mostrando multitud de ventajas, pero también inconvenientes, desde el punto de vista empresarial, social y del propio trabajador. Al respecto, Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo”, en Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 27 -37. En la misma dirección, Rodríguez Escanciano, S. “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”. *Revista Galega de Dereito Social*, 11/2020, pp. 43- 44.

¹² Martín – Pozuelo López, A. *Ibid.*, p. 17.

¹³ El artículo 2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia, define el teletrabajo como “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”; una definición que, como señala reputada doctrina, debe completarse con la que, para el trabajo a distancia, ofrece la misma

la necesaria concurrencia de ciertos elementos en esta particular modalidad de prestación laboral para su configuración como teletrabajo¹⁴. Así, algunos autores han identificado la existencia de un elemento geográfico o espacial, ya que la prestación laboral se realiza a distancia; un elemento instrumental, en cuanto que la actividad laboral se hace a través de medios informáticos y de comunicación, y un elemento organizativo, consecuencia de esta nueva forma de trabajo, alejada del tradicional carácter presencial de la prestación laboral en el centro de trabajo¹⁵. Otros autores han visto necesario también un elemento personal, siendo necesaria la prestación de servicios bajo esta modalidad por una persona física¹⁶; así como un elemento cuantitativo, medido en tiempo de dedicación, que justifique el carácter habitual de la prestación laboral bajo la modalidad de teletrabajo¹⁷.

De la conjunción de todos estos elementos, con mayor o menor intensidad, se han dado distintas clasificaciones o *sub* modalidades que la doctrina ha venido identificando igualmente como teletrabajo. Así, atendiendo al elemento espacial, podrían identificarse fórmulas de teletrabajo a domicilio, teletrabajo en telecentros o teletrabajo itinerante¹⁸; mientras que, si atendemos al elemento tecnológico, podrían darse situaciones de teletrabajo *off-line* o teletrabajo *on-line*¹⁹.

En consonancia con los elementos señalados, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) del año 2002²⁰, suscrito por Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios

norma, esto es, la “forma de organización del trabajo o de realización de la actividad laboral conforme a la cual esta se presta en el domicilio de la persona trabajadora o en el lugar elegido por esta, durante toda su jornada o parte de ella, con carácter regular”. Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y teletrabajo. Regulación laboral, procesal y de Seguridad Social; teletrabajo transnacional*. Editorial Tecnos, Madrid, 2022, pp. 72-73.

¹⁴ En mayor profundidad sobre los rasgos caracterizadores del teletrabajo en Sierra Benítez, M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*. Consejo Económico y Social de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2011, pp. 34-49.

¹⁵ “A efectos conceptuales, el teletrabajo consta de tres elementos que lo definen: el topográfico – el trabajo es a distancia –; el segundo elemento: el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación; y, el tercer elemento, el organizativo: es una nueva forma de trabajar y supone una ruptura con el modelo tradicional de organización del trabajo”. Ballester Pastor, I. “Teletrabajo y derechos individuales: el trazado de nuevos equilibrios”. *Revista Documentación Laboral* 121/2020. Vol. III, p. 13.

¹⁶ “Excluyendo de este concepto las prestaciones realizadas por empresas o personas jurídicas”. Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación...”. op. cit., p. 18.

¹⁷ Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y Teletrabajo...* op. cit., p. 73.

¹⁸ Modalidades que Martín – Pozuelo denomina como “fórmulas puras” de teletrabajo. Martín – Pozuelo López, A. “Una aproximación al concepto de teletrabajo, modalidades...”. op. cit., pp. 22-23.

¹⁹ Dentro del cual, a su vez, podrían darse situaciones de conexión o comunicación con la empresa *one way line* o *two way line*. *Ibid*, p. 25.

²⁰ Revisado en 2009.

de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), definía en su artículo segundo el teletrabajo como “una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”²¹.

Ante la ausencia de normativa de carácter internacional al respecto²², el AMET representó un paso importante en el tratamiento del teletrabajo a nivel europeo, terreno inexplorado hasta el momento, ofreciendo más seguridad a los teletrabajadores y las teletrabajadoras por cuenta ajena en la UE al incluir en su contenido aspectos relativos a su voluntariedad, condiciones de empleo, protección de datos, salud y seguridad en el trabajo, organización del trabajo, formación, derechos colectivos, etc²³. No obstante, pese a haberse incorporado en España sus disposiciones al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva (AINC) del año 2003 y siguientes²⁴, existe un amplio consenso en señalar su falta de

²¹ Una definición que, como apunta Ballester Pastor, incorpora un nuevo elemento, al exigir este concepto de teletrabajo del AMET “la concurrencia de cuatro elementos: el uso de las TIC; una relación jurídica asalariada; que el trabajo se desarrolle fuera del local del empresario -aunque pueda desarrollarse dentro-; y, que el trabajo así definido sea regular”. Ballester Pastor, I. “Teletrabajo y derechos individuales...”, op. cit., p. 18.

²² La OIT reguló con carácter general, en su Convenio número 177 (1996) el trabajo a domicilio, entendiéndolo que esta modalidad se produce cuando se realiza la actividad laboral en el domicilio de la persona trabajadora o en otro local que esta escoja, distinto de los locales de trabajo de la empresa, a cambio de una remuneración y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones de la empresa. Artículo 1, a) del Convenio número 177 de la OIT, ratificado por España en mayo de 2022. Misma definición aportaba la Recomendación número 184 de la OIT, del mismo año, sobre el trabajo a domicilio. En detalle, Pérez Campos, A. I. *El teletrabajo internacional. Situación actual y propuestas de regulación*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 67 – 72; García Piñeiro, N. P. “La Organización Internacional del Trabajo y el trabajo a distancia: la ratificación por España del Convenio número 177 sobre trabajo a domicilio”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 255/2022.

²³ Un estudio detallado del contenido del AMET en Sierra Benítez, E.M. *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, op. cit., pp. 152-168. Thibault Aranda, J., Jurado Segovia, A. “Algunas consideraciones en torno al Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo”. *Revista Temas Laborales*, 72/2003. Mella Méndez, L. “Comentario general al Acuerdo Marco sobre teletrabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, 1/2003.

²⁴ Una incorporación que “no equivale en ningún caso a una recepción en Derecho Interno”. De la Iglesia Aza, L. “Digitalización e internacionalización de las relaciones de trabajo: el teletrabajo transnacional e internacional”. *Revista Galega de Dereito Social*, 17/2023, p. 121. En consecuencia “la negociación colectiva estatal se limitaba a recomendar la aplicación adaptada a la realidad española del AMET”. Pérez Campos, I. *El teletrabajo internacional*..., op. cit, p. 95.

eficacia normativa como la causa que desvirtuó completamente su contenido²⁵. Además, omitía deliberadamente referencia alguna al teletrabajo transnacional²⁶.

De todos los elementos descritos, de necesaria concurrencia, el elemento espacial o geográfico es el de mayor trascendencia en los supuestos de teletrabajo transfronterizo, al desarrollar la persona trabajadora su actividad laboral desde un país distinto de aquel en el que se encuentra la empresa para la que presta sus servicios. Bajo esta modalidad, las empresas disponen de una mayor facilidad para reclutar profesionales de otros países²⁷, eliminando las distancias geográficas²⁸ y reteniendo el talento en la empresa, aunque en ocasiones también se hace buscando una reducción de sus costes de contratación recurriendo a mano de obra en países con niveles salariales más bajos²⁹.

²⁵ “Se trata del primer Acuerdo alcanzado en virtud del proceso de negociación voluntaria previsto en el artículo 139.2 TUE y del que los propios sujetos negociadores niegan su fuerza normativa”. Santos Fernández, M. D. “El Acuerdo Marco sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”. *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, 14/2004, p. 51. “El tiempo ha demostrado que este mecanismo utilizado por primera vez como fuente de producción normativa no es suficiente”. Sierra Benítez, E. M. *El contenido de ...*, op. cit., p. 144. “Es claro que, por el momento, el Acuerdo no es eficaz en tanto que no ha sido incorporado al ordenamiento europeo mediante cualquiera de los instrumentos legislativos comunitarios, ni tampoco será objeto de trasposición a la regulación heterónoma nacional, ya que el mecanismo del art. 139 del Tratado utilizado no prevé tal posibilidad”. Hernando de Larramendi, A. “Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo”. *Revista Relaciones Laborales*, 21/2003.

²⁶ “Esta exclusión del teletrabajo transnacional del AMET no fue un descuido de la Comisión a la hora de iniciar el procedimiento de consultas, sino una decisión deliberada. El motivo alegado por la Comisión para no incluir reglas particulares para esta modalidad de teletrabajo en el AMET fue – a su juicio- la falta de necesidad, pues entendió que no existían problemas específicos derivados de esta teleprestación laboral respecto de los que presentan el resto de relaciones laborales internacionales”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea. Competencia internacional y ley aplicable*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 44-45.

²⁷ Como recuerda Miranda Boto “los trabajadores no son los únicos beneficiarios de la libre circulación, sino que los empresarios también se benefician de la libertad fundamental para contratar en el Estado que deseen”. Miranda Boto, J.M. “La búsqueda de empleo transnacional: cuestiones de actualidad”, en Cabeza Pereiro, J., Fernández Prol, F. (Coord.). *Políticas de Empleo*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2013, p. 122.

²⁸ Una interesante reflexión sobre las consecuencias de la globalización en el mercado de trabajo en Rodríguez – Piñero Royo, M. “La movilidad internacional de trabajadores: aspectos generales y distinción de supuestos de movilidad internacional”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132/2017, pp. 18-23.

²⁹ “Las empresas de todo el orbe tienen también ahora la posibilidad de contratar trabajadores ubicados en cualquier rincón del planeta para satisfacer sus necesidades, sin que ello tenga además por qué suponer una merma de la coordinación y la eficacia de sus procesos productivos ni una alternación relevante de su estructura de costes. Antes bien, pudiendo conseguir una reducción, incluso muy significativa, de estos últimos”. Sanguineti Raymond, W. “La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional”. *Revista Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 98/2023. “En este contexto surge la noción de *dumping social*, un fenómeno que nace como consecuencia de la globalización y se refiere a aquellas prácticas

Es, por tanto, el elemento de extranjería el que caracteriza al teletrabajo transfronterizo³⁰, dotándolo de un régimen específico que se centra especialmente en la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo³¹, la determinación de la competencia judicial³² y la ley aplicable en materia de Seguridad Social³³.

A esta última cuestión contribuye, en el ámbito de la Unión Europea, el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual³⁴, cuyo estudio constituye el objeto de este trabajo.

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”. En mayor profundidad sobre la relación entre el teletrabajo transnacional y el riesgo de *dumping social*, Ma Zhou, Z. “La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de *lege ferenda*”. *Revista Temas Laborales*, 165/2022, pp. 189-193.

³⁰ Martín – Pozuelo López, A. “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional”, en Sala Franco, T. (Dir.), *El Teletrabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 101.

³¹ Un detallado estudio al respecto en Carrillo Pozo, L. F. “La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el Reglamento Roma I”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132/2017, pp. 129-162.

³² Un sugerente análisis acerca de la determinación del fuero judicial en De la Iglesia Aza, L. “Digitalización e internacionalización...”, op. cit., pp. 145-152.

³³ “Cuando el teletrabajo se desarrolla en su modalidad alterna en varios Estados miembros, con independencia del resto de clasificaciones en función de otros elementos, es fácil intuir su acomodo dentro de la esfera de los Reglamentos de coordinación. Más problemas presenta, en cambio, el teletrabajo puro. En este segundo caso, el teletrabajador va a prestar servicios, en principio, siempre desde un mismo Estado miembro. A pesar de ello, podría sostenerse que, aun en estos casos, se cumple el requisito de transnacionalidad necesario para la aplicación de estos Reglamentos en tanto que se encuentren involucrados, al menos, los sistemas nacionales de Seguridad Social de dos Estados miembros distintos. Ello tendría lugar en los casos en los que la relación laboral del teletrabajador cuente con algún elemento de extranjería, por ejemplo, si el empleador está situado en un Estado miembro diferente al Estado miembro desde el que se teletrabaja”. Martín – Pozuelo, A. “La vertiente internacional del teletrabajo: el teletrabajo internacional y sus problemas”. En Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dir.), *Las relaciones laborales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 304.

³⁴ Con fecha de entrada en vigor el 1 de julio de 2023 y publicado en el Boletín Oficial del Estado número 185, de 4 de agosto de 2023.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. LA INSUFICIENCIA DEL TÍTULO II DEL REGLAMENTO (CE) n° 883/2004

A falta de una normativa supranacional específica³⁵, la norma esencial para determinar la legislación de Seguridad Social que resulta de aplicación a los supuestos de teletrabajo transfronterizo es el Reglamento (CE) n° 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁶.

Concebido como un conjunto uniforme de normas de conflicto³⁷, el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004³⁸ contempla una serie de normas de coordinación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social a las que pueda verse sometido un trabajador como consecuencia del ejercicio del derecho a la libre circulación³⁹. No obstante, como se expondrá, estas disposiciones no resultan del todo adaptadas a una realidad laboral creciente en la que, a través de tecnologías de la información y la comunicación, el trabajo se desarrolla, de manera habitual, desde un Estado miembro distinto de aquel en el que se encuentra la empresa⁴⁰. A esta

³⁵ “Una flagrante carencia normativa” a juicio de Lousada Arochena, J.F., Pazos Pérez, A., Ron Latas, R. P. *Trabajo a distancia y teletrabajo...*, op. cit., p. 333.

³⁶ Así como el Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Sobre su virtual aplicación a supuestos de teletrabajo transfronterizo, Martín – Pozuelo sostiene que “con el avance de las NTIC, el teletrabajo posibilita una “movilidad virtual” antes impensable, que puede generar también conflictos de leyes que necesitan de respuestas coordinadas a escala supranacional”, pese a la ausencia de referencia alguna al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación, “esta falta de regulación específica hace necesario acudir a las reglas previstas actualmente para intentar encuadrar de la mejor manera posible, los casos de teletrabajo que puedan incluirse dentro del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de coordinación”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea...*, op. cit, p. 117.

³⁷ En palabras del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, su finalidad no es otra que la “creación de un sistema completo y uniforme de normas de conflicto de leyes, cuyo objetivo es someter a los trabajadores que se desplazan dentro de las Comunidad al régimen de Seguridad Social de un único Estado miembro para evitar la acumulación de legislaciones nacionales aplicables y las complicaciones que de ello pueden derivarse”. Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de marzo de 1994, *Van Poucke*, asunto C- 71/93, (ECLI:EU:C:1994:120).

³⁸ Artículos 11 a 16.

³⁹ Como señala Miranda Boto “se proyectó la elaboración de normas que regulasen referencias y conflictos, con el fin de garantizar la continuidad en la aplicación sucesiva de los diferentes regímenes, sin modificarlos directamente”. Miranda Boto, J. M. *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*. Thomson Reuters Aranzadi. Navarra, 2009, p. 261.

⁴⁰ “Ello obliga a idear soluciones al margen del Derecho Social “de la movilidad” al uso, sustentadas, en cambio, en las tradicionales normas de conflicto identificativas de competencia judicial y ley aplicable”. Fernández Prol, F. “Teletrabajo Internacional: transnacional y móvil...”, op. cit., p. 111.

dificultad para la identificación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, por la señalada ausencia de referencia al teletrabajo en los Reglamentos de coordinación⁴¹, se suma la controversia de determinar si el contenido, en sentido amplio, del trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo transfronterizo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador⁴², desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa o empleador, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, etc⁴³.

La finalidad de las disposiciones del Título II del Reglamento es la de que los trabajadores en situaciones de transnacionalidad estén sujetos al régimen

⁴¹ “No existen normas de conflicto específicas en su marco para el teletrabajo o el trabajo virtual, donde la aplicación de la norma general *lex loci laboris* plantea muchas dudas”. Carrascosa Bermejo, D., Contreras Hernández, O. *Desplazamiento intracomunitario de trabajadores desde y hacia España. Hechos y cifras*. Lovaina, 2022. Proyecto POSTING.STAT VS/2020/0499, p. 20.

⁴² Un concepto que el Reglamento (CE) n° 883/2004 define vagamente como “el lugar en que una persona reside habitualmente”, que el Tribunal de Justicia se ha encargado de delimitar y cuyos criterios han sido incorporados al artículo 11 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación: “en el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 987/2009 se establece que, en caso de discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros en cuanto a la determinación de la residencia de una persona, las instituciones en cuestión deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado, evaluando para ello toda la información disponible. A continuación, el propio artículo enumera una serie de elementos que las instituciones deberán tener en cuenta a la hora de determinar el Estado donde se encuentra el centro de interés de una persona. Tales elementos abarcan desde la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados así como circunstancias personales del interesado como la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hubiera y, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración del contrato de trabajo, su situación familiar, el ejercicio de otras actividades no remuneradas, en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, el alojamiento, en particular su grado de permanencia, o el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal”. Pazó Argibay, J. M. *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea. Especial atención a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*. Ediciones Cinca, Madrid, 2021, p. 140.

⁴³ En este sentido, Tatay Puchades sostiene que “la especial naturaleza del trabajo efectuado en muchas actividades de trabajo a distancia y plataformas, debido a su carácter virtual, son difíciles de asignar al territorio de un país determinado y, por lo tanto, no encajan muy bien con el enfoque actual de la *lex loci laboris*”. Tatay Puchades, C. “El teletrabajo y el desplazamiento de trabajadores a través de plataformas digitales”. *E-Revista Internacional de la Protección Social*, 2022, Número extraordinario, p. 159. Sobre este particular, Fotinopoulou Basurko rechaza “las propuestas dirigidas a sostener la creación de un locus virtual de ejecución de servicios, por cuanto que ello nos llevaría a emplear como locus virtual, ya sea, por ejemplo, la IP del ordenador, la localización de la *website* o el de la plataforma digital; lo que en términos generales originaría la aplicación del ordenamiento jurídico designado por el domicilio y/o residencia del trabajador o, en su caso, con algún otro lugar elegido por la empresa, pero en todo caso localizaciones no necesariamente vinculadas con la relación laboral. En esencia, entiendo que la ubicación geográfica del ordenador desde el que se realizan las funciones pierde todo su significado en este contexto, ante la inexistencia de una relación de proximidad entre el lugar de realización del trabajo y los resultados de la actividad desarrollada”. Fotinopoulou Basurko, O. “El trabajo transnacional. Retos

de Seguridad Social de un único Estado miembro, evitando la acumulación de legislaciones nacionales aplicables, y sus consiguientes complicaciones⁴⁴. Así lo dispone el artículo 11 al establecer que las personas a las cuales resulte de aplicación el Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro⁴⁵. De esta manera, se evitan situaciones de doble cotización⁴⁶ –conflicto positivo⁴⁷- o, lo que sería peor, de ausencia de cotización –conflicto negativo- en ningún Estado⁴⁸. Consecuencia de esto, cuando el Derecho de un Estado miembro sea aplicable, se excluye la aplicación de la legislación de otro Estado miembro⁴⁹.

Ahora bien, como se analizará a continuación, la aplicación de la regla general del Reglamento (CE) n° 883/2004, o la de algunas de sus excepciones, dependerá de si el teletrabajo transfronterizo cuya legislación de Seguridad Social se pretende determinar se realiza permanentemente en el territorio de un único Estado miembro o si, por el contrario, se produce en dos o más Estados miembros⁵⁰.

Con carácter general, dicha norma única de aplicación será la del lugar de trabajo (*lex loci laboris*)⁵¹. Así lo dispone el propio artículo 11.3⁵², al establecer

presentes y futuros de la ejecución de servicios extraterritoriales”. *Revista Labos*, Vol. 4, 1/2023, p. 40.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 1986, *Luijten*, asunto 60/85, (ECLI:EU:C:1986:307).

⁴⁵ “La unicidad de ley aplicable es un principio propio de la coordinación comunitaria, pues unido al carácter imperativo de la norma de conflicto supone la aplicación, a título exclusivo, de la legislación nacional designada”. Carrascosa Bermejo, D. *La coordinación Comunitaria de la Seguridad Social...*, op. cit., p.122.

⁴⁶ “El principio de unicidad se convierte en la principal garantía que posee el trabajador migrante contra la doble cotización, pues su aplicación impide el desarrollo simultáneo de dos relaciones jurídicas de afiliación obligatorias”. Carrascosa Bermejo, D. *Ibid.*, p.122.

⁴⁷ Si estas situaciones de doble cotización “no llevan amparada una doble protección”. Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social”. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132/2017, p. 254.

⁴⁸ “Ni lacune ni cumul”. Servais, J.M. *Droit Social de L’Union Européenne*. Éditions Bruylant. Bruselas, 2008, p. 280.

⁴⁹ Cit. asunto 60/85, (ECLI:EU:C:1986:307).

⁵⁰ “Así pues, en la determinación de la ley aplicable de Seguridad Social tiene especial incidencia el tipo de teletrabajo internacional que diferencia entre el teletrabajo internacional permanente o puro, del temporal o híbrido”. Pérez Campos, I. *El teletrabajo internacional...*, op. cit., p. 147.

⁵¹ “Se trata de una conexión idónea, pues allí es donde se generan los beneficios de la actividad profesional por la que se cotizará, y además evita el dumping social propiciando la igualdad de las cotizaciones entre trabajadores nacionales y foráneos”. Carrascosa Bermejo, D. “Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social”. En Casas Baamonde, M.E., Gil Alburquerque, R. (Dirs.), *Derecho Social e la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*. Ed. Francis Lefebvre. Madrid, 2018, p. 531.

⁵² Con las excepciones de lo dispuesto en los artículos 12 a 16 del propio Reglamento (CE) n° 883/2004.

la sujeción de una persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o propia en un Estado miembro a la legislación de dicho Estado miembro⁵³; la del personal funcionario a la legislación del Estado miembro del que dependa la administración que le ocupa⁵⁴; la de la persona que reciba una prestación de desempleo, en virtud de la legislación del Estado miembro de residencia, a la legislación de dicho Estado miembro⁵⁵; o la de las personas llamadas o vueltas a llamar al servicio militar o al servicio civil de un Estado miembro, a la legislación de ese Estado miembro⁵⁶. Como cláusula de cierre, el artículo 11.3 somete a la legislación del Estado miembro de residencia a aquellas personas no incluidas en los supuestos que acaban de señalarse⁵⁷.

Por su parte, los apartados 4 y 5 del artículo 11 vinculan a la legislación del Estado miembro del pabellón la actividad, por cuenta ajena o propia, ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar⁵⁸; y a la legislación del Estado donde se encuentre la base para los miembros de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías⁵⁹.

En consecuencia, en aplicación del artículo 11.3 al objeto del estudio que nos ocupa, si entendemos que el teletrabajo se realiza de manera permanente en un

⁵³ “Ese centro de atracción generado por la actividad es el imán más poderoso para atraer al trabajador hacia una legislación”. Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 253.

⁵⁴ “Siempre que se mantengan en activo, y sin que sean posibles efectos retroactivos aplicados a actividades anteriores en otro Estado miembro”. En detalle, *Ibid.*, p. 256.

⁵⁵ Al respecto, Pazó Argibay, J. M. *La protección por desempleo en el Derecho de la Unión Europea...*, op. cit.

⁵⁶ Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 257.

⁵⁷ “El Derecho de la Unión, por consiguiente, ha recurrido como punto de conexión principal a la *lex loci laboris*, debido a que desde una perspectiva contributiva la actividad es un criterio natural, frente a la residencia, que actúa en un segundo plano, a modo de causa y/o consecuencia”. Rodríguez Cardo, I. A. “Problemas de aplicación de la Seguridad Social en el espacio: el conflicto de leyes en el Reglamento 883/2004”. En Sánchez – Rodas Navarro, C. (Dir.), *Los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea*, Ediciones Laborum, Murcia, 2021, p. 45.

⁵⁸ No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. Artículo 11.4 Reglamento (CE) n° 883/2004.

⁵⁹ “Por base se entiende el lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente éste comienza y termina uno o varios periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante. [...] La legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de “base” no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicables debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales”. López Terrada, E. “Las fuentes reguladoras de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social en las relaciones

Estado miembro⁶⁰, algo habitual en esta modalidad, se impondría la aplicación de la legislación de dicho Estado⁶¹.

Pese a la aparente claridad del precepto, pensada para los tradicionales supuestos de coincidencia de trabajador y empresa en un mismo lugar, identificando la ley del lugar de trabajo como la aplicable en materia de Seguridad Social, el debate surge respecto a la adecuación de este criterio en los supuestos de teletrabajo transfronterizo⁶². La respuesta podría ser afirmativa si entendemos que, pese a hacerse a través de medios TIC, si la ubicación o el domicilio de la empresa o del empleador se encuentra en otro Estado miembro la ley aplicable sería la de este último Estado⁶³. Sin embargo, la realidad fáctica de la prestación laboral, es decir,

laborales internacionales”. En Sala Franco, T., López Terrada, E. (Dirs.), *Las relaciones laborales internacionales, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2022, p. 265.

⁶⁰ Aunque en el marco de un trabajador por cuenta propia administrador de una sociedad, el Tribunal de Justicia determinó que “el concepto de «lugar de ejercicio» de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad”, una interpretación asumida ampliamente por la doctrina. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de septiembre de 2012, *Partena*, asunto C-137/11, (ECLI:EU:C:2012:593). “En atención a la jurisprudencia europea, este lugar de ejercicio coincide con el lugar concreto en el que la persona realiza los actos relacionados con su actividad”. Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social: desafíos para el año 2022”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2/2022, Vol. 10, p. 165.

⁶¹ Como recuerda Martín – Pozuelo “En el caso de teletrabajo transnacional, lo más habitual es que el teletrabajador desarrolle la totalidad o una parte importante de su trabajo en el lugar donde se encuentre situada su residencia. Por ello, en la mayoría de los casos, la ley aplicable será la del Estado miembro de residencia”. Martín – Pozuelo López, A. “El teletrabajo y el Derecho Internacional Privado: el régimen particular del teletrabajo transnacional” En Sala Franco, T. (Dir), *El Teletrabajo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 133.

⁶² “Todas estas normas están concebidas para la movilidad física del trabajador por lo que casan mal con el teletrabajo online transfronterizo”. Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico y en el caso específico de nomadismo digital”. *Revista Labos*, 1/2023, Vol. 4, p. 61.

⁶³ Interpretación combatida y defendida a partes iguales. “Tampoco somos partidarios de realizar una interpretación flexible del concepto de lugar de trabajo atendiendo a la forma en que se desarrolla el teletrabajo transnacional, en el sentido de incluir al teletrabajador en el sistema de Seguridad Social del país de la Unión Europea donde esté radicada la empresa que recibe el fruto del trabajo, al entender que al realizarse la prestación virtualmente “es como si efectivamente presta servicios en dicho país” y no en aquel en el que el teletrabajador tiene su residencia. [...] Entendemos que esta interpretación flexible nos llevaría a la paradoja de que trabajadores que prestan servicios en un mismo país estén sometidos a legislaciones y regímenes protectores diferentes”. Sierra Benítez, E. M. “La protección social de los trabajadores ante el desafío del nuevo trabajo a distancia, del trabajo digital y de la robótica”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 11/2017, pp. 147-148. Por su parte, Carrascosa Bermejo señala que “a mi modo de ver, la mejor solución sería la aplicación de la ley donde su ubica la sede de la empleadora, entendida como una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual o, si se prefiere, una conexión ad hoc que la identifique como lugar ficticio de teletrabajo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación de Seguridad Social aplicable: estado de la cuestión y perspectivas en los Reglamentos de coordinación de la UE”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2/2022, Vol. 10, p. 243.

la realización de la actividad laboral en el Estado donde se encuentra el trabajador, desde donde se conecta por medios TIC, y desde donde físicamente se encuentra durante el desarrollo de la actividad laboral, chocaría fuertemente con la hipotética ficción jurídica de someter estas situaciones a la legislación del Estado miembro donde se ubica la empresa⁶⁴.

No resulta aplicable al teletrabajo transfronterizo lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento⁶⁵, destinado a determinar la ley de Seguridad Social aplicable a las personas que, ejerciendo normalmente su actividad en un Estado miembro, son enviadas por su empleador para realizar un trabajo en otro Estado miembro, conservando su vinculación a la legislación del primer Estado, siempre y cuando la duración de dicho trabajo no exceda de veinticuatro meses y de que dicha persona no sea enviada en sustitución de otra persona enviada⁶⁶. Es obvio que, en la situación descrita, el trabajador se desplaza temporalmente para realizar presencialmente su actividad laboral a un segundo Estado miembro, lo que no sucede en los supuestos de teletrabajo transfronterizo objeto de estudio⁶⁷. Por otro lado, el necesario límite temporal que establece este artículo apartaría esta situación de la necesaria habitualidad del teletrabajo aquí analizado⁶⁸.

Una segunda posibilidad aplicativa se encontraría en el artículo 13 del Reglamento, dedicado a la determinación de la ley de Seguridad Social aplicable

⁶⁴ “Conforme al sentido propio de los términos utilizados, el concepto “lugar de ejercicio” de una actividad designa el lugar concreto en el que la persona de que se trata realiza los actos relacionados con esa actividad. Por tanto, en el caso de un teletrabajador ello nos conduce al lugar físico en el que el trabajador efectúa su trabajo”. Tatay Puchades, C. “El teletrabajo y el desplazamiento ...”, op. cit., p. 158. “En el trabajo transnacional de nuevo surge la duda de si la referencia para determinar en qué Estado se ejerce la actividad profesional es el lugar de residencia o donde radica el establecimiento para el que trabaja. Hay argumentos fundados para decantarse por la primera de las opciones, pero no se puede ocultar que alguna discusión se podría producir”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades del teletrabajo transnacional”. *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, Volumen XIV, 2022, p. 105.

⁶⁵ Postura por la que mayoritariamente se ha decantado la doctrina científica al excluir “los supuestos de teletrabajo del ámbito del artículo 12 del Reglamento de base por no tratarse de verdaderos desplazamientos de trabajadores a estos efectos”. Por todos, Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional de la Unión Europea...*, op. cit., p.143.

⁶⁶ En profundidad sobre la ley aplicable en materia de Seguridad Social a los trabajadores desplazados temporalmente en la Unión Europea, Gárate Castro, J. *Los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2012, pp. 57 y ss.; Gutiérrez – Solar Calvo, B. *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2000. (pp. 31 y ss.); Contreras Hernández, O. *Desplazamiento de trabajadores en la Unión Europea: estado actual y nuevos horizontes*. Editorial Bomarzo. Albacete, 2020, pp. 43 y ss.

⁶⁷ Interpretación en consonancia con lo establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 18 de septiembre de 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, (ECLI:EU:C:2014:2235).

⁶⁸ “Con cierta frecuencia se tiende a confundir el teletrabajo internacional con el desplazamiento transnacional de trabajadores [...] son dos realidades distintas que en la práctica

en los supuestos de actividades realizadas en dos o más Estados miembros⁶⁹. Exige para ello el Reglamento que esta actividad en dos o más Estados miembros se desarrolle “normalmente”, dejando al margen este tipo de prestaciones laborales de carácter puntual o esporádicas. Además, al caso que nos ocupa, esta posibilidad solo sería válida, y con ciertos matices, en aquellos supuestos de teletrabajo transfronterizo híbrido o alterno⁷⁰, es decir, aquel cuya prestación se hace, unos días por medio de teletrabajo desde un Estado miembro, y otros días presencialmente en el Estado donde se encuentra ubicada la empresa⁷¹. Solo así podríamos estar hablando propiamente de una prestación de la actividad laboral en dos Estados miembros⁷².

En estos supuestos, el artículo 13.1 dispone la aplicación de la legislación del Estado miembro de residencia, si se realiza una parte sustancial de la actividad en dicho Estado miembro. De no ser así, la sujeción se hará a la legislación del Estado miembro en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador⁷³. Es, por tanto, lo que el Reglamento (CE) nº 883/2004 denomina “parte sustancial” de la actividad, el elemento central o centro de gravedad que determina el sometimiento

pueden convivir, en la medida en que ninguna tiene un tratamiento legal claro y definido”. Pérez Campos, A. I. *El teletrabajo internacional...*, op. cit., p. 58.

⁶⁹ Situación que alcanza, tal y como establece el artículo 14.5 del Reglamento (CE) 987/2009, de aplicación, a “la persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros”.

⁷⁰ Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social...” op. cit., p. 178.

⁷¹ Aunque, como señala Cruz Villalón, el teletrabajo transnacional “tiende a ser a tiempo completo por sus propias características, al realizarse de principio a una importante distancia física del establecimiento para el que presta servicios”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades ...”, op. cit., p. 97.

⁷² Situación que el artículo 14.5 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, define como “persona que ejerza, de manera simultánea o alterna, para la misma empresa o empleador o para varias empresas o empleadores, una o varias actividades diferentes, en dos o más Estados miembros”.

⁷³ En los supuestos en los que la persona trabajadora solo esté contratada por una empresa. Por el contrario, si la persona trabajadora está contratada por dos o más empresas, la legislación aplicable será, tal y como establece el artículo 13.1, ii), iii) y iv): a la legislación del Estado miembro en el que tengan sus sedes o domicilios las empresas o los empleadores cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan sus sedes o domicilios en un solo Estado miembro; o a la legislación del Estado miembro, distinto del Estado miembro de residencia, en el que tenga su sede o domicilio la empresa o el empleador, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores que tengan su sedes o domicilios en dos Estados miembros, siendo uno de ellos el Estado miembro de residencia; o a la legislación del Estado miembro de residencia, cuando la persona esté contratada por dos o más empresas o empleadores, y al menos dos de ellos tengan su sede o domicilio en Estados miembros diferentes distintos del Estado miembro de residencia.

a una legislación u otra⁷⁴. Para una mejor concreción de este elemento, debe acudirse al Reglamento (CE) n° 987/2009⁷⁵, de aplicación, en cuyo artículo 14.8 define lo que debe entenderse como parte sustancial de la actividad como una parte cuantitativamente importante del conjunto de la actividad, por cuenta propia o ajena, sin que se trate necesariamente de la mayor parte de esas actividades.

Seguidamente, el propio artículo 14.8 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación, ofrece una serie de elementos de juicio a efectos de determinar la parte sustancial de una actividad, bien por cuenta ajena, bien por cuenta propia. Así, en el caso de las actividades asalariadas, serán elementos a valorar el tiempo de trabajo o la remuneración y, en el caso de actividades por cuenta propia, lo serán el volumen de negocios, el tiempo dedicado a esas actividades, el número de servicios prestados o los ingresos. En uno y otro supuesto, tal y como establece el Reglamento de aplicación, el hecho de alcanzar un porcentaje del 25 % en una valoración global de los criterios señalados, será un indicador de que una parte sustancial de las actividades se ejerce en el Estado miembro de que se trate.

Por tanto, y hasta este punto de análisis, en la hipótesis planteada de un teletrabajador transfronterizo bajo un modelo de teletrabajo híbrido, la legislación aplicable sería la del Estado miembro desde donde presta servicios en régimen de teletrabajo si se acredita el desarrollo en dicho Estado de una parte sustancial de la actividad, con el umbral del señalado 25%, tomando como referencia para la determinación de dicho porcentaje la situación prevista para los 12 meses civiles siguientes⁷⁶. En caso contrario, la legislación aplicable sería la del Estado miembro donde tenga su sede o domicilio la empresa que le ocupa.

Como se abordará a continuación, sobre esta vía del artículo 13.1 actúa el Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual, cuya entrada en vigor el pasado 1 de julio de 2023 eleva el umbral del 25% a efectos de determinar la parte sustancial de la actividad, en un intento por clarificar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a este concreto colectivo y, de manera especial, para evitar que el cambio de legislación aplicable en materia de Seguridad Social pueda incitar a prácticas de *dumping social*.

Contempla también el Reglamento (CE) n° 883/2004, en su artículo 13.2, disposiciones particulares para los trabajadores por cuenta propia que realicen su actividad en dos o más Estados miembros, sometiéndola a la legislación del Estado miembro de residencia, si se ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado miembro, o a la legislación del Estado miembro en el

⁷⁴ Maneiro Vázquez, Y. “Las normas conflictuales...”, op. cit., p. 272.

⁷⁵ Reglamento (CE) n° 987/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n° 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social.

⁷⁶ Artículo 14.10 del Reglamento (CE) n° 987/2009, de aplicación.

que se encuentra el “centro de interés” de sus actividades, si no reside en uno de los Estados miembros en los que ejerce una parte sustancial de su actividad. A efectos de determinar donde se encuentra el “centro de interés” de las actividades de un trabajador por cuenta propia se atenderá a todos los aspectos de sus actividades profesionales y, en particular, el lugar donde se encuentre la sede fija y permanente de las actividades del interesado, el carácter habitual o la duración de las actividades que ejerza, el número de servicios prestados e, incluso, la voluntad del propio interesado⁷⁷.

Cabe señalar también que la persona que ejerza normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros estará sujeta a la legislación del Estado miembro en el que ejerza la actividad por cuenta ajena o, si ejerce dicha actividad por cuenta ajena en dos o más Estados miembros, la legislación aplicable será la del Estado miembro donde ejerza la parte sustancial de su actividad⁷⁸.

En todo caso, una vez aplicadas las reglas expuestas y determinada la legislación aplicable, las personas que ejerzan su actividad en dos o más Estados miembros serán tratadas como si ejercieran la totalidad de sus actividades, por cuenta ajena o propia, y percibieran la totalidad de sus ingresos en el Estado miembro de que se trate⁷⁹.

Visto cuanto precede, la validez de los criterios del artículo 13 del Reglamento (CE) nº 883/2004 para la determinación de la legislación aplicable a situaciones de teletrabajo transfronterizo habitual es realmente limitada, en cuanto que la propia regulación reduce tal posibilidad a situaciones de teletrabajo híbrido, algo ciertamente residual en situaciones de transnacionalidad, y siempre y cuando pueda acreditarse un 25% de sustancialidad de la actividad en un determinado Estado miembro.

Además, como se ha señalado, existe la dificultad añadida que implica determinar si el trabajo desarrollado en régimen de teletrabajo debe considerarse realizado en el Estado de residencia del trabajador, desde donde este se conecta y desde donde utiliza los medios TIC para su desarrollo, o desde aquel otro Estado donde se ubica la empresa, desde donde se dan las indicaciones oportunas para la realización del trabajo, desde donde se organiza y se hace la recepción del mismo, en definitiva, desde donde el empresario ejerce su labor de supervisión y control⁸⁰.

⁷⁷ Artículo 14.9 del Reglamento (CE) nº 987/2009.

⁷⁸ Artículo 13.3 del Reglamento (CE) nº 883/2004.

⁷⁹ Artículo 13.5. *Ibid.*

⁸⁰ Lugar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14.5 *bis* del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, se correspondería con aquel en el que se adopten las decisiones fundamentales de la empresa y en el que se ejerzan las funciones de su administración central. Una definición, ciertamente, muy general y para cuya determinación, como señala Martín – Pozuelo, ha de

La aparente solución a esta situación ha venido de la mano del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, donde se contempla la posibilidad para los Estados miembros de adoptar, de común acuerdo, excepciones a las reglas analizadas, general y específicas, para la determinación de la legislación aplicable⁸¹.

Así, su apartado 1 habilita la posibilidad de que dos o más Estados miembros puedan prever, de común acuerdo, excepciones a las reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social expuestas en líneas superiores⁸². No se requiere, por tanto, un acuerdo de todos los Estados miembros, bastando únicamente dos para su celebración. No obstante, precisa el artículo 16.1 que este acuerdo alterador de los criterios para la determinación de la legislación aplicable ha de hacerse “en beneficio de determinadas personas o categorías de personas”, nunca de manera general⁸³, condición que se amolda a la perfección a la concreta categoría de personas que ejercen su actividad laboral en un régimen de teletrabajo transfronterizo habitual.

Esta ha sido la vía, ciertamente controvertida⁸⁴, por la que han optado los Estados miembros firmantes del Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado

recurrirse a otros elementos de juicio, facilitados por la Comisión Administrativa (CACSS), como “el lugar en el que se encuentra el domicilio social y la administración de la empresa; la cantidad de personal administrativo de las oficinas en cuestión; el tiempo que lleva establecida la empresa en el Estado miembro; el lugar señalado con arreglo a la normativa de la UE como responsable de la administración y el mantenimiento de los registros en relación con los requisitos reglamentarios del sector concreto en el que opera la empresa; el lugar donde se realiza la selección y contratación de los empleados; el lugar en el que se celebran la mayoría de los contratos con los clientes; la oficina que determina la política y los aspectos operativos de la empresa; y el lugar donde se ubican las principales funciones financieras, incluidas las bancarias”. Martín – Pozuelo López, A. “La prestación de servicios en varios Estados miembros en los Reglamentos comunitarios de coordinación: la gran olvidada lucha con el dumping social ¿hasta ahora?”. *Revista Labos*, Volumen 2, 3/2021, p. 106.

⁸¹ Y a las de los artículos 14 y 15 del Reglamento (CE) nº 883/2004, relativas a situaciones de “Seguro voluntario o seguro facultativo continuado” y “Agentes contractuales de las Comunidades Europeas” que, por razones de escasa adecuación a situaciones de teletrabajo transfronterizo habitual, no se han abordado en este trabajo.

⁸² Una vía de escape o “regla de cierre” que se justifica en la “elevada rigidez que presenta el sistema de normas de conflicto previsto en el Título II, sistema cuya aplicación sin matizaciones, en determinados casos singulares, podría perjudicar a los migrantes que trata de proteger”. Martín – Pozuelo López, A. “La coordinación comunitaria de Seguridad Social...”, op. cit., p. 166.

⁸³ Como muestra de su excepcionalidad, el artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, que regula el procedimiento de aplicación del artículo 16 del Reglamento de base, se refiere a una “solicitud de excepciones” a los artículos 11 a 15 del Reglamento (CE) nº 883/2004.

⁸⁴ “Aunque estos acuerdos puedan solucionar situaciones generadas por problemas adaptativos de las reglas del Título II, no sería conveniente el recurso a ellos como solución principal para una situación particular como podría ser el teletrabajo”. Martín – Pozuelo López, A. *El teletrabajo transnacional en la Unión Europea...*, op. cit., p. 118. En una posición, aparentemente, más crítica, Desdentado Bonete sostiene que “Lo que sorprende de esta norma es la libertad que se concede a los acuerdos entre los Estados o instituciones implicadas, que puede determinar una

1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual, que se analiza a continuación.

4. EL ACUERDO MARCO RELATIVO A LA APLICACIÓN DEL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 16 DEL REGLAMENTO (CE) N° 883/2004 EN LOS CASOS DE TELETRABAJO TRANSFRONTERIZO HABITUAL

El 1 de julio de 2023 tuvo su entrada en vigor el Acuerdo Marco relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n° 883/2004, en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual⁸⁵. Suscrito hasta el momento por 19 Estados miembros⁸⁶, el Acuerdo goza de una fuerza vinculante de la que carecía su fallido antecedente del año 2002.

Como se desprende de su propio memorando explicativo, el Acuerdo Marco es fruto de la reflexión acerca de cómo las normas de conflicto de los Reglamentos de coordinación deben aplicarse a esta particular modalidad de prestación laboral, y si el resultado de la aplicación de dichas normas es oportuno y acorde con la libertad de circulación y el mercado interior. Lo hace, además, poniendo de manifiesto la necesaria conjunción en el mismo de los intereses de los trabajadores, los empleadores y las instituciones de Seguridad Social para enfrentar la realidad del teletrabajo mientras no se produzca una adaptación al respecto de los Reglamentos de coordinación.

Llamando la atención acerca de la flexibilización y digitalización del mercado de trabajo, así como del incremento del teletrabajo transfronterizo, el propio Acuerdo pone de manifiesto en sus antecedentes la falta de adecuación de las actuales reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social al teletrabajo transfronterizo habitual, razón última que justifica su adopción⁸⁷.

auténtica derogación de la regla general *ius loci laboris*. Por ello, se han señalado los riesgos de que algunas prácticas acogidas a esta autorización puedan suponer una quiebra del principio de igualdad de trato para los trabajadores migrantes y una vía para el *dumping social*". Desdentado Bonete, A. "Trabajadores desplazados y trabajadores fronterizos en la Seguridad Social europea: del Reglamento 1408/1971 al Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 64/2006, p. 27.

⁸⁵ Publicado en España en el Boletín Oficial del Estado número 185, de 4 de agosto. Se celebra por un período de 5 años y se prorrogará automáticamente por nuevos periodos de 5 años.

⁸⁶ A fecha 21/09/2023.

⁸⁷ "Habida cuenta de que el Reglamento (CE) n.º 883/2004 se adoptó en un momento en que el teletrabajo no era tan habitual". Antecedente 2 del Acuerdo Marco.

El propio Acuerdo viene concluir la secuencia Comunicaciones y Notas Orientativas⁸⁸ que, al respecto, de manera urgente y condicionadas a la evolución de la pandemia, emitió la Comisión Administrativa a raíz de la crisis sanitaria de la Covid-19⁸⁹; necesarias por las consabidas restricciones a la libre circulación que, justificadas por razones de seguridad, obligaron a la realización del trabajo desde los propios domicilios de los trabajadores, muchos de ellos en el territorio de otro Estado miembro⁹⁰.

En un doble encuadramiento, conceptual y aplicativo, el Acuerdo define en su artículo 1 el concepto de teletrabajo transfronterizo, dedicando a continuación el artículo 2 a su ámbito de aplicación.

Así, el teletrabajo transfronterizo objeto de regulación es toda actividad que pueda ejercerse desde cualquier lugar, incluso en los locales o en el domicilio del empleador, y que, por un lado, se lleva a cabo en uno o varios Estados miembros distintos de aquel en el que están situados los locales o el domicilio del empresario y, además, se basa en las tecnologías de la información para permanecer conectado con el entorno de trabajo del empleador o de la empresa, así como con los interesados/clientes, a fin de cumplir las tareas que el empleador o los clientes⁹¹ le asignen.

⁸⁸ Aunque “adolecen de carácter jurídico vinculante y ni siquiera se publican en el Diario Oficial de la UE [...] Son muy relevantes porque surgen del consenso mayoritario entre las Administraciones involucradas, existiendo un compromiso político de cumplimiento”. Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico ...”, op. cit., p. 63.

⁸⁹ Con el objetivo claro de “impedir que el teletrabajo pandémico transnacional supusiera un cambio de la legislación nacional de Seguridad Social, hasta ese momento aplicable”. Como recuerda Carrascosa Bermejo, en sus directrices de 30 de marzo de 2020 la Comisión ofrecía las siguientes prácticas flexibilizadoras, manteniendo el consenso sobre las mismas hasta el mes de mayo de 2022: “a) un trabajador fronterizo que debido a la pandemia se mantenía teletrabajando desde el Estado de residencia, debía mantener su aseguramiento en el Estado miembro de empleo, porque ese teletrabajo desde casa debía considerarse temporal y no se aplicaría la norma multi-Estado. De manera que mantenía su derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social que le pudieran corresponder del Estado miembro de empleo o aseguramiento; b) en el caso de un trabajador al que ya se le aplicaba, antes de la pandemia, las normas multi-Estado del art. 13 del Reglamento de base y que debido al teletrabajo pandémico comienza a realizar en el Estado de residencia una actividad que supera el umbral del 25%, la Comisión se consideró que se mantendría asegurado en el Estado de empleo. En efecto, todavía no suponía un incremento suficiente de actividad sustancial o representativa en un período de 12 meses, tal y como establece el Reglamento de desarrollo en su art. 14.8, sino un mero incremento temporal, de unas pocas semanas que no podía considerarse sustancial según la norma multi-Estado; c) en casos diferentes a los mencionados, la Comisión indicaba la posibilidad de firmar un acuerdo del art. 16 del Reglamento de base para evitar el cambio normativo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación...”, op. cit., pp. 239-240.

⁹⁰ Un ágil y completo recorrido por el contenido de dichas notas orientativas en Carrascosa Bermejo, D. “Seguridad Social en el teletrabajo internacional post pandémico ...”, op. cit., pp. 72 y ss.

⁹¹ En el caso de los trabajadores por cuenta propia.

A priori, la definición de teletrabajo ofrecida por el Acuerdo no presenta especial novedad respecto de otras de origen doctrinal o convencional tratadas al comienzo de este trabajo. Llama, no obstante, la atención que, pese a que el propio título del Acuerdo se refiere expresamente a la “habitual(idad)” del teletrabajo transfronterizo objeto de regulación, esta condición no se menciona en la definición que del mismo ofrece el artículo 1.

Sí parece poner más énfasis la definición en resaltar la subordinación a la empresa⁹², destacando la conexión permanente con el entorno de trabajo del empleador a fin de cumplir con las tareas que le sean asignadas. Denota en este aspecto la definición cierta preferencia de los Estados firmantes por vincular el desarrollo del teletrabajo al Estado donde se ubica la empresa.

A la delimitación de su ámbito de aplicación dedica el Acuerdo Marco su artículo 2. Lo hace en un doble sentido, positivo y negativo, delimitando expresamente qué supuestos de teletrabajo transfronterizo estarían incluidos en su ámbito subjetivo, para recoger a continuación aquellos otros supuestos que quedarían, a priori, excluidos.

Para comenzar, la regla de excepción que contiene el Acuerdo Marco resultará de aplicación en supuestos de teletrabajo transfronterizo siempre que los Estados intervinientes, tanto el Estado de residencia como el Estado donde se encuentre la sede o domicilio de la empresa, sean signatarios del Acuerdo. Cumplido esto, desplegará sus efectos sobre las personas a las que sería aplicable la legislación del Estado de residencia como consecuencia del teletrabajo transfronterizo habitual, en aplicación del artículo 13.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004⁹³, y que estén empleadas por una o más empresas que tengan su sede o domicilio en un único Estado signatario distinto.

Seguidamente, el artículo 2 del Acuerdo Marco excluye expresa y ampliamente de su ámbito de aplicación a aquellas personas que ejerzan habitualmente una actividad distinta del teletrabajo transfronterizo en el Estado de residencia, a quienes ejerzan habitualmente una actividad en un tercer Estado y a quienes trabajen por cuenta propia⁹⁴. No obstante, el artículo 6 del Acuerdo prevé excepciones a estas exclusiones, en una especie de espiral sin fin, al dejar abierta, nuevamente, la posibilidad de recurrir al artículo 16.1 del Reglamento (CE) nº 883/2004 para celebrar acuerdos individuales, en situaciones no previstas por el propio Acuerdo,

⁹² O con los clientes.

⁹³ En concordancia con los apartados 8 y 10 del artículo 14 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación.

⁹⁴ Una enumeración que, en opinión de Cruz Villalón, “nos lleva a deducir que se aplicará excepcionalmente, a la vista de la cantidad de supuestos que se excluyen”. Si a esto añadimos el hecho de que el teletrabajo transnacional se realiza mayoritariamente a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador “serán marginales los supuestos en los que cabrá aplicar la regla del Acuerdo marco de referencia”. Cruz Villalón, J. “Las especialidades del ...”, op. cit., p. 106.

en las que podría tenerse en cuenta de forma individual la situación especial del teletrabajo transfronterizo habitual.

Cumplidos estos requisitos de encuadramiento, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total. Por tanto, el Acuerdo Marco de teletrabajo transfronterizo habitual amplía considerablemente el porcentaje de “sustancialidad” exigido a la actividad en el Estado de residencia para que dicha legislación sea la aplicable.

De esta manera, los Estados signatarios del Acuerdo muestran una clara preferencia por la aplicación de la legislación del Estado donde se ubica la sede o domicilio de la empresa, aunque condicionada a dicho umbral⁹⁵.

Debe señalarse que la efectividad del Acuerdo no es automática, exigiendo para ello solicitud del empleador o del interesado siguiendo el procedimiento del artículo 18 del Reglamento (CE) nº 987/2009, de aplicación, a donde remite expresamente el Acuerdo en su artículo 4.1. Dicha solicitud, dirigida a la autoridad competente del Estado miembro a cuya legislación solicite acogerse el trabajador, debe hacerse, como indica el propio artículo 18 del Reglamento de aplicación, “siempre que sea posible con antelación”, y nunca si se refieren a períodos anteriores a la entrada en vigor del propio Acuerdo. No cabe, por tanto, una solicitud de excepción con efectos retroactivos.

Si la solicitud se refiere a períodos anteriores, aunque ya con vigencia el Acuerdo Marco, se contemplan ciertas excepciones que posibilitarían su admisión, tales como que durante dicho período se hayan abonado cotizaciones a la Seguridad Social, o que el trabajador haya estado cubierto de otro modo por el régimen de Seguridad Social del Estado signatario en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, y que, o bien el período solicitado anterior a la fecha de presentación de la solicitud no sea superior a tres meses, o que la solicitud se presente a más tardar el 30 de junio de 2024, y el período anterior a la fecha de presentación de la solicitud no supere los doce meses⁹⁶.

Estimada la solicitud, se determinará la legislación aplicable al trabajador transfronterizo habitual en virtud del Acuerdo Marco durante un periodo máximo

⁹⁵ Un interpretación flexible o reinterpretación de la *lex loci laboris*, ya señalada por reputada doctrina: “La mejor solución sería la aplicación de la ley donde se ubica la sede de la empleadora, entendida como una reinterpretación actualizada de la *lex loci laboris* respecto del trabajo virtual o, si se prefiere, una conexión ad hoc que la identifique como lugar ficticio de teletrabajo”. Carrascosa Bermejo, D. “Teletrabajo internacional y legislación ...”, op. cit, p. 243.

⁹⁶ Una retroactividad que, aunque condicionada en este supuesto, es posible en los acuerdos suscritos en virtud del artículo 16 del Reglamento (CE) nº 883/2004, tal y como entendió el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 29 de junio de 1995, *Van Gestel*, asunto C-454/93, (ECLI:EU:C:1995:205). Como recuerda López Terrada “nada en la literalidad de la norma permite

de 3 años, sin perjuicio de posible prórroga, previa nueva solicitud y por idéntico período de duración.

5. CONCLUSIONES

Desde la entrada en vigor, el 1 de julio de 2023, del Acuerdo Marco sobre la aplicación del artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004 en supuestos de teletrabajo transfronterizo habitual, las personas que realicen teletrabajo transfronterizo habitual estarán sujetas a la legislación del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total.

De esta forma, los Estados signatarios del Acuerdo se inclinan por acercar esta nueva realidad laboral la legislación del Estado donde se ubica la sede o domicilio de la empresa o empleador, pero se hace de una forma poco rotunda y por la vía de incrementar las exigencias cuantitativas de la actividad desarrollada en el Estado de residencia. Si a esto añadimos la realidad del teletrabajo transnacional, desarrollado a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador, y la generosa enumeración de exclusiones del artículo 2, su virtual aplicación se convierte en residual.

Su regulación se hace por la vía del artículo 16.1 del Reglamento (CE) n° 883/2004, que habilita la adopción de acuerdos de excepción de las reglas para la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social en beneficio de determinadas personas o categorías de personas. Pese a la importante adhesión de Estados miembros a este Acuerdo Marco, diecinueve hasta el momento, si entendemos que esta nueva realidad laboral ha venido para quedarse, sería deseable que su tratamiento se hiciera por la vía de la incorporación expresa de disposiciones particulares aplicables al teletrabajo transfronterizo en las reglas para la determinación de la legislación aplicable contempladas en el Título II del propio Reglamento.

La ansiada modificación de los Reglamentos de coordinación sería una buena oportunidad para su incorporación sin la necesidad de una adhesión voluntaria previa.

afirmar que la posibilidad de admitir excepciones concedidas por esta disposición a los Estados miembros sólo pueda ejercerse de cara al futuro”. López Terrada, E. “Las fuentes reguladoras de la determinación...”, op. cit., p. 279.

Informes y Documentos

EL ARTE DE ENSEÑAR PARA FORMAR JURISTAS COMPROMETIDOS CON LA JUSTICIA SOCIAL. UN TRIBUTO A MARZIA BARBERA*

PILAR FERNÁNDEZ ARTIACH

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

Recuerdo perfectamente el momento en el que conocí a la profesora Barbera. Seguramente es muy posterior al momento en que la mayoría de los aquí presentes tuvieron esa oportunidad, pero desde entonces nuestra amistad ha sido para mí un motivo de alegría.

Corría el año 2011, mes de julio, y un grupo de profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia habíamos organizado un congreso, el 6º de la “Global Alliance for Justice Education”, congreso al que asistieron 290 participantes de, creo recordar, cuarenta y cinco países. El primer día, de pronto, antes de la conferencia inaugural, la profesora Barbera se nos acercó a algunos miembros de la organización, con su andar característico, para saludar y -digamos- disculparse por su aspecto, a nuestro parecer normal pero informal, pues la línea aérea le había perdido la maleta, de modo que no había podido cambiarse para la sesión inaugural. En ese primer instante, le dimos algunas indicaciones sobre dónde podía ir a comprar algo de ropa si fuera necesario, y la cosa quedó ahí. Debo reconocer que ya no recuerdo si la maleta apareció o no en esos días, pues han pasado muchos años desde entonces, y hay cosas que se borran de la memoria, pero lo cierto es que en aquel momento caímos en la cuenta, felizmente, de que los españoles no éramos los únicos en Europa occidental que teníamos interés en la educación jurídica clínica, o que contábamos con experiencias más o menos consolidadas de clínica. ¡Había una italiana! Eso sí, éramos los únicos locos capaces de organizar un congreso de esa envergadura con la intención, siempre, de aprender desde el desconocimiento.

Marzia y yo compartimos área de conocimiento, el derecho del trabajo, lo que sin duda facilitó el contacto inicial -tener algo en común además de la disciplina lo hace todo más fácil-. Sin embargo, nuestra relación se ha forjado en torno a la sincera preocupación por cómo enseñar derecho, y qué derecho enseñar, poniendo

* El presente texto resume la conferencia impartida el 24 de octubre de 2023 en la Università degli Studi di Brescia (Italia) en el Seminario organizado con motivo de la jubilación de la profesora Marzia Barbera. Se ha preferido mantener el estilo directo e informal de la conferencia que se impartió, con los cambios imprescindibles de forma.

el foco en el proceso (y el resultado) de aprendizaje para el estudiante¹. Estoy casi segura de que, si el contacto inicial se hubiera producido en un congreso del área, en un congreso de derecho del trabajo, hoy yo no estaría aquí, como no están otros profesores españoles a los que Marzia ha conocido en estos años, salvo Jesús, con quien hoy comparto mesa. Y la verdad, doy las gracias por estar, porque ello me permite reconocer públicamente que estos años de relación han sido para mí años de crecimiento personal, en importante medida por lo que Marzia me ha aportado, en términos de conocimiento, de reflexión, de calma, de contactos, y también de risas y buenos momentos.

En estos años no todo lo que ha sucedido en el mundo -o a nosotras- ha sido bueno, baste recordar la pandemia de la covid-19, pero, aun así, en ese tiempo de encierro, fuimos capaces de mantener el contacto gracias a la tecnología, de modo que cada quince días, cinco personas de dos continentes nos citábamos, con nocturnidad, por aquello de la diferencia horaria, para debatir sobre libros, música, clínicas jurídicas, política a los dos lados del Atlántico, emociones... Esas citas nocturnas, que se han mantenido durante dos años, ayudaron en ese momento a alimentar el alma y a calmar la ansiedad.

Marzia ha logrado, además, que sienta, desde el principio, que su equipo es también el mío, porque me considero una más de ellos -aun sin haber aprendido mucho italiano en todo este tiempo-. Me excuso por ello.

Todos sabemos aquí que la profesora Barbera ha dedicado una ingente cantidad de tiempo al desarrollo del movimiento clínico en Italia, siendo la impulsora de la primera clínica jurídica en una universidad italiana, esta de Brescia, en el año 2009, y promoviendo la instauración de una red de clínicas jurídicas a nivel nacional. Además, a ello ha consagrado muchos de sus escritos, en solitario o compartidos con sus discípulos, en los que analiza la realidad de la enseñanza del derecho en las universidades públicas italianas, poniéndola en conexión con el Espacio Europeo de Educación Superior e introduciendo la idea de cómo las clínicas jurídicas pueden contribuir no sólo a la transformación de dicha enseñanza, sino a la transformación de la realidad social, haciendo más efectivo el derecho de acceso a la justicia en el contexto italiano.

En efecto, desde que se instauró el EEES en 2009 la universidad ha sufrido un cambio de paradigma, no solo como institución educativa sino también como actor social, por el efecto conjunto de *múltiples crisis*: la crisis financiera, la crisis ambiental y energética, la crisis del modelo social europeo, la crisis migratoria,

¹ Barbera, Marzia (2016). *Insegnare il diritto del lavoro. Cosa si insegna e come si insegna, cosa si impara e come si impara. Lavoro e Diritto/ a. XXX, n. 4.*

etc. En este contexto, como ha señalado Sousa Santos², la universidad se enfrenta a “preguntas complejas para las que hasta el momento solo ha producido respuestas simples”. Estas preguntas complejas revelan los desafíos a los que se enfrentan las universidades para su supervivencia, no únicamente en el contexto europeo, sino a nivel mundial.

El principal desafío, de entre los once que citaba Sousa Santos, está siendo el de cómo superar la tendencia - de los últimos treinta años- de transformar, o más bien sustituir, el verdadero valor del conocimiento científico por el valor mercantil del conocimiento, el que le interesa al mercado³. Así, en los procesos de configuración de los planes de estudio, al menos en España, la teoría del capital humano y de la empleabilidad de los graduados ha desempeñado un papel primordial⁴, en lugar del objetivo de formar seres humanos y ciudadanos plenos⁵. Esta tendencia supone un reto muy importante para aquellos miembros de la comunidad docente que mantienen una postura crítica e inconformista hacia este proceso de sustitución de los valores de la educación universitaria. Docentes, como Marzia, interesados en que los planes de estudio incluyan cuestiones esenciales para la formación de estudiantes que sean capaces de replantearse los dogmas sobre el sistema legal que aprenden durante sus estudios, y, en definitiva, capaces de hacerse preguntas y de buscar respuestas -dentro y fuera de la comunidad jurídica-, de desarrollar la “imaginación jurídica” para con ella construir mundos mejores⁶.

Superar este desafío exige reconocer el papel que debe desempeñar en la sociedad la universidad pública, financiada con los impuestos de todos, para hacer frente a los mensajes con los que los poderes del mercado manejan el discurso dominante en la sociedad. La duda es si el proceso de Bolonia favorece ese papel.

Ese rol de la universidad pública necesariamente ha de incluir, por lo que a la enseñanza del derecho se refiere, la promoción de los derechos humanos y fundamentales y su protección y garantía, priorizando para ello el desarrollo de la reflexión y el pensamiento crítico, y la formación en ética jurídica y

² De Sousa Santos, Boaventura (2010). La universidad europea en la encrucijada. *El Viejo Topo*, n. 274, p. 50.

³ Ídem.

⁴ Fernández-Artiach, Pilar; García-Añón, Jose; y Mestre-i-Mestre, Ruth (2018). The birth, growth, and reproduction of clinical legal education in Spain. En Richard Grimes (dir.), *Rethinking Legal Education under the Civil and Common Law: A road map for constructive change*, London: Routledge, p. 146; igualmente, Gascón-Cuenca, Andrés (2022). Luigi Ferrajoli’s theory of fundamental rights and Clinical Legal Education. En Omar Madhloom y Hugh McFaul, *Thinking About Clinical Legal Education. Philosophical and Theoretical Perspectives*, London: Routledge, 86-103.

⁵ De Sousa Santos (2010). La universidad europea en la encrucijada, cit., p. 50.

⁶ Martínez García, Jesús Ignacio (1999). *La imaginación jurídica*. Ed. Dykinson.

responsabilidad profesional de los futuros operadores jurídicos⁷. El que los futuros juristas sean formados principal, o exclusivamente, en el derecho positivo, va a limitar su capacidad para observar de manera crítica el sistema jurídico y de ese modo poder luchar contra decisiones políticas y normas que comprometen esos derechos y valores constitucionales. Me gusta esa idea de Arnaud⁸ de que, en la formación de los juristas, no debemos preocuparnos solo por el derecho -en la tradición positivista- y sus elementos técnicos -en definitiva, por formar buenos técnicos capaces de descifrar y utilizar códigos-, sino por todo lo jurídico y por el desarrollo de habilidades y valores profesionales que les permitan manipular un derecho líquido e inacabado, parafraseando a Ost⁹.

Además, otra de los desafíos, teniendo en cuenta que las universidades se están transformando en instituciones transnacionales no sólo al servicio de las sociedades nacionales sino dentro de un mercado global, es el de mostrar a los estudiantes que ese mercado tiene relaciones de poder muy diferentes, que afectan a las personas de manera desigual. En consecuencia, cuando fomentamos en nuestros estudiantes la adopción de un enfoque crítico sobre el conocimiento que reciben, una especie de actitud de rebeldía para el desempeño futuro de su profesión (*rebellious lawyering*), debemos mostrarles que pueden usar ese conocimiento no solo como una mercancía con la que competir en un mundo globalizado, sino como un bien público con el que avanzar hacia la igualdad material -no solo formal- y la justicia social¹⁰, pues, sin ese enfoque crítico, el resultado de su trabajo podría terminar justificando e incluso promocionando los patrones jerárquicos de discriminación y de control social, en lugar de ser un factor para el cambio social¹¹.

Y es en este contexto en el que las clínicas jurídicas están demostrando ser actores especialmente útiles para impulsar modos alternativos de aprendizaje y

⁷ García-Añón, Jose (2017). Acceder a la justicia y hacer justicia: la función de las universidades, las clínicas jurídicas y las ONG, y su impacto construyendo los límites del derecho. En: Cristina García-Pascual (ed.), *Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis*. Valencia: Tirant lo Blanch

⁸ Arnaud, A.-J. (1994). Los juristas frente a la sociedad (1975-1993). *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, (15-16), 993-1012. <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.50>

⁹ Ost, Francois (2007). Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, número 8, p. 121.

¹⁰ Fernández Artiach, Pilar y Gascón Cuenca, Andrés (2022). El cuándo, el cómo y el porqué de la Clínica Jurídica per la Justicia Social de la Universitat de València: 15 años de experiencia. En: Torres Villarreal, Maria Lucía e Iregui Parra, Paola Marcela (eds.), *Educación Legal Clínica. Una mirada a la experiencia comparada como modelo de formación basado en la justicia social*. Bogotá: Fundación Hanns Seidel / Universidad del Rosario, p. 267.

¹¹ Gascón-Cuenca (2022). Luigi Ferrajoli's theory of fundamental rights and Clinical Legal Education, cit., p. 102.

comprensión del derecho positivo, aunando para ello tres elementos: el aprendizaje, el servicio y la transformación.

Así, como sostuvimos en 2018 en un libro conjunto que nació como una guía para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas¹², estas son, principalmente, un proyecto formativo, de aprendizaje, en el que las personas implicadas aprenden derecho en el proceso. Y lo hacen *todas*: el profesorado, las personas o la comunidad que busca ayuda, y el grupo de estudiantes que trabaja en el asunto concreto. En ese sentido, con cada asunto se emprende un proceso, un viaje, en el que el equipo clínico tiene que asumir que, de partida, no conoce la mejor respuesta posible al problema que se le ha planteado, y que a lo mejor nunca llegará a conocerla. Como personas, y como docentes, este punto de partida da vértigo, por ello pienso que el trabajo clínico es un ejercicio de valentía. Y los estudiantes aprenden, como han dicho las profesoras Barbera y Protopapa en uno de sus artículos¹³, que el significado de la ley sólo se revela con la práctica del derecho, donde “el orden de los principios abstractos y objetivos cede el paso al desorden de la realidad, que aparece confusa, subjetiva, indefinida, contradictoria”.

Además, las clínicas se configuran como espacios en los que se prestan servicios a la comunidad en la que tiene su sede la universidad, por lo que es fundamental conocer las necesidades de esa comunidad - sean estas jurídicas o no, a primera vista-. Esta idea de servicio tiene que ver, obviamente, con la función social de la universidad y con el hecho de poner el conocimiento al servicio de la comunidad para la que se trabaja. Pero también tiene que ver con crear conocimiento de manera conjunta¹⁴: la universidad (la clínica) no sólo devuelve conocimiento a la sociedad, sino que lo crea conjuntamente, a través del contacto con la comunidad, del intercambio de información, del análisis de necesidades y del diseño de estrategias que se desarrollan mediante este trabajo conjunto.

La clínica, pues, no parte en su actuar desde una posición de superioridad en los conocimientos (ni siquiera en los jurídicos) sino que es un actor más, que aporta su granito de arena a un proyecto colectivo más amplio en el que todas las personas implicadas participan. En las clínicas se aprende a pensar el derecho ocupando un

¹² Mestre i Mestre, Ruth (Coord.) (2018). *Guía práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 14.

¹³ Barbera, Marzia y Protopapa, Venera (2020). Access to Justice and Legal Clinics: Developing a Reflective Lawyering Space. Some insights from the Italian Experience. *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 27 # 1, p. 267: “In clinics, students learn that the meaning of the law is only revealed by the practice of the law, where the order of abstract and objective principles gives way to the disorder of the reality, which appears confused, subjective, indefinite and contradictory”.

¹⁴ Mestre i Mestre (2018). *Guía práctica para la enseñanza del derecho a través de las clínicas jurídicas*, cit., p. 14.

rol determinado en un proceso real, en un conflicto real. Concretamente, las clínicas jurídicas que adoptan el modelo de derechos humanos, como la de la Universitat de València, son comunidades académicas -de comunidades epistémicas habla la profesora Barbera en sus escritos- donde los miembros de la facultad, el grupo de estudiantes y la sociedad civil discuten sobre asuntos de interés público y relevancia social, trabajando juntos, en definitiva, para crear sociedades más garantistas e inclusivas y facilitar el acceso a la justicia.

Como he dicho, en las clínicas se aprende el derecho en contexto, en acción, con un enfoque multidisciplinar, intercultural y reflexivo, se narran historias de vida, y se identifican estructuras, mecanismos y sistemas de dominio que pasan desapercibidas en las aulas en las que se imparte docencia regular de Grado¹⁵. Y es obvio que todo ello no sólo produce cambios en la enseñanza y el aprendizaje del derecho; es evidente que impacta en estudiantes y profesores o supervisores -sean estos académicos o no-, en la facultad misma y en la comunidad en la que ese trabajo se incardina.

Como señalamos en 2018, cada equipo clínico ha de encontrar su manera de “estar en el mundo”: su particular inserción en el entramado curricular, académico y social en el que va a desarrollar su trabajo. Sin embargo, sabemos que el reto no es sólo comenzar, habiendo encontrado ese lugar en el mundo, sino también sostener en el tiempo una clínica jurídica¹⁶, y saber cómo lo han hecho otros equipos simplifica bastante las cosas.

Y en esto, la profesora Barbera destaca por haber actuado de forma especialmente activa, tanto asistiendo como organizando encuentros, congresos y talleres en los que intercambiar conocimientos y experiencias, así como dudas, y con ello contribuyendo en la difusión de esta metodología de educación jurídica y de transformación social. Para ello, y extendiendo aquí mi agradecimiento, ha contado con un equipo maravilloso.

Vuelvo a lo personal: En esta intervención he querido hacer un guiño, aunque sea de manera velada, a algunas presentaciones en las que hemos trabajado juntas la profesora Barbera y yo para distintos congresos, y que no dejan de ser reflexiones sobre nuestro papel como docentes de Derecho, y sobre el papel de las Universidades públicas en las que trabajamos. Así, en mi discurso he hecho una referencia puntual a la narración de historias, que me trae a la memoria nuestra ponencia titulada “*Our stories: our client communities, our students and ours*”, que presentamos en Toronto, donde trabajamos sobre la importancia de la narración de historias (storytelling) como recurso para explorar la condición humana y

¹⁵ Ibidem, p. 15.

¹⁶ Fernández-Artiach; García-Añón; Mestre-i-Mestre (2018). The birth, growth, and reproduction of clinical legal education in Spain, cit., p. 153.

trabajar entre nosotros, con los clientes y con los estudiantes, sobre sus límites, o su condición de elemento de ayuda para la reflexión de los estudiantes en torno a sesgos y estereotipos. Existen otras referencias, no tan veladas, al objeto de una ponencia reciente, sobre “*Legal clinics and public engagement of the University: a virtuous relationship*”; y por último, creo que la sesión titulada “*Solidarity: we are all in this together*” que presentamos en el encuentro de la red europea de clínicas jurídicas celebrado en esta Universidad en julio de 2022, el primero presencial tras la pandemia, refleja bien el espíritu de colaboración que existe en el mundo de la educación jurídica clínica en el que Marzia Barbera puede ser considerada todo un referente.

Comentarios de Jurisprudencia

LIBERTAD SINDICAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y COMISIÓN PARITARIA

*Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4032/2022, de 31 de octubre
ECLI:ES:TS:2022:4032*

ANTONIO M. CARDONA ÁLVAREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Un sindicato no ha sido convocado a las sesiones, y por tanto excluido, de la comisión paritaria de un convenio colectivo, que negoció, pero no firmó, presenta demanda de conflicto colectivo solicitando que se declare la vulneración del derecho a la Libertad Sindical y el derecho a ser integrado, formar parte y ser convocado a las reuniones de la comisión paritaria del convenio colectivo.

La Federación Andaluza de Transportes y Comunicación de la Confederación General del Trabajo (FATYC) participó, desde octubre de 2015, junto a UGT, CCOO (y la parte empleadora, la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, ASSDA) en la negociación del convenio colectivo de dicha Agencia de la Junta de Andalucía; convenio colectivo que, sin embargo, FATYC no suscribió y que fue publicado en noviembre de 2018 (BOJA 2-11-2018)¹.

En noviembre de 2018² se constituye la Comisión Paritaria de dicho Convenio Colectivo, de acuerdo con su artículo nueve, formada por catorce miembros, siete en representación de la empleadora, (la ASSDA), y siete por la parte social, de los sindicatos firmantes, CCOO y UGT, cuatro y tres miembros, respectivamente, en función de la representatividad de cada sindicato a la fecha de la firma del Convenio.

RESUMEN: El sindicato FATYC no fue convocado y no ha participado en la Comisión Paritaria de dicho Convenio Colectivo y por tanto, entendiéndose que debió ser convocado, el sindicato y la sección sindical del mismo en ASSDA, plantean demanda de conflicto colectivo y el Tribunal Superior de Justicia de

* Profesor Titular de Escuela Universitaria de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Mediante Resolución de la Dirección General de Relaciones Laborales y Seguridad y Salud Laboral de 22 de octubre de 2018.

² Concretamente el 8-11-2018.

Andalucía declara³ la vulneración del derecho a la Libertad Sindical fijando una indemnización a pagar por los codemandados por daños morales.

La empleadora condenada (ASSDA) y la confederación sindical CCOO plantean sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, que desestima la STS 4032/2022, 31.10.2022.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. PROBLEMÁTICA. HECHOS Y ANTECEDENTES
3. CUESTIÓN DE FONDO/CUESTIÓN PLANTEADA Y RESOLUCIÓN RECURRIDA.
4. MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL FALLO
 - 4.1. El encargo de la comisión paritaria
 - 4.2. Nivel de representación del sindicato excluido
5. APORTACIÓN DE LA SENTENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO
6. CONCLUSIONES. VALORACIÓN. CONGRUENCIA, SUFICIENCIA Y CONSECUENCIAS DEL FALLO

1. INTRODUCCIÓN

El órgano jurisdiccional que se pronuncia en la sentencia comentada es el Tribunal Supremo, su Sala de lo Social, y lo hace respecto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de su Sala de Social con sede en Sevilla, núm. 3978/2020⁴. La parte activa, demandante, la forman dos sujetos, que plantean sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, el sindicato CCOO y la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, ASSDA. Y la parte pasiva o demandada es el sindicato FATYC. E interviene, como instancia pública de defensa de la legalidad, el Ministerio Fiscal.

El Tribunal Supremo aborda por tanto la casación en unificación de doctrina sobre la vulneración del derecho a la Libertad Sindical, resolviendo si se quebranta el derecho a la Libertad Sindical del sindicato que negoció (FATYC), pero no firmó un convenio colectivo y de cuya comisión paritaria es excluido al no ser convocado a las reuniones de la misma. Y lo hace, el Tribunal Supremo, decimos, constreñido no solo por la concepción legal del proceso laboral como un proceso de instancia única (que no grado) y la imposibilidad de revisar la valoración de la prueba y las conclusiones realizada por el juzgador de instancia en sede de recurso extraordinario, sino, además, respecto a un proceso en origen de tutela de derechos fundamentales, proceso de cognición limitada, en el que la instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a su vez, hubo de limitar el objeto al conocimiento de la lesión del derecho fundamental alegado sin posibilidad de

³ STSJ Andalucía (Sevilla) núm. 3978/2020 21-12-2020 AS\2021\972.

⁴ STSJ Andalucía (Sevilla) núm. 3978/2020, 21-12-2020 AS\2021\972

acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela instada. De ahí el interés del análisis que en términos de comentario proponemos.

2. PROBLEMÁTICA. HECHOS Y ANTECEDENTES

Los hechos son los descritos hasta ahora: el sindicato FATYC participó en la negociación del convenio colectivo, pero finalmente no fue firmante del convenio colectivo. La Comisión Paritaria de dicho convenio colectivo no contó con este sindicato no firmante, aunque sí para otras comisiones del convenio colectivo. Y el sindicato excluido acudió a la Jurisdicción alegando vulneración del derecho de Libertad Sindical en su manifestación o proyección de derecho a la negociación colectiva laboral.

En la instancia el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) atendió parcialmente la demanda de tutela de derechos fundamentales, concretamente el derecho a la Libertad Sindical, de FATYC (Federación Andaluza de Transportes y Comunicaciones) contra CGT, CCOO, UGT y la Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía, atendiendo a la distinción entre lo que sean funciones de la Comisión Paritaria meramente aplicativas y de seguimiento de los acuerdos e interpretación del convenio colectivo y lo que pueda considerarse función negociadora de la Comisión Paritaria.

Para el juzgador de instancia, si la Comisión Paritaria tiene atribuida función negociadora, excluir al sindicato, en este caso, FATYC, legitimado para negociar, puede suponer un atentado a la Libertad Sindical o al menos una limitación del derecho a la negociación colectiva. Aunque FATYC rechazara firmar el convenio, cuando concurren ambas circunstancias, ⁽¹⁾que sea un sindicato legitimado para negociar y ⁽²⁾que se le excluya de una comisión (en este caso, la comisión paritaria) con función negociadora, lesiona su derecho de Libertad Sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva. La clave pues se encuentra en la distinción entre comisiones paritarias aplicadoras y comisiones paritarias negociadoras.

Indicar aquí dos circunstancias o datos que añaden singularidad a los hechos. Primero, el sindicato excluido de la Comisión Paritaria sí fue en cambio convocado e incorporado a la Comisión de Horario y la Comisión de Formación. Y segundo, que en la instancia, tras varios incidentes procesales (requerimiento de subsanación al sindicato demandante, varios señalamientos y suspensiones) finalmente, citados todos correctamente, CCOO y UGT no comparecieron. Por lo demás el convenio colectivo no fue impugnado ni por sus firmantes ni por el sindicato no firmante⁵.

⁵ Lo que no impidió la impugnación de los actos de aplicación del convenio colectivo a través del proceso de conflicto colectivo (art. 163.4 LJS). Debe advertirse entonces, y con esto de algún modo estaríamos adelantando alguna de las conclusiones, la Comisión Paritaria no se atribuye

Abundado en el itinerario procesal, la sentencia de primera instancia fue favorable al sindicato demandante de tutela. El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía además recordó que a la hora de decidir acerca del carácter negociador o no de determinada comisión, el derecho fundamental de Libertad Sindical impone que el criterio interpretativo ha de ser necesariamente favorable al ejercicio de aquel derecho, de tal modo que los supuestos dudosos han de resolverse a favor de su condición negociadora de la comisión paritaria, efectuándose una interpretación extensiva, favoreciendo el derecho así de Libertad Sindical y la participación del sindicato no firmante del convenio colectivo en aquella comisión que presenta, como era el caso, competencia negociadora.

Para el juzgador de instancia las funciones que otorga el artículo nueve del Convenio Colectivo a la Comisión Paritaria exceden de las meramente interpretativas o de seguimiento y vigilancia de cumplimiento del convenio colectivo. Le concede plena capacidad de negociación colectiva para actualizar, modificar y adoptar decisiones de desarrollo del contenido normativo del convenio colectivo.

La falta de convocatoria del sindicato FATYC a la constitución y a las reuniones de la Comisión Paritaria, que, pese a no ser firmante del convenio colectivo, tenía derecho a participar en la negociación colectiva de acuerdo con el art. 2.2.d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical⁶ supone una vulneración del derecho a la Libertad Sindical en su configuración como derecho a participar en la negociación de convenios, pactos o acuerdos.

Se trata de una actuación contraria al derecho fundamental para la que resulta irrelevante el elemento intencional⁷ pues se da por producida aunque no se acredite intencionalidad. Así que el Tribunal Superior de Justicia declaró la vulneración del derecho a la Libertad Sindical del sindicato FATYC e impuso a los demandados (CCOO, UGT y ASSDA) (no al sindicato Unión Independiente de Trabajadores de Andalucía) el cese del comportamiento y al pago solidariamente al sindicato excluido de una indemnización pecuniaria por daños y perjuicios.

en este caso competencias normativas, sino que éstas le venían adjudicadas en el convenio colectivo y por tanto quien, de hacerlo, se extralimitó en sus funciones fue la comisión negociadora. Vid. Tarabini-Castellani Aznar, Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994 EN *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2 (1999) al describir las funciones de las comisiones paritarias según la jurisprudencia ordinaria y la doctrina judicial.

⁶ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, BOE núm. 189 de 08/08/1985 (en adelante, LOLS).

⁷ Por todas, SSTS de 3-2-2015 RJ 2015\885 Recurso de Casación núm. 64/2014, Ponente: Sempere Navarro ECLI:ES:TS:2015:407 y Sentencia 21-10-2013 RJ 2014/438 Recurso de Casación núm. 104/2012 Ponente: De Castro Fernández.

3. CUESTIÓN DE FONDO/CUESTIÓN PLANTEADA Y RESOLUCIÓN RECURRIDA

Así pues las pretensiones de las partes al recurrir en casación son, por orden, en el caso de la parte demandante, plural, la Federación de Servicios de CCOO y ASSDA, la anulación de la sentencia de instancia y la desestimación de la demanda que le dio origen; en el caso de la parte demandada o recurrida, el sindicato FATIC, concretamente, la Federación Andaluza de Transportes y Comunicaciones de la Confederación General del Trabajo y su Sección Sindical en ASSDA se pretende la confirmación de la sentencia de instancia que le fue favorable estimando su demanda de acción de tutela de derechos fundamentales.

Para la empleadora, ASSDA, el sindicato FATYC, al no firmar el convenio colectivo era plenamente conocedor que se estaba apartando de la obligatoriedad de ser llamado a las reuniones de la Comisión Paritaria. Lo que la agencia de la Junta de Andalucía intenta remarcar alegando, como primer motivo de su recurso, incorporar un nuevo párrafo en el Hecho Probado Primero, justamente en el sentido de reforzar que el sindicato FATYC era consciente de la consecuencia de su negativa a firmar el convenio colectivo que acababa de negociar. Sin embargo, el Tribunal Supremo confirma las facultades de valoración de la prueba del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y recuerda que solo cabe la revisión de las conclusiones del juzgador de instancia cuando aparezca un posible error de manera evidente y sin lugar a dudas. Por lo que es rechazado este motivo de recurso y no cabe variación del relato de los hechos⁸.

Con esto la controversia va a quedar fijada en determinar si al no ser convocado el sindicato FATYC, no firmante del convenio colectivo, a las reuniones de la Comisión Paritaria, se atentó contra su derecho de Libertad Sindical, porque lo que establecía el mencionado convenio en su artículo nueve era, respecto a la Comisión Paritaria, que la parte social estaría compuesta por siete representantes del personal designados por las organizaciones sindicales “firmantes” del convenio colectivo. No por representantes de los sindicatos “no firmantes”.

Este es el problema jurídico que resuelve el Tribunal Supremo y esta es la materia en la que se enmarca la resolución analizada. No hay votos particulares, ni el fallo, *a priori*, comportaría aspectos colaterales importantes en nuestra disciplina y la singularidad del fallo deviene, como se verá a continuación, por la motivación jurídica del mismo.

⁸ «La variación del relato de los hechos únicamente puede basarse en prueba documental obrante en autos y que demuestre la equivocación del juzgador. Desde luego, la modificación no puede ampararse en la prueba testifical, ni en la pericial, por expreso mandato de la LRJS» (F.J.2º).

4. MOTIVACIÓN JURÍDICA DEL FALLO

Dos son las líneas o marcos de reflexión que sustentan la motivación del fallo del Tribunal Supremo. Primero, el carácter o la naturaleza de la Comisión paritaria, si negociadora o si estrictamente aplicadora. Porque la naturaleza de la Comisión Paritaria, negociadora o aplicativa, determina el alcance material de la exclusión del sindicato FATYC. No es lo mismo que la Comisión Paritaria tenga meras facultades de administración, de interpretación, control o aplicación del convenio colectivo, que la Comisión paritaria ejerza funciones modificadoras de condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo y pueda fijar nuevas reglas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Y segundo, la consideración del nivel de representación del sindicato excluido de la Comisión Paritaria, del sindicato FATYC, porque su nivel de representatividad sindical también decide su derecho, en su caso, a participar en la Comisión Paritaria, se conforme o no ésta con funciones negociadoras o meramente de seguimiento y aplicación del Convenio Colectivo.

4.1. El encargo de la comisión paritaria

Por tanto, la primera línea argumental parte de distinguir y decidir qué papel, que encargo o función, tiene encomendada la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo en cuestión. Si es la actividad rutinaria de gestión o administración del Convenio Colectivo para que su cumplimiento curse conforme a lo pactado, que es la función natural que el art. 91.1 ET adjudica a las comisiones paritarias, y que comporta que las decisiones o resoluciones de las mismas merezcan la misma eficacia jurídica que el propio convenio colectivo. La comisión paritaria entonces cumpliría funciones aplicadoras o interpretadoras, ejecutando el convenio y resolviendo las incertidumbres interpretativas; que tampoco excluiría cierto grado de negociación residual necesaria para llevar a cabo los mandatos y acuerdos del convenio colectivo. En ese sentido las resoluciones judiciales suelen, como se dijo antes, recordar que los supuestos dudosos deben resolverse en favor de atribuir capacidad negociadora en aras de favorecer, y no perjudicar, el derecho fundamental a la Libertad Sindical.

Cuando se trata de la interpretación⁹, gestión o administración del convenio colectivo el único margen de maniobra cuasi negociadora de la comisión paritaria pasa por la adecuación del convenio colectivo a las concretas situaciones que se produzcan durante su vigencia¹⁰. Y si la comisión paritaria constituida no ocupa

⁹ «el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos» (art. 91.1 ET).

¹⁰ Martínez Muñoz, Comisión paritaria: competencias. Diferencias entre facultades de administración y facultades de negociación. STSJ Castilla y León, Valladolid 12 abril 1999; AS

espacios reservados a la negociación colectiva, no se vulnera la Libertad Sindical de los sujetos legitimados para negociar que no firman el convenio colectivo alcanzado y quedan fuera de la comisión paritaria.

Así el Tribunal Constitucional tiene declarada la posibilidad de tratamiento desigual de los sujetos legitimados para negociar si tal diferencia es legítima, proporcionada y razonable. Y ello porque, dada su naturaleza consensual y negocial, el Convenio colectivo no solo crea reglas para las relaciones de trabajo, sino también compromisos y obligaciones asumidas por las partes que lo conciertan [...] no siendo lógico ni razonable, ni desde luego constitucionalmente exigible, pretender gozar de los derechos contractuales reconocidos en el Convenio a sus partes firmantes, sin sujetarse a las obligaciones dimanantes de él¹¹.

Por otra parte, cuando la decisión de la Comisión paritaria comporta acción normativa, contenido normativo, cuando lo que la Comisión paritaria decide supone una modificación, de modo novatorio¹², de las condiciones de trabajo pactadas y reflejadas en el convenio colectivo estamos ante competencias de naturaleza negociadora, que no le es dada conforme a la previsión del artículo 85.3.e) ET, salvo supuestos especiales en los que la Comisión Paritaria es trasunto o reflejo de la Comisión Negociadora por estar presente en ella las mismas representaciones que negociaron el Convenio Colectivo y siempre que los acuerdos de tal Comisión Paritaria se alcancen por unanimidad sin que tampoco existan terceros que pudieran tener derecho a participar en la comisión negociadora que debiera actuar de no hacerlo con funciones negociadoras dicha Comisión Paritaria¹³. Con idéntico sentido son rechazadas las delegaciones normativas en las comisiones paritarias así como las subcomisiones negociadoras dentro de la comisión paritaria, que, frente al modelo de negociación periódica/estática, favorecería un modelo de negociación constante o dinámica. Asiste entonces a los sindicatos legitimados para negociar, hayan o no firmado el convenio colectivo, el derecho a formar parte de la comisión paritaria o cualquier otra comisión negociadora¹⁴.

1999, 1547, en Aranzadi social núm. 2 (1999) p. 2643. Ni siquiera cuando se le atribuyen funciones de vigilancia a la comisión paritaria se trata de una competencia exclusiva pues el control del cumplimiento del convenio colectivo concierne y compete a más sujetos, particularmente a los sujetos destinatarios.

¹¹ STC 32/1990, de 26 febrero. RTC 1990\32 Ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer FJ 3º.

¹² Soler Arrebola, Designación y composición de las comisiones paritarias, en *VVAA (Coord. Cruz Villalón), Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo (2017) p. 589-590 *passim*.

¹³ STSJ Andalucía (Granada) 28-10-2015 Recurso de Suplicación núm. 1922/2015 Ponente: González Viñas ECLI: ECLI:ES:TSJAND:2015:11901 y las resoluciones que a su vez cita.

¹⁴ Tarabini-Castellani Aznar, Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2 (1999) p. 387-406, en concreto en el Capítulo II.1 sobre “La distinción

4.2. Nivel de representación del sindicato excluido

Respecto al nivel de representación del sindicato demandado, FATYC, demandado y, como sabemos, excluido de las reuniones de trabajo de la Comisión Paritaria, el Tribunal Supremo confirma que la designación de la comisión paritaria debe serlo de la representación de las partes negociadoras y en atención al criterio de representatividad ostentado en el momento de la firma del convenio colectivo. Será la representatividad ostentada en el momento de la firma del convenio colectivo la que resulte determinante para fijar la composición de la Comisión Paritaria.

Y aquí es obligado recuperar y poner de relieve un dato que no consta en la sentencia que examinamos pero que sí aparecía el Primero de los Hechos Probados de la sentencia de instancia impugnada en casación. A saber, *«El convenio fue suscrito por la representación legal de la Agencia y por las secciones sindicales de CCOO y UGT en representación de los trabajadores, pero no fue suscrito por el sindicato actor que sí había participado en la negociación del Convenio Colectivo como integrante de la comisión negociadora»*¹⁵.

Esto importa porque la decisión que venimos estudiando apoya su fundamentación jurídica de otra resolución, otra sentencia, también del Tribunal Supremo, resolviendo un supuesto similar que cursó en paralelo al que analizamos¹⁶. De hecho, buena parte de la base jurídica de la sentencia comentada replica el argumentario fundamental de la misma Sala, un año antes, noviembre de 2021. Un caso de base fáctica similar que se resolvió desfavorablemente al sindicato excluido de la comisión paritaria (precisamente del mismo convenio colectivo, para más identidad de hechos) pero tratándose de otro sindicato (el sindicato UNITA)¹⁷.

La cuestión es que la línea de análisis en “nuestra sentencia” basada en la representatividad del sindicato excluido recoge como igualmente aplicable el juicio de falta de representatividad del sindicato FATYC al momento de negociarse el Convenio Colectivo y al momento de su firma. Lo que no se compadece con que FATYC participara en su negociación y que declinara su firma... La sentencia del Tribunal Supremo 4032/2022 30.10.2022 Ponente: Viroles Piñol no refiere el grado de representatividad de FATYC, lo obvia¹⁸, y da a suponer, y así lo hemos

entre las competencias de administración y de negociación del convenio según el Tribunal Constitucional”.

¹⁵ El subrayado es nuestro.

¹⁶ Se trata de la STS 1111/2021, de 15.11 Ponente: Blasco Pellicer RJ 2021\5221 que vino a resolver el recurso de casación interpuesto frente a la STSJ Andalucía (Granada) 2919/2019, de 12.12 AS 2020\749.

¹⁷ Sindicato UNITA que planteó reclamación de tutela de la Libertad Sindical, impugnando la constitución de la Comisión Paritaria, por verse excluido de la comisión paritaria, pero lo hizo ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, pero en su sede en Granada.

¹⁸ Ni para negociar el Convenio Colectivo ni para suscribirlo. Pero sí se afirma que no lo firmó deliberadamente es porque pudo hacerlo y no decidió no firmarlo. Con lo cual hay que pensar

de asumir, que adolecía de la misma falta de representatividad que un año antes sirvió al Tribunal Supremo para desestimar la vulneración del derecho a la Libertad Sindical para negociar del sindicato UNITA¹⁹. Pero, releídas ambas sentencias, verificadas sus similitudes y advertidas las diferencias, pues de distintos sindicatos se trata, el resultado da qué pensar.

5. APORTACIÓN DE LA SENTENCIA AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Desde el punto de vista de la innovación al proceso o la calidad del sistema normativo la importancia de la sentencia no es tanto por lo que de novedoso aporte como por lo que deja entender sin casi pronunciarse. Indirectamente. Por la solución que articula a la hora de fundamentar la ausencia de vulneración de la Libertad Sindical del sindicato FATYC²⁰. Proporciona un juicio de cierre que parecería innecesario de no ser porque tal vez la argumentación sobre la falta de representatividad del sindicato excluido no quedaba del todo resuelta. Y es cuando en el Fundamento Jurídico Cuarto se refiere que para el caso de que la Comisión Paritaria tuviera reconocidas funciones negociadoras incompatibles con la exclusión de un sujeto con derecho a negociar el convenio colectivo, tales competencias normadoras, *«como las reflejadas en el apartado d) del artículo 9 del Convenio Colectivo que nos ocupa, en la medida que autorizan a la modificación del convenio, habría que tenerlas por no puestas»*²¹.

En verdad no es eso lo que solicitan, demandan, los recurrentes; ni lo que instó el sindicato FATYC en su demanda inicial. Lo que el sindicato FATYC solicitó fue pertenecer, ser aceptado, en la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo. Y lo que demandan los recurrentes es la anulación de la sentencia que reconoció al sindicato FATYC el derecho a formar parte de la Comisión Paritaria. Aunque, el Tribunal Supremo, como efectivamente la eficacia normativa de cualquier acuerdo está condicionada al cumplimiento de los previstos en el Título II ET²², limita la

que FATYC ostentaba la representatividad suficiente para su negociación. Lo que no ocurría en el caso del sindicato UNITA.

¹⁹ Y para calificar nulas las decisiones adoptadas por la Comisión Paritaria cuando UNITA no estaba legitimado para formar parte de la misma.

²⁰ Y que el juzgador de instancia ordenó sólidamente, sobre toda la deriva y construcción jurisprudencial sobre la materia.

²¹ El subrayado vuelve a ser nuestro.

²² Tarabini-Castellani Aznar, Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2 (1999) p. 387-406, en el Capítulo II.2 sobre "Las funciones de las comisiones paritarias según la jurisprudencia ordinaria y la doctrina judicial": *«El convenio colectivo no puede actuar como cauce para establecer una delegación normativa de la comisión negociadora a la comisión paritaria»*

posibilidad de renegociación del convenio por el ejercicio de funciones normativas y garantiza la eficacia y vigencia del convenio colectivo válidamente alcanzado.

Pues si bien es cierto que la eficacia normativa de cualquier acuerdo queda condicionada al cumplimiento de lo previsto en el Título III ET²³, en todo caso (o también), habría que reconocer fuerza contractual a lo acordado por la Comisión Paritaria ejerciendo funciones negociadoras, como si de una cláusula de un convenio colectivo extraestatutario se tratase. De hecho, los acuerdos resultados de esa negociación solo podrían tener el valor de un convenio extraestatutario²⁴.

6. CONCLUSIONES. VALORACIÓN. CONGRUENCIA, SUFICIENCIA Y CONSECUENCIAS DEL FALLO

En sede de análisis de las consecuencias del fallo, que, por supuesto, importan sobre todo a las partes, pero llegando ahora a la valoración de los criterios de interpretación seguidos por el Tribunal Supremo, es decir, considerando los aspectos que tal vez debieron tenerse en cuenta, principalmente respecto a los principios sobre los que se basa el pronunciamiento y en relación con la congruencia o suficiencia con lo pedido, cabe recordar o partir de la función o la fundamentación de la existencia de la comisión paritaria (de las comisiones paritarias, pero más definidamente de cada una de ellas): permitir la interpretación auténtica de la norma, garantizando una solución rápida y eficaz de los conflictos de interpretación y de aplicación del convenio colectivo²⁵.

Desde ahí, desde su función, y cabría añadir que también desde el necesario respeto al principio de seguridad jurídica²⁶, la comisión paritaria podrá o no actuar

²³ Ídem a la nota anterior.

²⁴ González Ortega, La Comisión Paritaria en el convenio colectivo, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 120 (2013) p. 307. En línea con la posible composición dual, que plantea, de la comisión paritaria: una cuando administra el convenio y otra cuando actúa negocialmente (p. 310).

²⁵ González Ortega, La Comisión Paritaria en el convenio colectivo, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* núm. 120 (2013) p. 290 (descargando a la Jurisdicción «de la carga de solventar constantes e innumerables conflictos de interpretación y la de fomentar por tanto los procedimientos autónomos de solución de conflictos»). Aunque tampoco falta quien agudamente advierte que la tesis de que la interpretación del convenio colectivo llevada a cabo por la comisión paritaria es una interpretación auténtica solo puede aceptarse respecto a la llevada a cabo por la comisión negociadora en ese excepcional supuesto de que se erigiera al tiempo en comisión paritaria [Montoya Melgar, Las comisiones paritarias, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social* núm. 123 (2016) p. 98 (citando, junto a otras, la STS 14 febrero 2008)].

²⁶ Tarabini-Castellani Aznar, Las competencias de administración y negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994, *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica* núm. 2 (1999) p. 387-406, en el Capítulo II.2 sobre “Las funciones de las comisiones paritarias según la jurisprudencia ordinaria y la doctrina judicial”.

en la medida que refleje cabalmente la legitimación general para negociar además de la representatividad presente en la comisión negociadora²⁷. Sin olvidar que aunque en el caso estudiado la razón de la distinción entre funciones administradoras y funciones o competencias negociadoras surge con motivo de la cautela en la protección de la Libertad Sindical, lo cierto es también que dicha distinción tiene pleno sentido en la medida que efectivamente merece respeto la división de competencias que la norma estatutaria y los tribunales vienen estableciendo entre la comisión negociadora y la comisión paritaria²⁸.

Según el propio Estatuto de los Trabajadores²⁹ la comisión paritaria ha de ser representativa de la comisión negociadora, no de las partes firmantes. Lo que a la vista de la decisión del Tribunal Supremo habría que enlazar con la cuestión de la legitimación para formar parte de la comisión negociadora y la determinación del momento a tener en cuenta para establecer la representatividad en la comisión paritaria³⁰. Que fue la base o clave para la decisión del Tribunal Supremo y que, sin embargo, ni fue desvirtuada, desdicha, (la representatividad, nos referimos, del sindicato FATYC) ni por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ni por el mismo Tribunal Supremo. Menos aún por las partes.

En cualquier caso, el sindicato FATYC no acudió al trámite del procedimiento especial de impugnación de convenios colectivos³¹. No. Impugnó la actuación de los miembros de la Comisión Paritaria en la medida que le excluyeron de las reuniones de trabajo de la Comisión Paritaria (no de otras comisiones, como se dijo). Ciertamente que por la modalidad procesal elegida en la instancia por la parte demandada (que entonces era demandante), por el sindicato FATYC, la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical o de cualquier otro derecho fundamental, el proceso se hallaba limitado a ese ámbito objetivo, propio y exclusivo; limitado, en definitiva, al conocimiento de la posible lesión del derecho fundamental de Libertad

²⁷ González Ortega, *op. cit.* p. 309.

²⁸ Tarabini-Castellani Aznar, *op. cit.* “Las facultades de administración del convenio” y las resoluciones judiciales que cita.

²⁹ Art. 85.3.e) ET.

³⁰ Soler Arrebola, Designación y composición de las comisiones paritarias EN *VVAA (Coord. Cruz Villalón), Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Libro homenaje a Ricardo Escudero Rodríguez*, Bomarzo (2017) p. 577.

³¹ No era esa su pretensión. Había negociado el convenio colectivo. No lo había firmado, pero lo había negociado y lo que pretendía era formar parte de la Comisión Paritaria. ¿Por qué? Porque la Comisión Paritaria estaba apoderada, habilitada, para negociar como una especie de comisión negociadora permanente; al menos en ciertas materias. (También hay que considerar o presumir que los sindicatos firmantes y miembros de la Comisión Paritaria, CCOO y UGT, previsiblemente, no eran proclives, conformes, en compartir esa competencia negociadora con el sindicato FATYC, que no había firmado el convenio colectivo, y que, tal vez así esquivaba el desgaste que en muchas ocasiones lógicamente supone la firma de un convenio colectivo que difícilmente satisface a todas las partes y en todo, particularmente a la parte social (o mejor dicho, a los trabajadores representados en/por la parte social de la mesa negociadora).

Sindical. Pero justamente por ello, porque la pretensión deducida, la existencia de violación de un derecho fundamental, era esa concreta y específicamente, tal vez el Tribunal Supremo hubiera podido (o debido) entrar a dilucidar en detalle la legitimación para negociar del sindicato demandado en casación, lo que hubiera dado luz a la posibilidad de reconocer el derecho del sindicato FATYC a participar en la Comisión Paritaria al menos en la medida que o cuando la Comisión Paritaria ejerciera competencias de negociación o funciones normativas³².

³² Se dio por falta de legitimación para negociar la que sí lo fue pero para otro sindicato (también negociador del mismo convenio) que también demandó (en otro procedimiento judicial) participar en la Comisión paritaria y cuya pretensión fue rechazada porque, ese otro sindicato (el sindicato UITA) sí que efectivamente carecía de la representatividad necesaria en el momento de la firma del Convenio Colectivo, que, como sabemos, resulta determinante para fijar la composición de la comisión paritaria.

CIBERATAQUES COMO CAUSA DE ERTES POR FUERZA MAYOR: SU ACREDITACIÓN Y CARÁCTER INEVITABLE

*Sentencia de la Audiencia Nacional de núm. 67/2023 de
26 de mayo de 2023
ECLI:ES:AN:2023:2645*

ROBERTO FERNÁNDEZ VILLARINO*

SUPUESTO DE HECHO: La entidad mercantil ILUNION CEE CONTACT CENTER S.A.U. es una sociedad dedicada a la actividad del Contact Center que básicamente consiste en el servicio de atención de llamadas telefónicas. Cuenta con cuatro centros de trabajo en Madrid, Sevilla, Santander y Oviedo. El 21-6-2021 solicitó la suspensión de los contratos de trabajo de 654 trabajadores de los 886 que componen su plantilla, La causa invocada fue el acaecimiento de una grave incidencia informática causada por el ataque de un virus del tipo ransomware y que determinó la necesidad de tener que aislar la red con el apagado completo del Centro de Procesamiento de Datos de la empresa (CPD) para frenar la expansión.

Esta circunstancia terminó provocando el cese de la actividad de los 654 trabajadores, para los que la empresa solicitó a la Autoridad Laboral la suspensión de los contratos por la concurrencia de causa de fuerza mayor. Todo ello a través del correspondiente expediente de regulación temporal del empleo (ERTE), del que la Dirección General de Trabajo informa desfavorablemente y dicta resolución en la que acuerda declarar no constatada la existencia de dicha fuerza mayor. Frente a ella, empresa presenta recurso de alzada que no se llegó a resolver de forma expresa.

RESUMEN: La Sentencia de la Audiencia Nacional, previo reconocimiento del silencio administrativo con efectos positivos, -validación administrativa por silencio de la solicitud suspensiva de los contratos-, determina la existencia de un ataque informático que a la luz de la prueba obrante en autos, fue lo suficientemente contundente para operar como causa obstativa plena y determinantes de la imposibilidad de trabajar. En este sentido se evidencia como la empresa contaba con una serie de medios que se han valorado como suficientes para prevenir este tipo de acontecimientos.

* Profesor Asociado Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN
 - 1.1. Posiciones de las partes ante el litigio
 - 1.2. Contextualización. Concepto, impactos y consecuencias de los ciberataques
2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA
 - 2.1. Sobre los efectos del silencio administrativo
 - 2.2. Sobre el derecho a la ocupación efectiva y la concurrencia de causa mayor que lo impide
 - 2.3. Sobre los argumentos que justifican o no la existencia de la fuerza mayor
 - 2.4. Sobre la naturaleza imprevisible e inevitable de la fuerza mayor: la diligencia de la empresa
3. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Posiciones de las partes ante el litigio

En la sentencia objeto de estudio, la empresa centra su argumentación en los resultados del informe de la UCO de la Guardia Civil sobre la existencia y virus padecido, sosteniendo que el ataque es causa obstativa que del desarrollo de la actividad laboral de las personas trabajadoras sobre los que se pidió la suspensión de su contrato. Por tanto considera evidenciada la relación causa efecto generada por el virus: el acaeciendo del ataque y consecuencias. Del texto de la sentencia se extrae además que está en suspenso una reclamación patrimonial al Estado como consecuencia de la denegación de la causa mayor y el perjuicio ocasionado por ello: los trabajadores no vieron suspendidos sus contratos y se les abonó el salario y se pagaron las cotizaciones a la Seguridad Social. Así mismo se hace valer que el silencio administrativo debió tener efectos positivos de la solicitud de suspensión de los contratos de trabajo.

Se opone la Abogacía del Estado alegando que la resolución impugnada se dictó dentro de plazo y que el silencio en todo caso es negativo. En cuanto al fondo del asunto sostuvo que no concurre fuerza mayor al tratarse de una empresa del ámbito de las telecomunicaciones, a la que es exigible una especial diligencia, que la aparición del virus no determinó el cese de la actividad. El sindicato CGT se opuso a la demanda por las mismas razones expone que el funcionamiento ordinario de la empresa no se vio afectado, que existía previsibilidad de un ataque informático y la empresa no actuó con la diligencia debida ya que carecía de copias de seguridad fuera del entorno de red y si las hubiera tenido se habrían evitado las consecuencias del ataque.

1.2. Contextualización. Concepto, impactos y consecuencias de los ciberataques

Europol define a los ciberataques¹ como (sic) “Cualquier delito que solo se puede cometer utilizando ordenadores, redes informáticas y otras formas de tecnología de comunicación de la información (TIC)”. Junto a esta conceptualización tan generalista aparecen otras más específicas, como la que ofrece en el informe “Ciber amenazas y tendencias del CCN-CERT², más orientada a las consecuencias de los mismos: “Aquella operación cibernética, ofensiva o defensiva, de la que se espera que pueda causar pérdidas de vidas humanas, lesiones a las personas o daños y destrucción de bienes”.

En cualquier caso, no es preciso tirar de pormenorizados análisis técnicos, ni siquiera de un relato actualizado de noticias sobre estos incidentes, para poder atisbar que, por una parte los ciberataques se han instalado en nuestra sociedad con carácter general, más allá del impacto sobre las empresas, afecta de igual manera a las administraciones públicas y los ciudadanos. Por otra, de la especial virulencia, gravedad y consecuencias que provocan para toda la sociedad: impacto económico, paralización de la actividad, secuestro y tráfico de datos, entre otros muchos. En este sentido, pudieran ser considerados uno de los peajes que implica la total digitalización de los usos, costumbres y estilos de vida del hombre del siglo XXI. Un fenómeno que por su complejidad, capacidad de innovación y permanente sofisticación encierra y despliega una gran variedad de manifestaciones. En este sentido, un reciente informe de la Cámara de Comercio de Madrid³, inventariaba los distintos tipos de ataques y las consecuencias que pueden tener. Así, en primer lugar está el *ransomware*, que fue objeto de ataque en la empresa Ilunium y que tal como se expone en el hecho probado 20 de la SAN, se trata de un “programa de software malicioso que puede infectar un equipo o una red, cifrando la información, y que, con carácter general, muestra o genera mensajes que exigen el pago de una suma dineraria en criptodivisas para restablecer el funcionamiento del sistema. A continuación suelen pedir un “rescate” para liberar los archivos”. Aunque no es una práctica nueva, este modelo de ataque ha evolucionado a lo largo de los últimos 30 años. Por otra parte está el *Adware*, se trata de un software malicioso y hostil (malware) que muestra publicidad no deseada en lugares donde no debería aparecer. A diferencia del *ransomware*, se puede eliminar con un buen antivirus. El *Phishing* es un método por el cual los delincuentes suplantan la identidad de una empresa, como un banco o una tienda en línea, para obtener tus datos personales,

¹ Europol accesible a 4-12-2023 OCTA 2018” <https://www.europol.europa.eu/sites/default/files/documents/ iocta2018.pdf>

² Accesible a 05-12-2003 en <https://www.ccn-cert.cni.es/es/informes/informes-ccn-cert-publicos/6786-ccn-cert-ia-24-22-ciberamenazas-y-tendencias-edicion-2022-1/file.html>

³ Accesible a 05-12-2023 en <https://ticnegocios.camaramadrid.es/servicios/tendencias/ataques-informaticos-mas-comunes-en-empresas-espanolas/>

de contacto e incluso tus contraseñas. A partir de aquí logran enviar algún tipo de comunicaciones que parecen ser legítimas y te llevan a sitios web falsos que se ven idénticos a los originales.

Por lo que respecta a las consecuencias e impactos negativos de estos ataques, un reciente informe emitido por Digital Trust Survey 2024⁴, elaborado por la consultora PwC, a partir de la opinión de 3.876 directivos (CISOs, CIOs, CEOs, CFOs y miembros de la alta dirección) de 71 países, y que incluyen, también, a 143 compañías españolas, concluye que el coste que para las empresas suponen de estos ataques. Así, el estudio revela que tanto el número de ciberincidentes como el impacto económico que ocasionan a las empresas han vuelto a crecer, un año más, con ataques cada vez más sofisticados. En los últimos tres años, el porcentaje de las compañías que han sufrido ciberataques críticos- o sea, con un impacto mayor al millón de dólares-, ha crecido hasta el 36%, nueve puntos más que en nuestro informe anterior. En España este porcentaje es del 20%. En cuanto a los sectores más afectados por estos ataques de gran impacto han sido los de salud, tecnología, telecomunicaciones y entretenimiento, el sector financiero y el de energía.

Coste estimado de los ciberincidentes más críticos que las empresas has sufrido en los últimos 3 años, en el mundo y en España

(% de compañías)



Fuente: Informe Digital Trust Survey 2024 para PwC

Además preocupa especialmente entre las empresas, un incremento de los ciberataques relacionados con el alto impacto derivado del uso de la Inteligencia Artificial (IA). Así se pone igualmente de manifiesto en el citado informe, afirmándose que el 52% de las empresas -en el conjunto de la muestra y en España- aseguran que la IA va a contribuir a que se produzcan ciberataques de alto impacto en los próximos doce meses. Todo esto en un contexto en el que los incidentes de

⁴ Accesible a 05-12-2023 en <https://www.pwc.es/es/publicaciones/transformacion-digital/global-digital-trust-insights-2024.html>

ciberseguridad crecen en número y complejidad, y en el que las compañías están aumentando año tras año sus presupuestos en ciberseguridad para contrarrestarlos.

Desde un punto de vista jurídico, estos datos de impacto vienen a reforzar todo el relato argumental de la jurisprudencia de los últimos cinco años, que han venido invocando como una de las consecuencias de especial gravedad, el relacionado con el riesgo de descargas de virus o el riesgo de ciberataques. Ello relacionado con la justificación de despidos disciplinarios por el uso ilegítimo del correo de la empresa o las visitas a webs no autorizadas. Recordemos además que esta misma circunstancia ha terminado configurando, un estricto régimen sancionador de estas conductas en los convenios colectivos de todas aquellas empresas y sectores más sensibles a estos ataques, así como la puesta en marcha de más controles y medidas preventivas⁵.

Pero además de lo anterior, podemos observar la concurrencia de otro tipo de consecuencias poco conocidas (aún), y más relacionadas con los riesgos de estos tipos de ataques para los derechos de las personas trabajadoras. Así la Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 4º) núm. 672/2021 de 5 de noviembre, en un asunto sobre solicitud teletrabajo para la conciliación de la vida familiar, se deniega la medida instada por el trabajador, entre otras por el riesgo de ataque de virus cuando la persona desempeña su actividad (teletrabaja) desde su domicilio. En este caso se trataba de una empresa que ya había sufrido previamente un ciberataque. Así en su Fundamentación Jurídica Cuarta se dice: (...) “La empresa ha acreditado las razones organizativas que le impiden conceder el disfrute del teletrabajo en los términos propuestos por la trabajadora que son riesgos de seguridad fundados en el ciberataque por el acceso al NAS en remoto fuera de la red securizada. El motivo de oposición de la empresa está acreditado y es que siendo necesario para la prestación del servicio de la recurrente como supervisora acceder al NAS y ante el ataque o incidente de seguridad producido durante el teletrabajo mediante un acceso no autorizado a los equipos técnicos de GroupEAD en Madrid, que no tuvo efectos para el sistema ni para los datos de EAD, sus servicios no pueden prestarse fuera de la sede de la empresa en estricto cumplimiento del contrato mercantil que la demandada tiene con el cliente, en el que consta que “GroupEAD prestará los servicios DOP desde sus instalaciones ubicadas en: (...)”.

⁵ Entre otros muchos, por ser pioneros el Convenio Colectivo Nacional de Telefónica 23-10-2019 (Accesible a 05-12-2023 en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-16313>), o más recientemente el convenio colectivo nacional de la Banca Privada, 17-03-2021 (accesible a 05-12-2023 en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-5003)

2. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

2.1. Sobre los efectos del silencio administrativo

Por la empresa se cuestionó la nulidad de la resolución expresa denegatoria de la suspensión de contratos por fuerza mayor, alegándose que dicho acto administrativo está dictado fuera de plazo y que debe estarse en este caso, a lo establecido en el el art. 24.1 de la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPA), determinante por silencio administrativo de la aprobación de la solicitud. Por su parte el art. 33.1 del Real Decreto 1483/2012 Reglamento de procedimientos de despidos colectivos y de suspensión y reducción de la jornada, determina que en las solicitudes de suspensión de relaciones de trabajo y reducción de jornada por fuerza mayor, se dictará resolución en plazo máximo de cinco días desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. No obstante esta misma norma determina que la autoridad laboral con carácter preceptivo deberá recabar informe de la Inspección de Trabajo motivo por el cual el plazo máximo para resolver y notificar la resolución podrá suspenderse precisamente por este motivo, no pudiendo exceder la resolución un plazo superior a tres meses.

De la misma manera, el citado art. 24.1 LPA dispone que “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...) el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo”. Así la norma establece una serie de supuestos contrarios a la aplicación de esta regla general a favor del silencio positivo, resoluciones que por tanto determinan el silencio con efectos negativos. Pues bien, entre estas excepciones no se encuentra la suspensión de contratos de trabajo con causa en fuerza mayor, por lo que la Sentencia de la Audiencia Nacional en su fundamento jurídico recoge que: (...) “se debe llegar a la conclusión de que la posterior resolución dictada el 15-7-2021 es nula y carece de efectos, debiendo sustituirse por la validación administrativa por silencio de la solicitud suspensiva de contratos. Para sustentar esta argumentación cita la STS 25-1-2021 rec. 125/20 (EDJ 2021/501083), invocada por la parte demandante si bien se trataba de un supuesto aplicando el art 22.2.c del Real Decreto Ley 8/2020 de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, lo que no es el caso.

Así pues, destacamos que SAN antes de entrar en el fondo del asunto, parte ya de la nulidad de la resolución administrativa que denegó la suspensión de los contratos por fuerza mayor.

2.2. Sobre el derecho a la ocupación efectiva y la concurrencia de causa mayor que lo impide

En efecto, como hemos comprobado uno de los efectos o consecuencias inmediatos al ataque informático, es el impacto sobre la falta real a la ocupación efectiva como derecho básico de las personas trabajadoras, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 a) E.T y la consecuente obligación para el empresario de llenar de contenidos esa obligación, art. 4.2 f) del E.T. A mayor abundamiento, el no acceder a los equipos informáticos infectados (por ende no desarrollar de manera efectiva su trabajo), es así mismo una recomendación expresa, a la espera de que los técnicos puedan identificar y valorar la tipología del virus y sus efectos sobre la seguridad de los datos y del resto de los sistemas de la empresa. A resultas de lo cual, conforme a la Fundamentación Jurídica Cuarta, la causa de fuerza mayor debe impactar directamente en este devenir ordinario del contrato de trabajo de tal manera que us correspondientes obligaciones de trabajar y remunerar se vean alterados por la concurrencia de supuestos fácticos que encajen en la llamada fuerza mayor. Supuesto que incidiendo en el decurso del contrato, determina su suspensión, conforme a lo establecido en el art. 47.3 E.T., o su extinción art. 51.7 E.T.

Como sabemos, el ordenamiento laboral no contempla una definición de la fuerza mayor por lo que, para su identificación, habrá de aplicarse lo establecido en el art. 1.105 del Código Civil que dispone lo siguiente: “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.” Opera por tanto la fuerza mayor como un mecanismo que exonera del cumplimiento de las obligaciones, lo que trasladado al marco de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de trabajar, por la concurrencia de un suceso imprevisible o previsible pero inevitable, lo que exoneraría de la correlativa obligación de abonar el salario.

En este contexto, las previsiones del legislador pasan por establecer mecanismos de cobertura prestacional (la prestación por desempleo) de las retribuciones de las personas trabajadoras afectadas por la suspensión temporal. El hecho de comprometerse fondos públicos para atender la pérdida de salario, justifica esta intervención administrativa con el objeto de constatar la concurrencia cierta de la fuerza mayor.

2.3. Sobre los argumentos que justifican o no la existencia de la fuerza mayor

Los dos primeros argumentos de carácter fáctico que se emiten en el informe de la ITSS determinan que: “Que la empresa no aporta ninguna prueba documental que efectivamente acredite la existencia de un virus informático en su sistema; que

no ha quedado acreditada la imposibilidad de trabajar con causa en el ataque”. Dicho informe en ningún caso niega la veracidad del ataque padecido, como tampoco se niega en juicio por la Abogacía del Estado ni por parte del sindicato CGT. El ataque quedó plenamente acreditado por el informe técnico también reconocido y por el informe de la UCO, resultando especialmente relevante que parte del mismo haya sido utilizado en el propio informe de la ITSS para describir el acontecimiento determinante de la solicitud administrativa.

Sin embargo, conforme a la Fundamentación Jurídica Cuarta de la SAN el aspecto clave en estos autos es la constatación que los efectos del ataque informático hayan sido de una especial virulencia de forma tal que efectivamente hayan impedido la posibilidad de trabajar con normalidad, ha sido causa obstativa de la misma. Justificando plenamente de esta forma los efectos suspensivo sobre el contrato de trabajo típicos de la causa de fuerza mayor. Ello pese a que en la sentencia se reconoce expresamente la desigual afectación que el ataque haya podido tener sobre la generalidad de personas trabajadoras: (...) “Sí indica el informe de la ITSS que la causa de fuerza mayor suspensiva tiene como requisito la imposibilidad de trabajar, aspecto que no ha quedado acreditado a la luz de las declaraciones de los trabajadores y la justificación documental aportada por la parte social. Las declaraciones de los trabajadores se refieren a las manifestaciones realizadas a la Inspección por los representantes sindicales que señalan que si bien no han trabajado con normalidad ningún día han dejado de trabajar, encontrándose a disposición de la empresa, y registrando su jornada de trabajo tanto al principio como al final a través de teams”.

Para la acreditación de este particular a juicio de la SAN resultan esclarecedores los distintos informes de impacto sobre la actividad laboral presentados por la empresa. Más concretamente: (...) “un hecho relevante y acreditado la inutilización de servidores, sistemas electrónicos, computadoras (en número aproximado 1.200) e impresoras, afectando en un primer estadio a un total de 1.192 empleados. Por otra parte el informe técnico también revela que diseñó ILUNION el proceso de recuperación de los sistemas afectados y del desarrollo habitual de la actividad, planificándose la realización de las tareas precisas en un periodo de 14 semanas y a partir de la recuperación de la información contenida en las copias de seguridad externas al sistema”.

Por consiguiente, las evidencias reflejadas en esos informes le generan a la Audiencia Nacional una mayor constatación de un impacto en la actividad de la empresa, superior a los hechos contrastados en el informe de la ITSS. Así (...) “Consideramos en consecuencia que dichos informes revelan con claridad la relevancia del ataque y la afectación que produjo en la actividad empresarial por lo que, pese el informe de la ITSS y atendiendo a las pruebas que lo soportan, llegamos a la conclusión de que efectivamente el ataque tuvo la suficiente contundencia para operar como causa obstativa plena y determinante de la imposibilidad de trabajar.

Cuestión distinta pero que escapa de este proceso, es la determinación de si la afectación tuvo la misma intensidad y duración para todos los trabajadores”.

2.4. Sobre la naturaleza imprevisible e inevitable de la fuerza mayor: la diligencia de la empresa

Para la Autoridad Laboral no concurría fuerza mayor porque no se daba la circunstancia de ser un acontecimiento imprevisible e inevitable al tratarse de una empresa cuyo modelo de negocio se basa precisamente en una alta utilización de los recursos informáticos y por tanto, estando o debiendo estar más preparada para este tipo de ataques. Resulta interesante la apreciación de la SAN en el sentido de no considerar a los ataques informáticos en el contexto social actual como un fenómeno imprevisible, por cuanto su existencia está a la orden del día, pero como el referido art. el art. 1105 CC terminada no aprecia la fuerza mayor en la concurrencia de imprevisión e inevitabilidad sino que la califica como la consistente en aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables. Es por ello, que lo que debe analizarse en el presente caso es si el previsible ataque informático resultaba inevitable.

En su Fundamento jurídico sexto la sentencia refería a la evitabilidad o inevitabilidad de un suceso, al igual que acontece con los accidentes de trabajo, no impone la consecución necesaria de un resultado, (...) “en este caso que el ataque informático sea siempre neutralizado (como tampoco la legislación impone la obligación de que no se produzca un accidente laboral), sino que se hayan adoptado todas las medidas preventivas disponibles para su neutralización”. En el presente caso la prueba practicada es demostrativa de que (...) ILUNION contaba con toda una serie de medios para atajar estos ataques, en lo racionalmente posible y conforme los conocimientos técnicos normalizados. En este sentido, en el resultado probado noveno, consta que la empresa tenía implantado un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (GSSI), que además cuenta con la certificación ISO/IEC/27001 de técnicas de seguridad de la información otorgada por AENOR y que resulta anualmente renovada mediante auditorías. Igualmente y entre otros muchos controles, la empresa dispone de una serie de políticas, normas y procedimientos de seguridad que, ante un ciberataque, establecen pautas para actuar de forma segura en torno a la preservación de la información. Más concretamente cuenta con una Política de Seguridad (PO01) de la cual se derivan normas que cubren todos los capítulos que se desarrollan en la ISO 27002.

Finalmente la SAN no aprecia en este caso, porque tampoco se alega, una conducta defectuosa en sus obligaciones preventivas en materia de seguridad informática, por lo que concluye que pese a las adecuadas que se adoptaban por la empresa el ataque tuvo lugar. Un ciberataque que resultó ser de una gran sofisticación, al punto de no haberse podido aún acreditar pese a los informes técnicos y del UCO, cuál fue finalmente, el mecanismo de entrada del virus en su Intranet.

3. CONCLUSIONES

La virulencia, impacto y asiduidad de los ciberataques en las empresas plantean ya escenarios que como en el caso de los autos enjuiciados, los han convertido en previsibles y con efectos obstativos de la capacidad de trabajar. Afectan por tanto a los derechos básicos del desempeño ordinario de las tareas y la obligación de ofrecer dicha tarea y obligan a intervenir a la administración en su faceta de amortiguación social de las suspensiones de los contratos, y por ende para contrastar la efectiva concurrencia de la causa suspensiva sobre la relación laboral.

En este escenario y a la luz de las distintas argumentaciones de las partes, podemos concluir que el fallo de la SAN nos deja al menos dos recomendaciones no poco interesantes para las empresas, en especial por cuanto ofrecen seguridad jurídica para el correcto abordaje y diligencia en torno a estos ataques. Se trata de hacer que el suceso, en la medida de lo posible resulte evitable, circunstancia que podrá acreditarse siempre que la empresa (se dedique a lo que se dedique) acredite una diligencia debida en la implementación de todas aquellas medidas, procedimientos y recursos técnicos que, de manera razonable, estén diseñadas para evitar este tipo de ataques. Todo ello contando con el grado de permanente innovación, sofisticación y complejidad inherente al mismo. Recordemos que en este caso, el origen del ataque no pudo ser aclarados ni de las propias pesquisas de la UPO. En todo caso, para las empresas con un alto grado de exposición a estos ataques, la sentencia pudiera dar pie a un posible estandarización de estos ataques como causa de fuerza mayor en empresas con alta exposición de su actividad a estas amenazas.

De tal manera que, como segunda conclusión muy vinculada a esta es que, la real amenaza y habitualidad con la que se están produciendo estos ataques que hacen necesario una permanente inversión económica de la empresa y formación a los trabajadores para evitar los peligros del uso ilegítimo de web o emails. En especial haríamos extensivo este riesgo a las personas teletrabajadores que desarrollan su actividad conectados a la IP de sus domicilios.

EL DERECHO A JUBILACIÓN ANTICIPADA DE SOCIOS DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

*Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2023
ECLI:ES:TS:2023:4767*

MACARENA SALAZAR RODRÍGUEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Una socia-trabajadora de una cooperativa de trabajo asociado, afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, solicita el reconocimiento de una pensión de jubilación anticipada involuntaria en fecha 16 de noviembre de 2020. La actividad de la cooperativa cesa, con fecha 15 de julio de 2015, por ser inviable su sostenibilidad debido a la acumulación de pérdidas desde el año 2009, y, por consiguiente, en dicha fecha se produce la extinción del contrato y se la declara en situación legal de desempleo por resolución de la Autoridad Laboral. El INSS deniega la pensión solicitada argumentando que al ser una trabajadora que prestaba servicios en una cooperativa de trabajo asociado no puede acogerse a esta modalidad de jubilación por haber sido societario y no laboral su vínculo con la cooperativa, razón por la cual no puede acreditar el percibo de la indemnización en caso de despido por las causas tasadas en el art. 207.1.d) LGSS.

RESUMEN: La STS de 14 de noviembre de 2023 (rcud 3387/2022) desestima la pretensión del INSS y establece que sí puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria (art. 207 LGSS) todo socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado que ve extinguida su relación como consecuencia del acuerdo adoptado por la Asamblea General, con base en la deficiente situación económica de la mercantil. Los términos del debate giran en torno a si es posible equiparar el acuerdo de disolución de la sociedad cooperativa por marcha deficiente a una reestructuración empresarial. Confirma la doctrina que determina el carácter cerrado del listado de supuestos contemplados en el art. 207.1 LGSS, pero también que su tipología ha de interpretarse de modo coherente cuando se trata de atender a situaciones planteadas respecto de quienes se encuentran en el RGSS y no poseen la condición de personal asalariado.

* Estudiante de 3er curso del Grado en Relaciones Laborales y Recursos Humanos por la Universidad de Granada, en expectativa de Beca de Iniciación a la Investigación.

ÍNDICE

1. EL EMPLEO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO
 - 1.1. La compleja condición jurídica del socio-trabajador
 - 1.2. La baja obligatoria
 - 1.3. El encuadramiento en el sistema de seguridad social
2. SOCIOS-TRABAJADORES DE COOPERATIVAS Y JUBILACIÓN
 - 2.1. Planteamiento general
 - 2.2. Las posibilidades de anticipo de la edad
 - 2.3. Especial referencia a la jubilación anticipada por causa no imputable a la voluntad del trabajador
3. DOCTRINA UNIFICADA PARA CONCEDER LA JUBILACIÓN ANTICIPADA A SOCIOS-TRABAJADORES DE COOPERATIVAS
 - 3.1. Supuesto de hecho
 - 3.2. La acción protectora para los socios-trabajadores
 - 3.3. La aplicación analógica de las previsiones para personal de régimen laboral
 - 3.4. La ausencia de indicios de comportamiento fraudulento
 - 3.5. La indemnización anudada al fin del vínculo societario
 - 3.6. La interpretación en línea con los mandatos constitucionales e internacionales

1. EL EMPLEO EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO

Las cooperativas de trabajo asociado (en adelante, CTA) se encuentran definidas en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (en adelante, LC) como “...*las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros (...)*”¹. Se pueden desprender así, tanto de su denominación como en su definición, sus elementos clave: la cooperación entre personas².

En el estudio del régimen jurídico de las CTA no hemos de considerar solamente la citada normativa estatal, sino también las leyes que cada Comunidad Autónoma tiene para regularlo. En este comentario de Sentencia tendremos también como referencia, por tanto, el Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón, habida cuenta que el caso se comprende dentro de su ámbito de aplicación³.

¹ Ex art. 80.

² Bengoetxea Alkorta, A. “El empleo en las cooperativas de trabajo asociado: ¿Derecho al trabajo o factor productivo?”, *Lan harremanak: revista de relaciones laborales*, 32/2016, p. 41.

³ Ex art. 1: “*La presente ley tiene por objeto regular y fomentar las sociedades cooperativas que se constituyan y desarrollen sus actividades dentro del territorio aragonés, sin perjuicio de que, para completar y mejorar sus fines, puedan realizar actividades instrumentales y tener relaciones con terceros fuera de Aragón*”.

1.1. La compleja condición jurídica del socio-trabajador

Entre las personas empleadas al amparo de las CTA podemos distinguir entre las que tienen empleo cooperativo y las de empleo asalariado. Si bien el Derecho cooperativo permite la contratación de trabajadores por cuenta ajena, a los cuales se les aplica el Derecho del Trabajo como en cualquier empresa convencional, son los socios-trabajadores los actores fundamentales y principales aportadores de trabajo en estas entidades⁴. Hablamos, por tanto, de personas que presentan un rol simultáneo: son socias porque aportan capital a la empresa y son copropietarias de la misma, y además son trabajadoras, porque realizan una actividad profesional en la propia empresa⁵.

Sin embargo, esta doble condición tan compleja acerca del carácter del vínculo jurídico que une a la persona socia-trabajadora con la CTA no se encuentra zanjada, y ha propiciado debates tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencia. A este respecto encontramos posturas que consideran la relación únicamente de naturaleza jurídica societaria –y que de ésta se deriva la obligación del socio trabajador de prestar trabajo–; otras que admiten la existencia de una relación laboral justificándose en la condición de que dicho socio necesariamente debe ser trabajador en la cooperativa⁶; y finalmente están quienes reconocen la coexistencia de una doble relación jurídica: la societaria y la laboral⁷.

Por otra parte, si observamos el Derecho positivo vigente, tampoco es posible encontrar planteamientos unánimes. Si bien la LC establece que esta relación jurídica es societaria⁸, también asume parte del contenido de la normativa laboral para regular la actividad de los socios-trabajadores dentro de las mismas, por lo que la redacción del legislador podría catalogarse como de ambigua y contradictoria⁹. Sin embargo, entre los referentes autonómicos, en general, se observa una línea que tiende a equiparar la relación de los socios-trabajadores con la del trabajador

⁴ También Bengoetxea Alkorta, A. “El empleo...”, op. cit., p. 42. Para el autor, aunque el Derecho positivo cooperativo actualmente permita personal asalariado, se trata de una cuestión ciertamente discutible. Es una cuestión de principios. Si es una cooperativa, ¿por qué integrar personas trabajadoras, cuyo régimen jurídico se basa en el conflicto capital-trabajo? El personal asalariado en una cooperativa es un elemento de distorsión jurídica y de funcionamiento de la misma.

⁵ Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A. “La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37/2014, p. 18.

⁶ Estableciendo, en este sentido, el párrafo 2 del precepto que sólo “*podrán ser socios trabajadores quienes legalmente tengan capacidad para contratar la prestación de su trabajo*”.

⁷ Mairal Jiménez, M. “La doble relación jurídica del socio trabajador de la cooperativa de trabajo asociado: societaria y laboral”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37/2014, pp. 161-184.

⁸ *Ex art. 80.1.*

⁹ También Mairal Jiménez, M. “La doble...”, op. cit., pp. 161-184.

asalariado¹⁰. Nos encontramos ante una materia cuya regulación está subordinada a opciones de política legislativa, por lo que, dependiendo del momento en que se regule, tendrá un tratamiento jurídico-positivo u otro según los criterios de oportunidad del legislador de turno¹¹.

En relación al supuesto que nos trae a realizar este comentario, y específicamente en lo que respecta a la presencia o ausencia de voluntariedad en determinadas decisiones de los cooperativistas, es interesante el debate doctrinal en torno a la laboralidad o no de la relación que lo analiza desde la perspectiva de las notas de dependencia y ajenidad. Se entiende que en la relación entre socio-trabajador y CTA no existe ajenidad, ya que aun siendo conscientes de que éste no trabaja para sí mismo, sino para la CTA, no se puede obviar que el socio-trabajador también es copropietario de la sociedad, por lo tanto entendemos que la ajenidad no existe, al menos en su versión plena¹². En cuanto al debate sobre la dependencia, en cooperativas de gran dimensión la prestación de trabajo estará subordinada a las instrucciones emanadas de la CTA; no obstante, en las pequeñas tal dependencia no existe¹³. Es importante mencionar a este respecto que la normativa sobre cooperativas de la comunidad autónoma de Aragón admite las CTA con sólo dos socios-trabajadores¹⁴, como ocurre en el caso que nos encontramos comentando.

1.2. La baja obligatoria

El Derecho cooperativo prevé la adopción, por parte de la Asamblea General de la CTA, de las decisiones que permitan mantener la viabilidad de la cooperativa cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, cuyo desarrollo se encuentra en el art. 85 LC:

“Baja obligatoria por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¹⁰ También Mairal Jiménez, M. “La doble...”, op. cit., p. 169. A este respecto podemos destacar aspectos como: el requisito de la capacidad legal para contratar la prestación de su trabajo para ser socio-trabajador; el derecho a percibir periódicamente y en un plazo no superior a un mes el denominado anticipo societario, siendo prácticamente imposible no equiparlo con el salario, incluso algunas CC.AA. establecen que dicho anticipo societario-salario no podrá ser inferior al salario mínimo interprofesional en cómputo anual; todas remiten al orden jurisdiccional social para dirimir las cuestiones litigiosas que se susciten entre la cooperativa de trabajo asociado y los socios trabajadores, derivadas de su condición de trabajadores, competencia, por otra parte, asignada a este orden jurisdiccional por el art. 2 c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Respecto al anticipo societario véase art. 146.4 Ley 9/2018, de 30 de octubre, de sociedades cooperativas de Extremadura y también art. 105.1 Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de Cooperativas de Galicia.

¹¹ También Mairal Jiménez, M. “La doble...”, op. cit., p. 179.

¹² También Mairal Jiménez, M. “La doble...”, op. cit., p. 172.

¹³ También Mairal Jiménez, M. “La doble...”, op. cit., p. 172.

¹⁴ *Ex art. 72.2 Decreto Legislativo 2/2014.*

1. Cuando, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o en el supuesto de fuerza mayor, para mantener la viabilidad empresarial de la cooperativa, sea preciso, a criterio de la Asamblea General, reducir, con carácter definitivo, el número de puestos de trabajo de la cooperativa o modificar la proporción de las cualificaciones profesionales del colectivo que integra la misma, la Asamblea General o, en su caso, el Consejo Rector si así lo establecen los Estatutos, deberá designar los socios trabajadores concretos que deben causar baja en la cooperativa, que tendrá la consideración de baja obligatoria justificada.
2. Los socios trabajadores que sean baja obligatoria conforme a lo establecido en el número anterior del presente artículo, tendrán derecho a la devolución inmediata de sus aportaciones voluntarias al capital social y a la devolución en el plazo de dos años de sus aportaciones obligatorias periodificadas de forma mensual. En todo caso, los importes pendientes de reembolso devengarán el interés legal del dinero que de forma anual deberá abonarse al ex-socio trabajador por la cooperativa.

No obstante, cuando la cooperativa tenga disponibilidad de recursos económicos objetivables, la devolución de las aportaciones obligatorias deberá realizarse en el ejercicio económico en curso.

3. En el supuesto de que los socios que causen baja obligatoria sean titulares de las aportaciones previstas en el artículo 45.1.b) y la cooperativa no acuerde su reembolso inmediato, los socios que permanezcan en la cooperativa deberán adquirir estas aportaciones en el plazo máximo de seis meses a partir de la fecha de la baja, en los términos que acuerde la Asamblea General”.

No obstante, ni esta Ley estatal ni las autonómicas definen el concepto de estos elementos –causas económicas, técnicas, organizativas o de producción- siendo el art. 51 ET, y la jurisprudencia y doctrina del Derecho del Trabajo, quienes han elaborado los mencionados conceptos, razón por la cual corresponde al Derecho cooperativo hacer suya esa construcción jurídica laboralista¹⁵. Sin embargo, dado que en las entidades de economía social priman las personas y el objeto social frente al capital, es difícil utilizar los mismos criterios que se han establecido para las empresas de economía capitalista¹⁶, en las que se entiende que concurren causas económicas cuando la disminución de su nivel de ingresos o ventas es persistente, entendiéndose que se está en tal situación si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior¹⁷.

¹⁵ Vila Tierno, F. “Algunas notas en relación a la prestación de trabajo en las cooperativas. Una especial atención a las formas de extinción”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 37/2014, p. 152.

¹⁶ Valdeza Blanco, M.D. “La economía social en España: referencia a las cooperativas de trabajo asociado”, *Revista Derecho y Sociedad*, 46/2016, p. 91.

¹⁷ Ex art. 51 ET.

En las CTA el empleo constituye su razón de ser, y no el lucro mercantil, por lo que cuando las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción presionen contra el empleo cooperativo, cabe esperar que se procure utilizar medidas de flexibilidad interna que permitan garantizar la viabilidad de la sociedad, relegando la extinción del empleo cooperativo a la última opción¹⁸.

1.3. El encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social

Nos detenemos en este apartado en el estudio del Derecho positivo vigente, específicamente en el derecho de opción de la cooperativa a la hora de encuadrar a las personas socias que prestan sus servicios en la CTA. La LGSS, al margen de la naturaleza jurídica de la relación de los socios-trabajadores con la CTA, los incluye dentro de su campo de aplicación¹⁹, siendo el art. 14 de la misma la que establece las modalidades de su integración:

- “1. Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social, pudiendo optar la cooperativa entre las modalidades siguientes:
 - a) Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. Dichas cooperativas quedarán integradas en el Régimen General o en alguno de los regímenes especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad.
 - b) Como trabajadores autónomos en el régimen especial correspondiente.
Las cooperativas ejercerán la opción en sus estatutos, y sólo podrán modificarla en los supuestos y condiciones que el Gobierno establezca.
2. Los socios trabajadores de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra y los socios de trabajo a los que se refiere el artículo 13.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, serán asimilados a trabajadores por cuenta ajena a efectos de Seguridad Social.
3. En todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

¹⁸ También Vila Tierno, F. “Algunas notas...”, op. cit., p. 154.

¹⁹ Ex art. 7.1: “Estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes:... c) Socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado”.

4. Se autoriza al Gobierno para regular el alcance, términos y condiciones de la opción prevista en este artículo, así como para, en su caso, adaptar las normas de los regímenes de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa”.

El encuadramiento en la Seguridad Social de los socios trabajadores no ha estado exento, a lo largo del tiempo, de variaciones en cuanto al régimen en el que deban estar integrados o al nivel de protección que puedan alcanzar. El punto de partida de inclusión lo encontramos en la Orden Ministerial de 17 de junio de 1947 que los asimilaba a trabajadores por cuenta ajena a efectos de los beneficios sociales²⁰. La única norma que contempló la posibilidad de un Régimen Especial de socios-trabajadores fue el Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1966. Sin embargo, la Disposición Transitoria Primera del Decreto 2530/1970 los asimiló provisionalmente a trabajadores independientes²¹. La Ley 52/1974, de 19 de diciembre, General de Cooperativas (en adelante, LGC) supuso el abandono implícito de la creación de un régimen especial, siendo la LGC de 1987 la que rechaza rotundamente esta idea y apuesta por el encuadramiento opcional, autorizando al Gobierno para regular “*el alcance, los términos y condiciones de la opción prevista*” así como para “*adaptar las normas de los regímenes de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativizada*”²². Como hemos visto, la normativa vigente sigue esta misma línea.

2 SOCIOS-TRABAJADORES DE COOPERATIVAS Y JUBILACIÓN

2.1. Planteamiento general

Aunque los conceptos de jubilación y vejez no son idénticos en términos jurídicos, la protección a esta última, una de las más antiguas y compleja dentro de los Sistemas de Seguridad Social implementados en diversos Estados, se ha venido reconociendo fundamentalmente a través de la protección a la jubilación²³. En el ámbito de la legislación ordinaria, la pensión de jubilación en su modalidad contributiva se encuentra actualmente regulada en el Capítulo XIII del Título II LGSS (arts. 204 y ss.).

²⁰ Olarte Encabo, S. “Sociedades cooperativas de trabajo asociado y trabajo a tiempo parcial: la adaptación de las normas de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, 64/2002, p. 175.

²¹ También Olarte Encabo, S. “Sociedades cooperativas...”, op. cit., p. 176.

²² También Olarte Encabo, S. “Sociedades cooperativas...”, op. cit., p. 176.

²³ “Las prestaciones (III): la protección a la vejez. Protección por jubilación”, en AA.VV. *Manual de Seguridad Social* (Coord. Monereo Pérez, J.L.), Tecnos, Madrid, 2023, p. 314.

Un aspecto determinante para acceder a dicha prestación es alcanzar una determinada edad, que en nuestro ordenamiento jurídico se mantuvo en sesenta y cinco años desde el Real Decreto de 1919, de Retiro Obrero, hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que la elevó hasta los sesenta y siete años²⁴.

A pesar de los límites legales que se han establecido, y se establecen actualmente, en torno a la edad de acceso a la pensión de jubilación, es posible identificar en la normativa vigente diversas fórmulas que permiten a la persona trabajadora anticipar dicha prestación: 1) por razón de la actividad desarrollada; 2) por encontrarse en situación de discapacidad; 3) por voluntad del interesado o 4) por derivarse de causas no imputables a dicha voluntad²⁵.

En estricto sentido, los dos primeros motivos corresponden más bien al establecimiento de una edad legal inferior para acceder a la jubilación que a una verdadera posibilidad de jubilarse con carácter previo a la edad que corresponde por Ley, como sí ocurre en los otros dos casos, en los que la jubilación anticipada se establece como un derecho de opción del trabajador que lleva consigo la aplicación de reglas de cálculo que reducen la pensión respecto a la que se podría obtener en caso de jubilarse a la edad legalmente establecida²⁶.

2.2. Las posibilidades de anticipo de la edad

Los primeros antecedentes de jubilación anticipada en nuestro país se remontan a la Segunda República, en donde un frustrado Anteproyecto de Ley pretendía reformar el entonces Seguro Social de Retiro Obrero, que entre otras modificaciones introducía el anticipo de edad de jubilación a los sesenta años, siempre y cuando se tuvieran las cotizaciones y los años de afiliación correspondientes, aplicándose, además, la respectiva corrección de la cuantía²⁷.

²⁴ Como es sabido, el art. 4 Ley 27/2011 introduce modificaciones al art. 161.1 LGSS 1994 (Texto Refundido de la LGSS aprobado por RDL 1/1994, de 20 de junio). En lo que respecta a la edad, establece: “a) Haber cumplido 67 años de edad, o 65 años cuando se acrediten 38 años y 6 meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. La aplicación de esta nueva edad de jubilación y de los años de cotización se realizará de forma paulatina de acuerdo a lo dispuesto en la disposición transitoria vigésima de la misma ley”.

²⁵ Ex arts. 206, 206 bis, 207 y 208 LGSS vigente en la actualidad.

²⁶ Álvarez Cortés, J.C. “Las jubilaciones anticipadas y su evolución”, en AA.VV. *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo: Entre el envejecimiento activo y la estabilidad presupuestaria* (Dir. Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 475.

²⁷ Macías García, M.C. “¿Es requisito necesario la situación de asimilación alta para el acceso a la jubilación anticipada involuntaria?”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social*, 3/2021, p. 240.

La regulación inicial, por tanto, no aparece hasta la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social, que permitía causar el derecho a la pensión a los sesenta años a los cotizantes del Mutualismo Laboral²⁸. Esta norma se integró posteriormente tanto en la LGSS de 1974, como en la de 1994²⁹.

Con la idea de amortiguar los perjuicios económicos de quienes habiendo tenido la condición de mutualistas a fecha 1 de enero de 1967 se veían obligados a solicitar la pensión de forma anticipada, por razón de ver extinguidos sus contratos de trabajo de forma involuntaria y ante las escasas posibilidades de reincorporarse al mercado laboral, la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, modifica este régimen distinguiendo una submodalidad de carácter voluntario y otra de carácter involuntario, con la consiguiente disminución de los coeficientes reductores para esta última³⁰. Las causas que permitían acceder a la submodalidad involuntaria se establecían reglamentariamente en forma de lista abierta³¹.

Posteriormente, el Acuerdo de Pensiones de 2001³² reconoce el derecho a la jubilación anticipada con carácter general, es decir, la extiende a los trabajadores que no tuvieran la condición de mutualista laboral el 1 de enero de 1967. A través del art. 3 Ley 35/2002, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, se añade un nuevo apartado 3 al art. 161 LGSS 1994, que establece los requisitos de acceso: tener sesenta y un años cumplidos; encontrarse inscrito como demandante de empleo durante, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación;

²⁸ De acuerdo a la DT 1ª.9 de la mencionada Orden, para acceder a la jubilación anticipada se requería que los cotizantes al Mutualismo Laboral tuvieran cumplido los cincuenta años a fecha 1 de enero de 1967. La cuantía de la prestación estaba sujeta a una disminución producto de la aplicación de coeficientes reductores.

²⁹ Como indica también Macías García, M.C., esas normas no se limitaron más que a reproducir de forma literal los preceptos en vigor hasta ese entonces, en “¿Es requisito...”, op. cit., p. 241.

³⁰ Fernández Docampo, M.B. “Jubilación anticipada involuntaria y voluntaria”, *Temas Laborales*, 163/2022, p. 102.

³¹ Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social. La DT2ª enumera los supuestos ante los cuales se puede causar el derecho a pensión de jubilación anticipada, finalizando el apartado 2, letra h): “Por cualquier otra razón en virtud de la cual la extinción del contrato de trabajo no derive de causa imputable a la libre voluntad del trabajador”, cláusula de manifiesto carácter abierto.

³² Acuerdo de Pensiones recogido en RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Disposición derogada por Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años; y “*que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador, la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma*”. En cuanto a las causas determinantes de la involuntariedad, quedan establecidas en el Real Decreto 1795/2003³³: “...*Se presumirá que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria, cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social*”³⁴.

Finalmente, las modificaciones introducidas por el art. 3.3 de la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, suponen la incorporación de un nuevo art. –el 161 bis- que incluye en su primer apartado los supuestos de reducción de la edad ordinaria de jubilación, y en el segundo los supuestos en que se podía acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada³⁵. Esta reforma supuso que los requisitos establecidos por el legislador para acceder a esta modalidad de jubilación se redactaron por primera vez en un artículo independiente³⁶, sin embargo, éstos no sufrieron ninguna modificación y se trasladaron de forma íntegra respecto a lo establecido en el 161.3.

Podemos observar como en ambos casos el legislador utiliza la técnica jurídica de remisión, del art. 161.3 o 161 bis.2 al art. 208.1.1 LGSS 1994, para identificar las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada.

³³ El RD 1795/2003 efectúa una acomodación técnica de la jubilación anticipada modificando ligeramente el contenido del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, de desarrollo de determinados preceptos de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

³⁴ Los supuestos que establece el art. 208.1.1 de la LGSS, en su redacción vigente a fecha de entrada en vigor del RD 1795/2003, para encontrarse en situación legal de desempleo son aquellos que deriven de la extinción de la relación laboral: “*a) En virtud de expediente de regulación de empleo; b) Por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, cuando determinen la extinción del contrato de trabajo; c) Por despido; d) Por despido basado en causas objetivas; e) Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3 y 50 del Estatuto de los Trabajadores; f) Por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que dichas causas no hayan actuado por denuncia del trabajador; g) Por resolución de la relación laboral, durante el período de prueba, a instancia del empresario, siempre que la extinción de la relación laboral anterior se hubiera debido a alguno de los supuestos contemplados en este apartado, o haya transcurrido un plazo de tres meses desde dicha extinción*”.

³⁵ También Álvarez Cortés, J.C. “Las jubilaciones anticipadas...”, op. cit., p. 481.

³⁶ Antes de la modificación introducida por la Ley 40/2007, el art. 161, denominado “*Beneficiarios*”, contenía las condiciones que debían reunir quienes accedieran a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el Régimen General, incluidos los requisitos de quienes quisieran acceder a la jubilación anticipada.

La Ley 27/2011 sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, por su parte, continúa en la línea de las modificaciones anteriores. En su preámbulo el legislador manifiesta que los Sistemas de Seguridad Social no deben limitarse a imponer reglas rígidas que ignoren el impacto que tiene la jubilación en la vida de los trabajadores, y por tanto, no desconoce que puedan existir situaciones personales que influyan en la decisión de acceder a una pensión de jubilación.

2.3. Especial referencia a la jubilación anticipada por causa no imputable a la voluntad del trabajador

La nueva redacción que se da al art. 161 bis.2 LGSS establece en su apartado A) los requisitos establecidos para acceder a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador. Las principales modificaciones se pueden identificar en el período mínimo de cotización efectiva a acreditar, que aumenta a treinta y tres años, y en las causas de extinción del contrato que dan acceso a esta modalidad de jubilación (a partir de esta reforma el cese del trabajador ha de producirse como “*consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral*”, para ello el legislador conforma una lista cerrada³⁷ de cinco causas de extinción vinculadas a una situación de crisis o cierre de la empresa –ya no utiliza la técnica de remisión- manteniendo una sexta causa vinculada a la decisión de la trabajadora víctima de violencia de género).

Es decir: tras la reforma de la Ley 27/2011 no todas las situaciones legales de desempleo vinculadas a la extinción del contrato de trabajo dan acceso a la jubilación anticipada involuntaria. Por tanto, no cabe ampliación por vía administrativa ni judicial, siendo únicamente posible aplicar la interpretación de la norma³⁸. Esta reducción de las causas, junto con las otras modificaciones, es coherente con la Exposición de Motivos de la Ley y la Recomendación 12 del Pacto de Toledo, y

³⁷ “a. El despido colectivo por causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

b. El despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor”.

³⁸ Areta Martínez, M. “Las causas de extinción del contrato de trabajo que dan acceso a la jubilación anticipada derivada de cese no imputable al trabajador [artículo 207.1.d) LGSS]: ¿lista ‘*numerus clausus*’ o ‘*numerus apertus*’?”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 10/2020, p. 7.

es posible entender que el endurecimiento del régimen de acceso a la jubilación anticipada responde al objetivo de sostenibilidad del Sistema de Pensiones³⁹.

El art. 6 Real Decreto-ley 5/2013, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, modificó el art. 5 Ley 27/2011 con el consiguiente cambio en la redacción del art. 161 bis.2.A LGSS 1994. Desde este momento el cese en el trabajo que tendrá acceso a la jubilación anticipada de tipo involuntaria será aquel que *“se haya producido como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral”*. El motivo que impide la continuidad de la relación laboral ya no es una situación de crisis o cierre de la empresa, sino que se concreta específicamente en una reestructuración empresarial. Por consiguiente, las causas que dan acceso a la prestación también se modifican. Aunque se mantiene la característica de lista cerrada⁴⁰, algunas causas adoptan un contenido más amplio posibilitando de esta manera el acceso a la jubilación anticipada desde situaciones que la normativa anterior no permitía.

De esta manera, el Real Decreto-ley 5/2013 introduce la posibilidad de acceso a jubilación anticipada a través de los despidos colectivos y objetivos ya no sólo desde una causa económica, sino que agrega las técnicas, organizativas y de producción, al tiempo que incorpora el requisito de acreditar la percepción de indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El TS ha señalado que la finalidad de esta nueva exigencia no tiene otra razón que evitar *“hacer pasar como causa de extinción del contrato de trabajo no imputable a la voluntad del trabajador, lo que en realidad sería una resolución de la relación laboral de mutuo acuerdo entre las partes disfrazada de despido colectivo u objetivo por causas económicas, técnicas,*

³⁹ También Areta Martínez, M. “Las causas...”, op. cit., p. 8.

⁴⁰ De acuerdo al art. 6 RD-ley 5/2013, en la versión del texto original de fecha 16 de marzo de 2013, las causas de extinción serán las siguientes:

“a. El despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores.

b. El despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores.

c. La extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

d. La muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante.

e. La extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el artículo 51.7 del Estatuto de los Trabajadores”.

organizativas o de producción”⁴¹, y en el mismo sentido la doctrina judicial indica que tal exigencia tiene como finalidad evitar los casos de fraude, es decir, que por conductas fuera del marco legal se pueda acceder a una prestación ventajosa⁴².

La LGSS en su versión 2015 introduce esto en el art. 207 sin modificaciones respecto al 161 bis.2.A en su última modificación por el Real Decreto-ley 5/2013.

Finalmente, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones. En esta oportunidad –al contrario de lo que había sucedido en las reformas precedentes- los supuestos de cese involuntario en la actividad laboral se amplían, admitiendo como causa de cese todas las de carácter objetivo del art. 52 ET –anteriormente sólo se admitían las de la letra c)-, también se incluye la resolución voluntaria por parte del trabajador en los supuestos previstos en los arts. 40.1, 41.3 y 50 ET⁴³. Se mantiene la necesidad de acreditar el hecho de haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de la misma o impugnando la decisión extintiva, que se extiende ahora todas las causas del art. 52 ET y a las derivadas de las motivaciones previstas en los arts. 40.1, 41.3 y 50 ET.

3. DOCTRINA UNIFICADA PARA CONCEDER LA JUBILACIÓN ANTICIPADA A SOCIOS-TRABAJADORES DE COOPERATIVAS

3.1. Supuesto de hecho

La actora prestaba servicios como socia-trabajadora de la empresa S.P.I, Sociedad Cooperativa. En fecha 25 de junio de 2015 se comunica a la Subdirección Provincial de Trabajo la extinción de todos los contratos por cese de actividad, basándose en causas de naturaleza económica, debido a la bajada de las ventas y acumulación de pérdidas desde el año 2009, siendo inviable la sostenibilidad de la empresa. En fecha 15 de julio de 2015, por resolución de dicha Subdirección Provincial, la actora es declarada en situación legal de desempleo.

⁴¹ STS 2554/2020 (rcud 2267/2018). La Sentencia declara que el trabajador no tiene acceso a jubilación anticipada, por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, por no cumplir las exigencias legales. *“El procedimiento correcto para demostrar la autenticidad del pago hubiese tenido que ser mediante una transferencia bancaria o instrumento de análoga fiabilidad. No se trata de privar de eficacia a los documentos privados, sino de comprobar que se cumple con lo exigido por la norma especial de Seguridad Social”*.

⁴² Sobre el porqué se accedería a una prestación ventajosa, nos recuerda también Areta Martínez, M., que los coeficientes reductores en la modalidad involuntaria son menores que los que se aplican para la jubilación anticipada voluntaria, en “Las causas...”, op. cit., p. 11.

⁴³ También Fernández Docampo, M.B. “Jubilación anticipada...”, op. cit., p. 111.

La demandante solicita el reconocimiento de una pensión de jubilación en fecha 16 de noviembre de 2020, que es denegada el día 24 del mismo mes y año por el INNS manifestando los siguientes motivos:

- En la fecha del hecho causante tiene cumplidos 61 años, 10 meses y 9 días, edad inferior en más de 2 años a la de 65 años que le resulta de aplicación con el art. 205.1.a)⁴⁴ o lo dispuesto en el punto 1 apartado a) del art. 208 LGSS⁴⁵. Es decir, se le deniega el acceso a la pensión de jubilación tanto general como anticipada voluntaria por no cumplir con los requisitos de edad exigidos legalmente.
- Por tratarse de una trabajadora que presta servicios en una cooperativa de trabajo asociado, no puede acogerse a la modalidad de jubilación anticipada involuntaria debido a que su relación con la cooperativa es societaria y no laboral no pudiendo acreditar, por esta razón, el percibo de la indemnización en caso de despido por las causas tasadas en el art. 207.1.d) LGSS⁴⁶.

La actora interpone reclamación ante esta Resolución, la cual es nuevamente desestimada en fecha 9 de marzo de 2021. No estando conforme con la misma, acude al Juzgado de lo Social de Huesca, quien en fecha 10 de febrero de 2022 estima la demanda de la actora frente al INSS, procediendo la revocación de la Resolución que deniega el acceso a la jubilación y reconociendo el derecho de la demandante a la jubilación anticipada con efectos desde el 17 de noviembre de 2020.

Ante este fallo se interpone recurso de suplicación por parte del INSS. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón dicta Sentencia con fecha 18 de mayo de 2022⁴⁷ desestimando dicho recurso y confirmando la Sentencia de instancia.

⁴⁴ Según lo dispuesto en el art. 205.1, tendrán derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva –recordamos- las personas incluidas en el Régimen General que, además de estar afiliadas y en alta o en situación asimilada al alta, reúnan otros requisitos como: “a) *Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin que se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias*”.

⁴⁵ En este precepto se establecen los requisitos para acceder a la jubilación anticipada en la modalidad voluntaria. En lo relativo a la edad, se exige “*Tener cumplida una edad que sea inferior en dos años, como máximo, a la edad que en cada caso resulte de aplicación según lo establecido en el artículo 205.1.a)*...”.

⁴⁶ De acuerdo a la redacción vigente a la fecha de solicitud de la pensión de jubilación. Recordemos que la normativa actual fue modificada por la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, que amplió los supuestos de extinción del contrato como consecuencia de una reestructuración empresarial.

⁴⁷ STSJ AR 711/2022 - ECLI:ES:TSJAR:2022:711.

Contra dicha Sentencia dictada en suplicación se formaliza por la representación procesal del INSS recurso de casación para la unificación de doctrina alegando la contradicción existente entre la Sentencia recurrida y la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Murcia en fecha 13 de julio de 2021⁴⁸ (rec. 352/2020) alegando la infracción de los arts. 207.1.d), 14 y 7 LGSS 2015.

Finalmente, el TS desestima dicho recurso de casación para la unificación de doctrina formalizado por el INSS estableciendo que puede acceder a la jubilación anticipada involuntaria el socio-trabajador de una cooperativa de trabajo asociado que ve extinguida su relación como consecuencia del acuerdo adoptado por la Asamblea General, con base en la deficiente situación económica de la mercantil, y que en tales casos no cabe rechazar la solicitud de jubilación invocando que no se ha percibido la indemnización propia de los despidos objetivos o colectivos.

La cuestión de fondo, en fin, consiste en dilucidar si, a efectos de jubilación anticipada involuntaria (art. 207.1 LGSS), puede equipararse a una reestructuración empresarial indemnizada el acuerdo de la Asamblea General de una CTA que disuelve la sociedad por marcha deficiente. En este sentido, las posturas de las partes enfrentadas son las siguientes:

La letrada de la Administración de la Seguridad Social:

- Denuncia infracción del art. 207.1 LGSS, recalando que quien desea acceder a la jubilación anticipada involuntaria debe acreditar el término de su contrato por una de las causas contempladas en la norma, y en el caso que nos ocupa, acreditar haber percibido la indemnización correspondiente.
- Sostiene el carácter cerrado de los supuestos enumerados por la LGSS.
- Mantiene que la percepción del desempleo no supone la existencia de involuntariedad y que la presencia de sólo dos integrantes en la cooperativa aleja ese presupuesto.

La representante de la actora, respecto al tema de fondo, expone:

Que al tenor de la Ley autonómica sobre cooperativas⁴⁹ y de los arts. 14 y 215.5⁵⁰ LGSS, debe realizarse una interpretación sistemática y analógica de las previsiones sobre jubilación anticipada.

Como ya hemos puesto de manifiesto, el TS desestima el recurso formalizado por la letrada en representación de la Administración de la Seguridad Social

⁴⁸ STSJ MU 1550/2022 - ECLI:ES:TSJMU:2021:1550.

⁴⁹ Decreto Legislativo 2/2014, de 29 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de Aragón.

⁵⁰ Este artículo establece las condiciones para acceder a la jubilación parcial, manifestando explícitamente que podrán acogerse a esta modalidad los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, que se encuentren asimilados a trabajadores por cuenta ajena en los términos del art.

indicando que la Sentencia recurrida –STSJ AR 711/2022- acoge la doctrina acertada y por tanto procede confirmarla. Los pasos interpretativos que conducen al Tribunal a tomar dicha decisión y a solucionar la controversia toman como referencia la LGSS –como principal norma- y jurisprudencia conexas como veremos en los siguientes párrafos.

3.2. La acción protectora para los socios-trabajadores

Anteriormente hemos indicado que la relación jurídica del socio-trabajador con la cooperativa es compleja. Aunque las normas que regulan estas entidades establecen que la relación es societaria, existe doctrina que reconoce el rol simultáneo que desempeñan: socios, al ser copropietarios de la misma, y trabajadores, debido a que ejercen una actividad profesional en dicha empresa. En este sentido, aunque sin detenerse demasiado en la cuestión, la Sala hace alusión a jurisprudencia vinculada a la cuestión donde es posible visualizar líneas divergentes: por un lado se descarta la posibilidad de acceder a jubilación anticipada recalcando el carácter mercantil⁵¹ del vínculo profesional, y que por tanto existía voluntariedad en su cese dada su condición de socio y consejero, aclarando unos párrafos más adelante, que en realidad a lo que acudían era a los criterios para determinar si el encuadramiento correspondía al RETA o al RGSS y por tanto ese sería el motivo de la denegación, que no correspondía su inclusión en el RGSS; y por otro, acude a la doctrina sentada al hilo del caso *Edesa*⁵² que permite la aplicación analógica de los supuestos relacionados por el art. 207.1 LGSS a quienes poseen la cualidad de socios-trabajadores de la cooperativa. Los argumentos desplegados al efecto se basan en las condiciones de inclusión en el RGSS, y a que una vez integrados allí las normas que lo regulan se aplican totalmente, salvo excepciones expresamente establecidas en la Ley, que no son las que vienen a este caso.

Dispone el art. 7.1.c) LGSS la inclusión de los socio-trabajadores de CTA en el Sistema de Seguridad Social “*a efectos de las prestaciones contributivas*”, siendo innegable que la jubilación es una de ellas si nos remitimos al art. 42.1.c) de la misma Ley, que establece la acción protectora del sistema. El art. 14 especifica que estas personas disfrutarán de los beneficios de la Seguridad Social ya sea como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores autónomos, otorgando el derecho de opción a la cooperativa. Finalmente, el art. 136.1 LGSS dispone la inclusión obligatoria en el RGSS de “*los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a los que se refiere el artículo 7.1.a)*” y en el número 2 de dicho art.

14 de esta misma Ley, y respetando lo establecido en el punto 2 de este art. y los puntos 6 y 7 del art. 12 ET.

⁵¹ STS 1961/2014 (rcud 1684/2013) - ECLI:ES:TS:2014:1961.

⁵² STS 4488/2018 (rcud 3407/2016) - ECLI:ES:TS:2018:4488 y STS 4258/2019 (rcud 2416/2017) - ECLI:ES:TS:2019:4258.

aparece un elenco de colectivos análogos a los socio trabajadores de CTA respecto a los cuales la norma restringe la acción protectora sin que aparezca mención alguna respecto de los socios cooperativistas que opten por incorporarse en el RGSS. Esto quiere decir que habría una contradicción o falta de correspondencia entre las previsiones genéricas y la exclusión de beneficios en el contexto del régimen de protección social para el colectivo en cuestión, y así se ha advertido al hilo del caso *Edesa*, donde diversas resoluciones han entendido y reconocido el derecho a anticipar su jubilación el socio de una CTA afiliado al RGSS (*“Una vez integrados en el Régimen General de la Seguridad Social los socios trabajadores de las cooperativas de trabajo asociado, las normas que regulan el citado régimen general se aplican totalmente salvo excepciones expresamente establecidas en la ley”*)⁵³.

Otro argumento utilizado es que cuando el legislador ha querido realizar una exclusión lo ha declarado de forma explícita, como lo realiza respecto de la cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y su inaplicación de estas normas a los socios-trabajadores de la CTA⁵⁴. Además, la previsión del art. 14.4 LGSS denota la consciencia que tiene el legislador respecto de que podría convenir alguna regla especial, autorizando al Gobierno a regular y adaptar las normas de la Seguridad Social a las peculiaridades de la actividad cooperativa, por tanto que la pasividad normativa sobre ello es clara muestra de que no ha existido voluntad de introducirlo expresamente.

En este sentido, la Sala cita como argumento las novedades introducidas en relación a la jubilación parcial por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, el cual especifica la aplicabilidad de la jubilación parcial anticipada a los socios trabajadores de las cooperativas, pareciéndole ilógico que admitiera esta modalidad –sujeta a requisitos más complejos– y que no se admitiera la total para este colectivo. Por ello el Tribunal interpreta que si la Ley considera conveniente establecer las peculiaridades de este colectivo cuando se trata de jubilación parcial pero las omite respecto de la jubilación anticipada, la conclusión razonable es que no existen especialidades establecidas normativamente.

3.3. La aplicación analógica de las previsiones para personal de régimen laboral

Como factor coadyuvante de la conclusión y posterior fallo de esta Sentencia está la aplicación traslativa del despido objetivo por causas económicas en pequeñas empresas a la baja obligatoria justificada de la cooperativa. A este tenor se hace referencia a:

⁵³ STS 4258/2019 (rcud 2416/2017) - ECLI:ES:TS:2019:4258.

⁵⁴ Ex art. 14.3 (*“En todo caso, no serán de aplicación a las cooperativas de trabajo asociado, ni a las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra ni a los socios trabajadores que las integran, las normas sobre cotización y prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”*).

- La necesidad de acudir a la interpretación y aplicación analógica de las previsiones del art. 207 LGSS, para acceder a la jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, que encuentra motivos tanto la ausencia de disposiciones específicas para quienes poseen la cualidad de socios-trabajadores de CTA –dado que el legislador prescinde de disciplinar los específicos o de aplicar restricciones o exigencias especiales- como en la protección que ostenta el colectivo como asimilado a trabajador asalariado.
- No es complicado constatar el acomodo que tiene la previsión del art. 85 LC sobre *“baja obligatoria justificada”* –cuando por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción sea preciso reducir con carácter definitivo el número de puestos para mantener la viabilidad empresarial- con la inicial del art. 207.1 LGSS de *“cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador”*, sobre todo teniendo en consideración que la mencionada LC traslada al ámbito de las cooperativas las causas de extinción del contrato establecidas en el art. 51 ET y concordantes⁵⁵, dejando en manos de la Asamblea General la decisión de *“designar los socios trabajadores concretos que deben causar baja en la cooperativa”*.
- Por último, que el origen de la decisión de extinción de los contratos de la actora y su socia derivan de la continua bajada de las ventas y acumulación de pérdidas por más de 5 años que hacen insostenible la continuidad de la empresa.

A modo de síntesis, podemos decir que la causa que abre las puertas a la jubilación anticipada involuntaria es la reestructuración empresarial, y debe aceptarse que también existe en el ámbito cooperativo, pero con peculiaridades que no deben ignorarse, ya que de lo contrario se corre el riesgo de que la inclusión de este colectivo en el RGSS no sea efectiva y se convierta en un mero formalismo sin sustancia.

3.4. La ausencia de indicios de comportamiento fraudulento

Como terminábamos indicando en el argumento anterior, el origen de la disolución y posterior extinción de los contratos fue la mala situación económica que atravesaba la cooperativa durante varios ejercicios económicos. Uno de los motivos que presenta el INSS para denegar la pensión solicitada por la actora es la

⁵⁵ El art. 52 ET prevé la extinción del contrato por causas objetivas enlistando las situaciones que permiten acceder a dicho cese de la relación laboral. Describe en la letra c) *“Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1...”*, éste último precepto establece que *“se entenderá por despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción...”*.

imposibilidad de acreditar el percibo de la indemnización⁵⁶ en caso de despido por las causas tasadas en el art. 207.1.d) LGSS. No obstante, esta Sala hace referencia a la jurisprudencia⁵⁷ que ha incidido en que dicha exigencia tiene como finalidad la evitación de fraudes, es decir, supuestos en que la extinción del contrato de trabajo no sea realmente involuntaria puedan acceder a una prestación de forma ventajosa. Resaltan que en el caso que nos encontramos analizando no se aprecia la concurrencia de tales indicios; por el contrario, sí el cumplimiento de las reglas específicas de la actividad cooperativa:

- Consta que la disolución de la cooperativa se ha realizado cumpliendo lo dispuesto en el art. 21.1.f) y 70.1 LC⁵⁸, es decir, ha sido promovida por la Asamblea General y que ha habido unanimidad por parte de sus integrantes.
- Las negativas circunstancias económicas de la empresa no han sido discutidas en ningún momento.
- Las dos socias-trabajadoras solicitaron la prestación por desempleo como consecuencia del cese de la actividad empresarial y la consecuente extinción de su vínculo societario, y en función de ello la Subdirección Provincial de Trabajo declaró a la actora en situación legal de desempleo. Se hace alusión a jurisprudencia que deniega la prestación por desempleo

⁵⁶ La LGSS establece que para los supuestos de cese en el trabajo por despido colectivo u objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción “*será necesario que el trabajador acredite haber percibido la indemnización correspondiente derivada de la extinción del contrato de trabajo o haber interpuesto demanda judicial en reclamación de dicha indemnización o de impugnación de la decisión extintiva. El percibo de la indemnización se acreditará mediante documento de la transferencia bancaria recibida o documentación acreditativa equivalente*”.

⁵⁷ STS 2479/2021 (rcud 554/2019) - ECLI:ES:TS:2021:2479: “*...la primera conclusión a la que cabe llegar fácilmente es que el legislador quiso eliminar la posibilidad de que se alegara por el trabajador haber percibido la indemnización en metálico sin constancia documental. Pero, además, la exigencia de transferencia bancaria sitúa la necesidad de que la documentación alternativa, al tener que ser equivalente, deba reunir las características de aquélla. Sin duda, se pretende la constatación de que el importe de la indemnización ha entrado efectivamente en el patrimonio del trabajador y que tal constatación pueda efectuarse a través de elementos objetivos, como son aquéllos que permite seguir las trazas de ese ingreso en el acervo económico de aquel por la intervención de terceros, ajenos al negocio jurídico, y sujetos a la máxima garantía de control y transparencia a estos particulares efectos. Lo que el precepto persigue es eliminar toda sombra de fraude, en la misma medida que se prevé en el artículo 229 LGSS de 1994 y en el artículo 297 LGSS de 2015, que apunta a una misma intención del legislador. Por consiguiente, la norma exige la aportación de la prueba del pago, mediante un instrumento que resulte inmune a la eventual simulación*”.

⁵⁸ La LC, en su art. 21, establece las competencias de la Asamblea General correspondiendo en exclusiva a ésta deliberar y tomar acuerdos sobre diversos asuntos, entre los que se encuentran la “*fusión, escisión, transformación y disolución de la sociedad*”. Los motivos por los cuales la sociedad cooperativa se disolverá se introducen en el art. 70, encontrándose entre ellos la disolución “*Por acuerdo de la Asamblea General, adoptado por mayoría de los dos tercios de los socios presentes y representados*”.

de un socio trabajador de cooperativa de trabajo asociado cesado por causas organizativas porque no se había obtenido la, entonces, preceptiva autorización administrativa que constatase la realidad de la causa⁵⁹, rescatando dos conclusiones alusivas al caso en cuestión: en primer lugar, el razonamiento de entonces del Tribunal ya era claro, en caso de inexistencia de previsiones específicas habría que aplicar las mismas reglas que para los trabajadores, y por otra parte, muestra una situación opuesta a la deliberada aquí, la ausencia de autorización administrativa que constate la realidad de la causa es el principal motivo de denegación.

3.5. La indemnización anudada al fin del vínculo societario

Hemos presentado en el punto anterior las razones que llevan a descartar al Tribunal la concurrencia de indicios de fraude, a raíz del alegato que hace la parte recurrente en relación a la ausencia de acreditación de la percepción de indemnización correspondiente. Si bien la Sala ha interpretado la exigencia de este requisito de manera estricta —el trabajador debe acreditar que el importe de la indemnización ha entrado a formar parte de su patrimonio— también es cierto que ha admitido que se acceda a la jubilación cuando exista un despido tácito⁶⁰, por cierre de la empresa, sin que se haya abonado indemnización alguna. Estas situaciones que en principio parecen contradictorias, aclara el Tribunal que en realidad corresponden a una misma lógica normativa de evitar fraudes.

Por tanto, siempre y cuando no existan indicios de fraude ni se cuestione la involuntariedad, no debería requerirse a los socios-trabajadores de cooperativas demostrar que han recibido una indemnización que no está reconocida en su marco jurídico. Las consecuencias patrimoniales que contempla la LC ante la baja obligatoria involuntaria son *“la devolución inmediata de sus aportaciones voluntarias al capital social y a la devolución en el plazo de dos años de sus aportaciones obligatorias periodificadas de forma mensual”*⁶¹.

⁵⁹ STS 3114/2005 (rcud 3943) - ECLI:ES:TS:2005:3114.

⁶⁰ STS 3927/2021 (rcud 4088/2018) - ECLI:ES:TS:2021:3927 *“En el presente supuesto, existió un cierre de hecho de la empresa que extinguió tácitamente el contrato del trabajador recurrente, siendo el despido calificado judicialmente de procedente con derecho a la correspondiente indemnización. Legalmente, un cierre de empresa que vaya a dar lugar a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores tiene que encauzarse preceptivamente, sin realizar ahora mayores previsiones, por la vía del artículo 51 ET o del artículo 52 c) ET, dependiendo del número de empleados afectados. Pero el hecho de que la empresa no proceda al cierre como legalmente debe hacerlo (la sentencia de instancia refiere la circunstancia de que “la administradora única de la empresa falleciera y no articulara el proceso de ERE colectivo”), sino que el cierre sea de facto y, en consecuencia, que los despidos sean tácitos (derivados de un comportamiento inequívocamente concluyente), no puede perjudicar, ni el incumplimiento hacerse recaer, sobre el trabajador”*.

⁶¹ Ex art. 85 LC.

3.6. La interpretación en línea con los mandatos constitucionales e internacionales

Como último elemento interpretativo, pero no menos importante, encontramos los mandatos constitucionales presentes en los arts. 41 y 129. Sabido es que el primero de ellos hace alusión al encargo que se realiza a los Poderes Públicos de mantener un “*régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad*”, y en el segundo se les exhorta a fomentar “*mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas*”. No cabe duda que tales mandatos se cumplen de forma más completa cuando la pertenencia a la CTA permite a sus socios-trabajadores una protección social lo más acorde posible al régimen por el que hayan optado en sus Estatutos, lo cual conecta de forma plena con el objeto de nuestro comentario.

La interpretación realizada en la Sentencia, construida en base a normas legales y decisiones judiciales previas, tiene además su respaldo en el art. 53.3 CE, ya que principios como los mencionados en el párrafo anterior deben informar tanto la legislación positiva como la práctica judicial.

En relación a los mandatos internacionales, es indiscutible que la Seguridad Social encuentra un amplio reconocimiento en el Derecho internacional de los derechos humanos. Así queda establecido en el art. 22 DUDH, que hace mención explícita a que “*toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...*”. Sin embargo, no podemos olvidar, en conexión con este caso, el art. 25 que respalda el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado y a “*seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”. Dichas disposiciones se materializan a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶², que proclama en su art. 9: “*Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social*”⁶³.

En el marco del Consejo de Europa, es la Carta Social Europea la que impone a los Estados a que mantengan un régimen de Seguridad Social con un contenido mínimo exigido para ratificar el Código Europeo de Seguridad Social⁶⁴. En lo referido a la protección a la vejez, el Código pretende que se alcance la mayor homogeneidad posible en cuanto a las prestaciones en este ámbito⁶⁵.

⁶² Este instrumento se encuentra ratificado por España desde el 28 de septiembre de 1976, y su entrada en vigor data del 27 de julio de 1977 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977).

⁶³ De acuerdo a Monereo Pérez, J. L., esta disposición se complementa con los arts. 10 y 12 que contemplan aspectos parciales del derecho a la Seguridad Social, en “Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460/2021, p. 133.

⁶⁴ Art. 12.2 CSE.

⁶⁵ Arts. 25 a 30 [Instrumento de ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964 (BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1995)].

Como es posible apreciar, la línea conductora de los mandatos internacionales y constitucionales tienen por objetivo la protección de las situaciones de necesidad, con especial atención a colectivos vulnerables, como puede ser el caso de personas de mayor edad que pierden sus medios de subsistencia por motivos ajenos a su voluntad y a los que les es especialmente complejo volver a incorporarse al mercado de trabajo.

Reseña de legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: JULIO-SEPTIEMBRE DE 2023

- Orden de 29 de junio de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 125 de 03/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Corrección de errores de la Resolución de 12 de junio de 2023, de la Dirección General de Incentivos para el Empleo y Competitividad Empresarial, por la que se efectúa la convocatoria para el ejercicio 2023 de las subvenciones públicas dirigidas a personas con discapacidad, en régimen de concurrencia competitiva, reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017 (BOJA núm. 114, de 16 de junio). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 125 de 03/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Corrección de errores del Extracto de la Resolución de 12 de junio de 2023, por la que se convocan para el ejercicio 2023 las subvenciones públicas dirigidas a personas con discapacidad, en régimen de concurrencia competitiva, reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017 (BOJA núm. 114, de 16 de junio). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 125 de 03/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Corrección de errores de la Orden de 2 de junio de 2022, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia no competitiva, de la Iniciativa para la Promoción del Empleo Juvenil en el ámbito local (Joven Ahora) (BOJA núm. 109, de 9 de junio de 2022). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 131 de 11/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la convocatoria de subvenciones reguladas en el Decreto-ley 6/2023, de 11 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para compensar el sobrecoste energético de gas natural y/o electricidad a pymes y personas trabajadoras autónomas especialmente afectadas por el excepcional incremento de los precios del gas natural y la electricidad provocados por el impacto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, y se modifica el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 520 de 11/07/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 7 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se convocan para el año 2023 subvenciones correspondientes a la línea 8 regulada en la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 133 de 13/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 7 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se convocan para el año 2023 subvenciones correspondientes a la línea 8 regulada en la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 133 de 13/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 7 de julio de 2023, del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se convocan los «Premios Buenas Prácticas a la Innovación y Experimentación en el ámbito de la Formación Profesional», en las áreas y familias profesionales asignadas a los Centros de Referencia Nacional en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 136 de 18/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca, para el año 2023, la concesión de subvenciones de las líneas 4 y 5 reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 140 de 24/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 18 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca, para el año 2023, la concesión de subvenciones de las líneas 4 y 5 reguladas en la Orden de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 140 de 24/07/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 18 de julio de 2023, de la Delegación Territorial de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo en Huelva, por la que se declara la finalización de la disponibilidad presupuestaria para la concesión de subvenciones de la Línea 1, Subvenciones dirigidas a las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, personas trabajadoras por cuenta propia agrarias y mutualistas, regulada por la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de 15 de octubre de 2021, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva destinadas a la modernización digital y la mejora de la competitividad de las personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas, personas trabajadoras por cuenta propias agrarias, personas mutualistas y diversas entidades de economía social, convocadas mediante Resolución de 18 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 141 de 25/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Corrección de errores del Extracto de convocatoria de subvenciones reguladas en el Decreto-ley 6/2023, de 11 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para compensar el sobrecoste energético de gas natural y/o electricidad a pymes y personas trabajadoras autónomas especialmente afectadas por el excepcional incremento de los precios del gas natural y la electricidad provocados por el impacto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, y se modifica el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios (BOJA extraordinario núm.20, de 11 de julio). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 141 de 25/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 27 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca, para los años 2023 y 2024, la concesión de subvenciones de la línea 2 regulada en la Orden 29 de junio de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 145 de 31/07/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 27 de julio de 2023, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se convoca, para los años 2023 y 2024, la concesión de subvenciones de la línea 2 regulada en la Orden 29 de junio de 2023, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para el fomento del trabajo autónomo en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 145 de 31/07/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 149 de 04/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 149 de 04/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Orden de 1 de agosto de 2023, por la que se aprueba el Plan Estratégico de Subvenciones de la Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo para el periodo 2023-2025. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 150 de 07/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 las subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de Formación Profesional para el Empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 150 de 07/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 las subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de Formación Profesional para el Empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y

Trabajo Autónomo (Boletín número 150 de 07/08/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 2 de agosto de 2023, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2023, las subvenciones para acciones de formación en prevención de riesgos laborales que fomenten el impulso de la cultura preventiva, 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 151 de 08/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 2 de agosto de 2023, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2023 las subvenciones para acciones de asistencia técnica e información en materia de prevención de riesgos laborales y fomento de la cultura preventiva, reguladas en la Orden de 14 de 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 151 de 08/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 2 de agosto de 2023, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2023 las subvenciones para acciones de asistencia técnica e información en materia de prevención de riesgos laborales y fomento de la cultura preventiva, reguladas en la Orden de 14 de 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 151 de 08/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 2 de agosto de 2023, del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales, por la que se convocan para el ejercicio 2023, las subvenciones para acciones de formación en prevención de riesgos laborales que fomenten el impulso de la cultura preventiva, 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 151 de 08/08/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 8 de agosto de 2023, de la Presidenta del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se modifica el Contrato Plurianual de Gestión de la Agencia Servicio Andaluz de Empleo para el Periodo 2022-2024. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 156 de 16/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 10 de agosto de 2023, de la Presidencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se modifica la Resolución de 7 de julio de 2023, del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se convocan los «Premios Buenas Prácticas a la Innovación y Experimentación en el ámbito de la Formación Profesional», en las áreas y familias profesionales asignadas a los Centros de Referencia Nacional en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 157 de 17/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 10 de agosto de 2023, del Consejo Económico y Social de Andalucía, por la que se convoca la edición 2023 del Premio de Investigación del CES de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 157 de 17/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 10 de agosto de 2023, del Consejo Económico y Social de Andalucía, por la que se convoca la edición 2023 del Premio de Investigación del CES de Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 157 de 17/08/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 12 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se convocan para el año 2023 subvenciones correspondientes a la línea 7 regulada en la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 178 de 15/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Extracto de la Resolución de 12 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Trabajo, Seguridad y Salud Laboral, por la que se convocan para el año 2023 subvenciones correspondientes a la línea 7 regulada en la Orden de la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo de 5 de octubre de 2020, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a la conciliación de la vida

personal, familiar y laboral en Andalucía. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 178 de 15/09/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se acuerda la ampliación del plazo de presentación de solicitud de las acciones formativas dispuesto en la Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas, de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de formación profesional para el empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 522 de 15/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Modificación de Extracto de la Resolución de 14 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 las subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de Formación Profesional para el Empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 522 de 15/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Corrección de errores de la Orden de 12 de mayo de 2023, por la que se determina para la convocatoria de 2023 la cuantía de las ayudas dirigidas al mantenimiento de puestos de trabajo ocupados por personas con discapacidad en Centros Especiales de Empleo, reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a personas con discapacidad (BOJA núm. 93, de 18 de mayo). Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 179 de 18/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 18 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se acuerda la ampliación del plazo de presentación de solicitudes de las subvenciones del programa de empleo y formación dispuesto en la Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 183 de 22/09/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Modificación del Extracto de Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 183 de 22/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 26 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se acuerda la modificación de la Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 las subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de formación profesional para el empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 188 de 29/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Resolución de 25 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se modifica la Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 188 de 29/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Modificación del Extracto de Resolución de 2 de agosto de 2023, de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo, por la que se convocan para el año 2023 las subvenciones públicas, en la modalidad de formación de oferta dirigida a personas trabajadoras desempleadas de las previstas en la Orden de 3 de junio de 2016, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión

de subvenciones públicas, en régimen de concurrencia competitiva, en materia de Formación Profesional para el Empleo en las modalidades de formación de oferta dirigida prioritariamente a personas trabajadoras desempleadas y a personas trabajadoras ocupadas. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 188 de 29/09/2023. Sección: Disposiciones generales)

- Modificación del extracto de la convocatoria de subvenciones reguladas en el Decreto-ley 6/2023, de 11 de julio, por el que se establecen las bases reguladoras y se convocan subvenciones para compensar el sobrecoste energético de gas natural y/o electricidad a pymes y personas trabajadoras autónomas especialmente afectadas por el excepcional incremento de los precios del gas natural y la electricidad provocados por el impacto de la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, y se modifica el Decreto 301/2009, de 14 de julio, por el que se regula el calendario y la jornada escolar en los centros docentes, a excepción de los universitarios. Organismo: Consejería de Empleo, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 188 de 29/09/2023. Sección: Disposiciones generales)
- Modificación del Extracto de Resolución de 29 de julio de 2023, 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, Empresa y Trabajo Autónomo (Boletín número 188 de 29/09/2023. Sección: Disposiciones generales)

Una visión general del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a propósito de su cuarenta aniversario fundacional
José Manuel Gómez Muñoz

ESTUDIOS

La condición laboral del consejero delegado en las sucesivas reformas legales y jurisprudencia comunitaria
Javier Núñez Vargas

Canales de información en la empresa e infracciones laborales: la determinación del ámbito material de la ley de protección de las personas informantes
María Luisa Pérez Guerrero

Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación
Lucía Dans Alvarez de Sotomayor

Ley de seguridad social aplicable al teletrabajo transfronterizo. Una aproximación al acuerdo marco sobre teletrabajo transfronterizo en la UE, EEE y Suiza
José Manuel Pazó Argibay

INFORMES Y DOCUMENTOS

El arte de enseñar para formar juristas comprometidos con la justicia social. Un tributo a Marzia Barbera
Pilar Fernández Artiach

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Libertad sindical, negociación colectiva y comisión paritaria
Antonio M. Cardona Álvarez

CONDICIONES DEL TRABAJO
Universidad de Huelva
Ciberataques como causa de ERTES por fuerza mayor: su acreditación y carácter inevitable
Roberto Fernández Villarino

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad de Granada
El derecho a jubilación anticipada de socios de cooperativas de trabajo asociado
Macarena Salazar Rodríguez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía